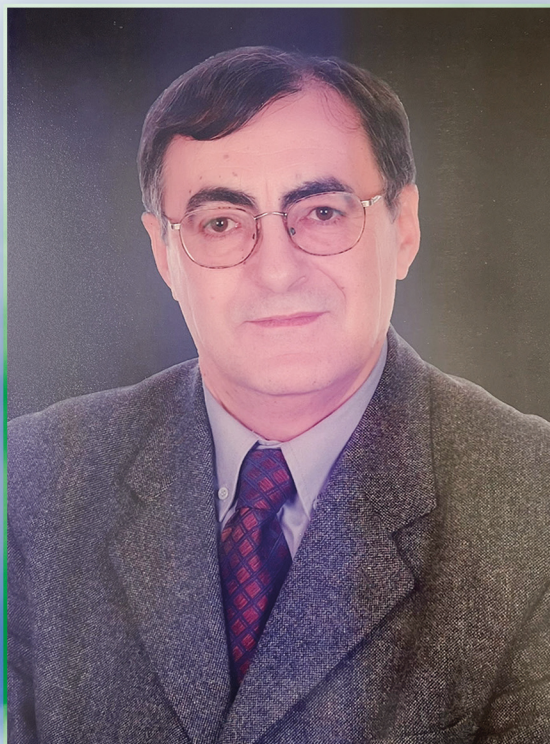


Liber amicorum
Manuel-Jesús Cachón Cadenas

De la Ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas

Libro III. Proceso penal



**De la ejecución a la historia
del Derecho Procesal y de sus
protagonistas. Liber Amicorum
en homenaje al Profesor
Manuel-Jesús Cachón Cadenas**

LIBRO III: PROCESO PENAL

De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

LIBRO III: PROCESO PENAL

Carmen Navarro Villanueva

Núria Reynal Querol

Francisco Ramos Romeu

Arantza Libano Beristain

Consuelo Ruiz de la Fuente

Santi Orriols García

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 reproducere, plagiar, 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.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87543-75-4

Depósito legal: B 8617-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

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

www.addenda.es

Impresión: SAFEKAT

Índice

I. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ESTAFAS INFORMÁTICAS BANCARIAS	11
<i>Marién Aguilera Morales</i>	
II. EL DERECHO PROCESAL PENAL INTERNACIONAL ESPAÑOL.	23
<i>Juan Manuel Alonso Furelos</i>	
III. AVANCES EN MEDIDAS DE PROTECCIÓN, PRUEBA PENAL Y TESTIGO ANÓNIMO. EL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA.	69
<i>Teresa Armenta Deu</i>	
IV. JUECES SIN ROSTRO.TERRORISMO Y PROCESO.	95
<i>José María Asencio Mellado</i>	
V. MODELO PROCESAL DE ADAPTACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR EN EL PROCESO PENAL	121
<i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	
VI. CORTE PENAL INTERNACIONAL: CUESTIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD E INTANGIBILIDAD DE LA COSA JUZGADA	145
<i>Luis Andrés Cucarella Galiana</i>	
VII. LA ACCIÓN POPULAR: SINGULARIDAD Y RACIONALIDAD (UNAS REFLEXIONES DE J. BENTHAM SOBRE LA ACUSACIÓN PENAL)	165
<i>Andrés de la Oliva Santos</i>	
VIII. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y LAS MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS AUTOINCRIMINATORIAS DE SOSPECHOSOS Y DETENIDOS ANTE LOS AGENTES POLICIALES	177
<i>Juan José Duart Albiol</i>	

IX. LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA «EN DIFERIDO» EN EL REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL	201
<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	
X. NO VA SOBRE ÉTICA, VA SOBRE DEMOCRACIA. EL DISEÑO ALGORÍTMICO Y LA JUSTICIA PENAL	229
<i>Xulio Ferreiro Baamonde</i>	
XI. LA DECISIÓN MARCO 2002/584/JAI A LA LUZ DEL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL: DIRECTIVA (UE) 2023/2843 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2023	255
<i>Leticia Fontestad Portalés</i>	
XII. PRINCIPIO NE BIS IN IDEM Y SEGURIDAD JURÍDICA	277
<i>Isabel Hernández Gómez</i>	
XIII. EL NE BIS IN IDEM, UN LÍMITE PROCESAL AL <i>JUS PUNIENDI</i>	331
<i>Hernán Hormazábal Malarée</i>	
XIV. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LOS SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE EVENTOS ADVERSOS EN LA ESFERA SANITARIA	349
<i>Arantza Libano Beristain</i>	
XV. EL EJERCICIO ACUMULADO DE LA ACCIÓN PENAL Y CIVIL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DELITO.	385
<i>Núria Mallandrich Miret</i>	
XVI. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA PENAL DE MENORES.	401
<i>José Martín Ostos</i>	
XVII. DILACIONES PENALES E INEFICIENCIA PROCESAL: UN EXAMEN DE LAS DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS Y EXTEMPORÁNEAS	421
<i>Pilar Martín Ríos</i>	
XVIII. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO Y EL DERECHO AL SILENCIO. LA LECTURA DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES	441
<i>Víctor Moreno Catena</i>	
XIX. A VUELTAS CON LA COMPETENCIA OBJETIVA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES Y LOS JUZGADOS DE LO PENAL	473
<i>Julio Muerza Esparza</i>	

XX. PRUEBA PROHIBIDA Y DISPENSA DE DECLARAR (ARTÍCULO 416 LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL)	483
<i>Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín</i>	
XXI. LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA PENAL Y PROCESAL	507
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	
XXII. ALGUNOS PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA	525
<i>Rafael Rebollo Vargas</i>	
XXIII. TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CONTRADICCIONES EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	539
<i>Núria Reynal Querol</i>	
XXIV. LA PROTECCIÓN DE LOS ALERTANTES EN ESPAÑA EN CASOS DE CORRUPCIÓN Y OTROS DELITOS GRAVES	559
<i>Nicolás Rodríguez-García</i>	
XXV. SANCIONES TRIBUTARIAS PENALES (DOBLE INSTANCIA O DERECHO AL REEXAMEN, AL HILO DEL CASO SAQUETTI IGLESIAS C. ESPAÑA)	585
<i>Miguel Ángel Sánchez Huete</i>	
XXVI. EL PRINCIPIO DE <i>NON BIS IN IDEM</i>: ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO DE LA UE.	613
<i>Ágata M. Sanz Hermida</i>	
XXVII. LA ACUMULACIÓN DE CONDENAS DICTADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS: CONSECUENCIAS DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 4/2014	633
<i>Alberto Varona Jiménez</i>	

I | Responsabilidad civil y estafas informáticas bancarias

*Marien Aguilera Morales*¹
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS: 2.1. RESPONSABILIDAD SEGÚN LA LEY DE SERVICIOS DE PAGOS. 2.2. RESPONSABILIDAD SEGÚN EL CÓDIGO PENAL. 3. RESPONSABILIDAD DIRECTA V. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. 4. CAUCES DE EXACCIÓN: 4.1. EXTRAPROCESALES. 4.2. PROCESALES. 5. REFLEXIÓN FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Las estafas informáticas son un tipo de delincuencia al alza. Lo son desde luego en España. A la sazón, según el último Balance de Criminalidad publicado por el Ministerio del Interior, en lo que va de año las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad han registrado 211.294 infracciones de esta clase, lo que supone un incremento del 8% respecto al mismo período del año anterior y de más de un 500 % respecto de las registradas hace ocho años².

1. Mi gran admiración y afecto hacia el Profesor Cachón no son gratuitos, sino cabal correspondencia a una vida dedicada a los demás. De su magisterio y estudio nos hemos alimentado, en efecto, varias generaciones de procesalistas. Es más: siendo el alimento tan copioso y exquisito, no creo equivocarme al afirmar que su obra servirá también de sustento a las generaciones venideras. Pero, de la vida del Profesor Cachón hay otros rasgos tanto o más importantes que no por ser notorios quiero dejar de destacar. Me refiero a su afabilidad y humildad. A su bondad. De ellos —de ti, Manuel— confío seguir disfrutando los jubilosos años que estén por venir.

2. El Balance aludido en texto es accesible en <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/> (última entrada: 24 de septiembre de 2024). En aparente paradoja, la última Memoria de la Fiscalía General del Estado —la correspondiente al año 2023— revela un descenso de las causas judiciales que traen causa de estos hechos delictivos (o más propiamente, de los hechos que el Ministerio Público encaja en el artículo 249 CP). Como digo, la paradoja es sólo aparente. Al fin y al cabo, la discordancia en este punto se explica por varias razones que recoge la propia Memoria de la Fiscalía (pp. 784 y 785). Una de esas razones tiene que ver con el artículo 284 LECrim o, de otra manera, con el hecho de que un buen número de las diligencias policiales abiertas por estos hechos no se remitan al Juez Instructor o al Ministerio Fiscal, habida cuenta de que su autor o autores resultan desconocidos. Otra razón más —ésta de tipo material— estriba la ausencia de aplicaciones informáticas adecuadas para recoger el volumen de expedientes judiciales y fiscales

Del alza, lógicamente, también participan las estafas informáticas bancarias, esto es, aquellas que tienen por víctimas a los clientes de las entidades financieras depositarias e intermediarias de sus recursos económicos³; a la clientela, más propiamente, de los proveedores de servicios de pago⁴.

Abstracción hecha del generalizado uso de internet por parte de la sociedad civil, en el caso particular de estas estafas su incremento está relacionado con dos órdenes distintos de cosas:

De un lado, con el auge de la llamada operativa online; auge propiciado a su vez por el ahorro de costes que su empleo supone para los bancos, por la limitación del importe de los pagos en efectivo⁵ y por la rapidez que el mercado demanda en lo relativo a la realización de pagos, transferencias u otras operaciones bancarias⁶.

Y, de otro lado, con una mayor sofisticación en la comisión de estas conductas delictivas.

Como a nadie escapa, esta segunda circunstancia trae causa principal de la tecnología. De hecho, este tipo de estafas resulta cada vez más imperceptible para los usuarios de la banca electrónica, toda vez que la clonación de las páginas *webs* de los bancos simulan ser páginas seguras, reciben mensajes SMS que sus terminales móviles identifican como procedentes del banco e incluso

incoados por estos delitos, así como su porcentaje y concreta naturaleza. El texto íntegro de esta Memoria (última entrada: 24 de septiembre de 2024). <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/> (última entrada: 24 de septiembre de 2024).

3. También los datos estadísticos apuntan a un progresivo crecimiento de esta modalidad delictiva o, más concretamente, de lo que los reguladores de sector financiero denominan «operaciones de pago presuntamente fraudulentas». Así, según la última Memoria de Reclamaciones del Banco de España (pp. 59-61), las reclamaciones formuladas por este tipo de infracciones se duplicaron en un año (de 4.955 en 2021 a 10.361 en 2022), siendo el asunto que nutrió mayor número de reclamaciones ante el regulador por segundo año consecutivo. El número ascendió en concreto al 30,3% del total de las reclamaciones recibidas en el año 2022, correspondiendo la mayoría de ellas a la operativa de tarjetas (86,1 %) y el resto a transferencias vía Internet (13,9 %) Cfr. <https://www.bde.es/wbe/es/publicaciones/informes-memorias-anales/memoria-reclamaciones/> (última entrada: 24 de septiembre de 2024).

4. A nivel doméstico, un proveedor de servicios de pago (PSP) es una persona jurídica autorizada por el Banco de España para prestar y ejecutar uno o varios servicios de pago. El término engloba a los bancos, pero también a las entidades de dinero electrónico y otras entidades como la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos.

5. Nótese que, desde La Ley 11/2021, de 9 de julio, *de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal y de transposición de la Directiva* (UE) 2016/1164, este importe es de mil euros.

6. A esta demanda responde también el reciente Reglamento (UE) 2024/886 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de marzo de 2024, que busca activar las transferencias inmediatas en euros, en aras a obtener «beneficios y mejoras de la eficiencia económica para los usuarios de servicios de pago y los proveedores de servicios de pago, una menor concentración del mercado, una mayor competencia y más opciones para los tipos de pagos electrónicos, en particular para los pagos transfronterizos (...)».

llamadas de quienes dicen ser sus gestores personales de banca, tratándose en verdad de voces generadas mediante IA.

Con todo, los delincuentes no sólo se sirven de las técnicas de ingeniería social para lograr sus objetivos sin riesgo a ser descubiertos. También recurren a personas interpuestas que, sabedores o no del origen delictivo del dinero, reciben y transfieren a aquéllos los importes defraudados, obteniendo a cambio una participación en las ganancias. Es lo que se conoce como «mulas o muleros» (*money mule*), a menudo reclutados a través de anuncios de trabajo difundidos en las redes sociales en los que se promete la obtención de cuantiosos emolumentos sin apenas esfuerzo.

Obviamente, los unos y los otros —estafadores y muleros— incurren en responsabilidad penal. Los primeros en concepto de autores de un delito de estafa informática que, en la generalidad de los casos, cabrá encuadrar en el literal a) del artículo 249.1 CP. Los segundos como cooperadores necesarios de la estafa, si bien no faltan ejemplos en nuestra jurisprudencia en los que han sido condenados por blanqueo de capitales, en su modalidad dolosa o imprudente, e incluso por receptación o encubrimiento.

Pero, lejos de lo que esto último puede dar a entender, el objetivo de las siguientes páginas nada tiene que ver con la responsabilidad penal nacida de estas conductas delictivas. Tampoco con los muchos problemas anudados a su investigación y enjuiciamiento. Nuestro propósito, más modestamente, es analizar quién ha de hacer frente a la responsabilidad civil contraída por esta clase de hechos, en qué concepto y cómo ha de procederse a la exacción de esa responsabilidad; cuestiones todas ellas que trascienden al proceso pero que, sin embargo, parecen pasar desapercibidas a la doctrina procesalista⁷. A lo modesto de este propósito se une también el de atender a la concisión. De aquí que las páginas que siguen se centren en lo esencial, prescindiendo de los detalles y distinciones que en el terreno de lo sustantivo y en lo relativo a esta temática habría que hacer.

7. De estas cuestiones sí se ha ocupado, en cambio, la doctrina civilista y penalista, sobre todo a colación del *phishing*. En este sentido pueden verse, entre otros, los recientes trabajos de CALVO SAN JOSÉ, M.J., «La responsabilidad civil de la banca en los delitos de estafa por “*phishing*”», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 18, 2023, pp. 1788-1809; de MATARREDONA CHORNET, L. y PEÑALOSA TORNÉ, C., «Ciberdelincuencia. La responsabilidad civil bancaria», *Diario La Ley*, nº. 10431, 23 de enero de 2024, pp. 1-7 (versión electrónica); y de RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J., «El delito de estafa informática. ¿Es posible determinar la responsabilidad civil de la entidad financiera en base al artículo 120.3 CP como consecuencia del *phishing*?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 30, pp. 273-304. Más antiguo pero tanto o más detallado es el trabajo de MARTÍ MIRAVALLES, J., «Banca «on-line» y responsabilidad por daños: análisis crítico de la jurisprudencia reciente en materia de «*phishing*» engañoso», en *Fraude electrónico: Entidades financieras y usuarios de banca*, C. Sanchis Crespo (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 215-249.

2. La responsabilidad de los bancos

2.1. Responsabilidad según la Ley de Servicios de Pagos

Como denota el título escogido para este epígrafe, los bancos están llamados a asumir la responsabilidad civil derivada de las estafas informáticas que tienen por perjudicados directos a los usuarios de sus servicios online.

La suya es una responsabilidad *ex lege*. La Ley de Servicios de Pagos (LSP, en adelante⁸) no deja en esto lugar a dudas. En este sentido, es de notar que, junto a las obligaciones impuestas por la LSP a los usuarios de tales servicios (*i.e.*, la de adoptar medidas razonables para proteger sus credenciales de seguridad y la de notificar sin demora a la entidad la apropiación indebida o la utilización no autorizada del instrumento de pago), aquélla grava también a quienes los prestan con otras muchas obligaciones.

Así, y en lo que interesa, los bancos vienen obligados (i) a comprobar la identidad de los usuarios, credenciales de seguridad incluidas, y la validez del instrumento de pago (art. 42.1 LSP); (ii) a restituir inmediatamente al cliente el importe de las operaciones no autorizadas por él (art. 45.1 LSP), con la salvedad —que el propio banco habrá de probar— de que hubiera cometido fraude o incurrido en negligencia grave (arts. 44.3, 45.1 y 46 LSP); y (iii) a⁹ y, más en particular, el¹⁰ (arts. 66.1 y 68 LSP). *A fortiori*, y respecto de estas dos últimas obligaciones, los bancos vienen igualmente obligados a tener un seguro de responsabilidad civil profesional para hacer frente a la responsabilidad que pudiera derivarse de su incumplimiento (art. 16.1 LSP).

8. Como viene siendo la tónica, la LSP fue aprobada mediante el Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de diciembre, cuya urgencia y necesidad se fundamentó en el vencimiento del plazo para transponer la Directiva que imponía a los Estados el deber de reforzar su operativa en aras a prevenir y combatir los ciberdelitos. Me refiero a la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre sobre servicios de pago en el mercado interior. También conocida como DSP2, esta Directiva se completó posteriormente con el Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre; una norma que obliga a los proveedores de servicios de pago a disponer de mecanismos de supervisión de las operaciones que permitan detectar cuando éstas no han sido autorizadas o son fraudulentas, entre ellos los conocidos mecanismos de autenticación reforzada de clientes (SCA, por sus siglas en inglés) que permiten comprobar la identidad del cliente para que la operación se lleve a cabo, requiriendo al efecto un mínimo de dos de estos tres factores: (1) conocimiento, esto es, un dato que sólo conoce el usuario como una contraseña o un pin; (2) posesión, esto es, un objeto que se encuentra en poder del usuario como la tarjeta de crédito o el móvil; y (3) inherencia, esto es, una verificación biométrica realizada a través de parámetros físicos como la huella digital o el reconocimiento facial o de voz.

9. Abundando en esto mismo, el artículo 17 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo impone a los bancos, en tanto sujetos obligados por sus previsiones, a «examinar(án) con especial atención toda operación o pauta de comportamiento compleja, inusual o sin un propósito económico o lícito aparente, o que presente indicios de *simulación o fraude*».

10. V. *supra* nota 8.

Sentado lo anterior, en nada extraña que la banca electrónica se haya sumado al llamado *private enforcement*, incorporando a su actividad una tecnología idéntica o similar a la utilizada por los estafadores, sólo que con la finalidad de prevenir, detectar y/o evitar el desplazamiento patrimonial característico del tipo de delitos al que venimos refiriéndonos. Y tampoco extraña que desde las webs de los bancos se alerte sobre las diversas modalidades de estafas informáticas y se impartan consejos a sus clientes para protegerse de ellas. Al cabo, la responsabilidad que la LSP les atribuye es una responsabilidad por riesgo cuyo fundamento condensa la vieja máxima latina «*cuis commodat, eius incommodat*» o, de otra manera, la idea de que quien se beneficia de una determinada actividad debe asumir los inconvenientes derivados de la materialización de los riesgos que esa actividad lleva aparejada.

La de los bancos, además, es una responsabilidad cuasi objetiva pues, como ya ha sido señalado, sólo quedan exonerados de ella si prueban que el cliente actuó fraudulentamente o con negligencia grave; circunstancia esta última, por cierto, que ante formas comisivas del tipo aquí analizado no siempre ha merecido la respuesta unívoca de nuestros tribunales¹¹. En los últimos tiempos, no obstante, se aprecia una acusada inclinación jurisprudencial a descartar el actuar gravemente negligente del cliente bancario¹², en la idea de que «la negligencia que hace responder al cliente es la que se deriva de una conducta caracterizada por un grado significativo de falta de diligencia, lo que supone que la misma surge o se produce por iniciativa del usuario, no como consecuencia del engaño al que haya podido ser inducido por un delincuente profesional¹³».

2.2. Responsabilidad según el Código Penal

Que los bancos son responsables *ex lege* de los perjuicios causados a sus clientes en los casos que aquí nos ocupan es conclusión a la que también se arriba prescindiendo de los dictados de la LSP.

De hecho, tal es lo que se infiere de las disposiciones generales civiles sobre el contrato de depósito, pues en su virtud incumbe a los bancos un deber de

11. Sobre los vaivenes de la jurisprudencia en este sentido, vid. MATARREDONA CHORNET, L. y PEÑALOSA TORNÉ, C., cit., esp. pp. 3 y ss.

12. Entre otras muchas, SSAP de Bilbao 248/2024, de 4 de marzo (ECLI:ES:APBI:2024:248); de Girona 80/2024, 31 de enero (ECLI:ES:APGI:2024:80); de Cáceres 810/2023, de 28 de noviembre 8 (ECLI:ES:APCC:2023:810); y de Cádiz 1986/2023, de 23 de noviembre (ECLI:ES:APCA:2023:1986).

13. Las palabras entrecorridas pertenecen a la SAP de Pontevedra de 1 de diciembre de 2022, si bien las hace suyas la SAP de Jaén 710/2024, de 24 de abril (ECLI:ES:APJ: 2024:710).

custodia y seguridad de los activos de los que son depositarios, viniendo obligados a restituirlos al depositante caso de incumplir tal deber (arts. 1766 y 1787 CC).

A mayor abundamiento, el Código Penal también señala a los bancos como responsables civiles, si bien con carácter subsidiario. Así, según el apartado 3º de su artículo 120 «(Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente) las personas naturales o jurídicas en los casos de los delitos cometidos en los establecimiento de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción».

Como de antiguo viene señalando la doctrina penalista, el artículo recién transcrito también consagra una responsabilidad cuasi objetiva y por riesgo vinculada a tres requisitos: (i) que el delito se haya cometido en el establecimiento del que sea titular una persona física o jurídica; (ii) que se haya producido una infracción de los reglamentos de policía o de otras disposiciones por parte de sus directores, administradores o empleados; y (iii) que la infracción de esas normas haya facilitado el delito, de forma que éste no se habría cometido sin aquella infracción¹⁴.

Pues bien, a decir de nuestros tribunales —con ¹⁵a la cabeza—, tratándose de estafas o fraudes informáticos, no existe problema alguno en fundar la responsabilidad de los bancos en este artículo 120.3º CP. Así las cosas, se viene interpretando: (i) que el entorno digital que el banco emplea para la prestación de los servicios que suministra colma los presupuestos de lugar a los que se refiere el precepto; (ii) que lo relativo a la infracción de los reglamentos y otras disposiciones abarca cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluido el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros; y (iii) que no es necesario que la falta de diligencia en la prevención de estos delitos sea la causa de la comisión de estos últimos, siendo suficiente que aquella ausencia haya facilitado el resultado.

14. Como señala RODRIGUEZ ALMIRÓN, a estos requisitos hay que añadir un cuarto de carácter negativo, a saber: que el delito no haya sido cometido por un tercero ajeno a ese establecimiento, pues de lo contrario se estaría ante una responsabilidad encuadrable en el apartado 4º del artículo 120 CP. Cfr. *Aspectos jurídico-dogmáticos y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad civil ex delicto*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 134.

15. Vid. SSTs 1255/2024, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS: 2024:1255); 53/2020, de 17 de febrero (ECLI:TS:ES:2020:530) y 49/2020, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:332), así como las sentencias citadas en todas ellas.

3. Responsabilidad directa v. Responsabilidad subsidiaria

Sentado que los bancos responden civilmente del perjuicio patrimonial ínsito a las estafas cometidas en su entorno virtual, procede abordar la cuestión de en qué concepto lo son o, lo que viene a ser igual, de si su responsabilidad es exigible a título directo y/o subsidiario.

Dar respuesta a esta cuestión exige partir de la premisa consistente en que, pese a compartir naturaleza cuasi objetiva y derivada del riesgo, la responsabilidad que atribuye la LSP a los bancos y la que se infiere del artículo 120.3º CP es distinta. Una y otra difieren, ciertamente, en varios aspectos. Así, mientras la responsabilidad prevista en la LSP está preordenada a restituir los daños ocasionados por el hecho delictivo a consumidores y microempresas, el ámbito de protección del artículo 120.3º CP no hace distinciones en función de quién sea el perjudicado por el delito. Más aún: según se ha visto, en la LSP la atribución de la responsabilidad civil se ciñe a los proveedores servicios de pago y las causas de exoneración de tal responsabilidad al actuar fraudulento o gravemente negligente del cliente; limitaciones una y otra que no se mencionan en el artículo 120.3º CP.

Hay, además, otra nota que separa lo relativo a la responsabilidad civil bancaria en uno y otro texto legal y que permea al proceso: la responsabilidad prevista en la LSP es directa, mientras que la prevista en el Código Penal es subsidiaria. En este punto, no obstante, importa aclarar que, así como desde la perspectiva normativa confluye sobre un mismo sujeto —el banco— la doble condición de responsable civil directo y¹⁶, *desde la perspectiva práctica la conjunción se torna disyuntiva. Más claramente: la exacción de la responsabilidad civil contraída por el banco o es a título directo o a título subsidiario. Tertium non datur.*

4. Cauces de exacción

4.1. Extraprocesales

Como ya se ha deslizado, la LSP obliga al banco a restituir inmediatamente el importe de las operaciones no autorizadas por él. Lo que aún no hemos tenido oportunidad de precisar es que esta obligación requiere de la previa notificación de la «incidencia» por parte del cliente; notificación que suele articularse

16. Con ser anómala, no es el único supuesto en que nuestro ordenamiento sanciona este tipo de confluencias. Sin ir más lejos, el artículo 116.2 CP atribuye también la condición de responsables civiles directos y subsidiarios a los autores o cómplices, de ser varios y no ser solventes algunos de ellos.

en forma de reclamación dirigida bien a los servicios de atención o defensor del cliente de la entidad, bien a esta última si no dispone de aquellos servicios.

Razones de política comercial explican que en algunas ocasiones estas reclamaciones se atiendan sin más y se restituya a los clientes-víctimas el importe de las cantidades defraudadas. En otras muchas ocasiones, en cambio, aquellos servicios (o la entidad, en su defecto) inadmiten o desestiman tales reclamaciones, acogiéndose al hecho de haber sido los propios clientes quienes facilitaron los datos al estafador o de no haber incumplido el banco las obligaciones que legalmente le conciernen.

Es en estas últimas ocasiones cuando se abre para las víctimas la posibilidad de dirigir sus reclamaciones al Banco de España. La vía del Banco de España rara vez, sin embargo, resulta satisfactoria para ellas. Al contrario. Las más de las veces el regulador inadmite las reclamaciones que se le trasladan, escudándose en que ha sido el cliente quien ha facilitado las claves de acceso a la operativa online del banco y, por ende, en que no ha lugar a revisar la actuación de este último en tanto no existe por su parte una deficiente o mala ejecución de la operación de pago. Tampoco es insólito que el Banco de España rehuya pronunciarse sobre el fondo del asunto so pretexto de que durante la tramitación del expediente se ha promovido un proceso ante los tribunales civiles o penales, o por entender que tal pronunciamiento corresponde a estos últimos en tanto a su parecer el grado de diligencia desplegado por el cliente bancario no resulta concluyente¹⁷.

Atendido cuanto precede es claro, en suma, que en la actualidad existen dos cauces extraprocesales de exacción de la responsabilidad civil *directa* contraída por los bancos. Y también es claro que estos cauces —voluntarios para el cliente-víctima— pueden incrementarse si este último plantea al tiempo o con posterioridad a ellos su pretensión restitutoria en un proceso civil o en un proceso penal.

En un futuro próximo, no obstante, es más que posible que los cauces extraprocesales diseñados para dar cabida a este tipo de pretensiones sean distintos. Así será, desde luego, si prospera el Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes¹⁸. No en vano, el texto proyectado alcanza en su ámbito a toda clase de pretensiones formuladas por los clientes a las entidades financieras

17. Cfr. la ya citada Memoria de Reclamaciones del Banco de España (pp. 63-65).

18. BOCG. Serie A, 5 de abril de 2024 (121/00018).

para que les restituyan o reparen en los derechos, si es que la lesión de estos derechos es consecuencia ora del empleo de cláusulas contractuales abusivas, ora del incumplimiento de las normas de conducta a las que vienen obligadas (entre ellas, las previstas en la LSP), las buenas prácticas o los usos financieros. Así las cosas, las previsiones son que las reclamaciones de este tipo puedan seguir encauzándose ante los servicios de atención al cliente de las entidades financieras, pero no así ante el Banco de España. Antes bien, en lugar del regulador lo proyectado es que sea la llamada Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero la que dirima estas controversias si es que los clientes-víctimas deciden someterse a este sistema institucional de resolución extrajudicial de conflictos en vez de acudir a la jurisdicción civil.

Desde la perspectiva de las víctimas, por tanto, el sistema proyectado se diseña como una vía voluntaria y alternativa al proceso civil. Con todo, de decidir aquéllas acogerse al nuevo sistema, habrán de esperar a que la Autoridad adopte una resolución sobre su reclamación para formular sus pretensiones restitutorias ante la jurisdicción civil. Y no sólo esto: el cauce del proceso civil sólo se abrirá para ellas si la resolución en cuestión les es desfavorable o si siéndoles favorable no es vinculante para la entidad bancaria y ésta se niega a cumplirla¹⁹.

4.2. Procesales

Además de por cauces extraprocesales, la depuración de la responsabilidad civil bancaria puede lograrse en el marco de un proceso penal o de un proceso civil.

En el caso del proceso penal dicho está que la eventual responsabilidad de los bancos es a título subsidiario, lo que es tanto como decir que sólo se hará efectiva de conocerse el autor del hecho delictivo y resultar éste insolvente. No obstante, también puede darse el caso de que, previamente a darse inicio al proceso penal o durante su transcurso, el banco haya cumplido con la obligación que le incumbe de restituir al cliente el importe de las cantidades defrau-

19. Sobre este sistema de solución extrajudicial de los conflictos en el ámbito financiero y, más en general, sobre la tendente administrativización de los conflictos civiles resultan de gran interés los trabajos de SANZ HERMIDA, A.M.^a, «En busca de una protección sostenible para el consumidor de servicios financieros: a propósito de la (futura) autoridad administrativa independiente de la defensa del cliente financiero», en *Derecho del consumo y protección del consumidor sustentable en la sociedad digital del siglo XXI*, S. Barona Vilar (dir.), Santiago de Chile, 2023, pp. 171-196; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Sobre la desjudicialización de la Justicia civil», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, diciembre 2023, pp. 9-20; y ORTIZ PRADILLO, J.C., «Administrativización y arbitralización de la Justicia Civil», en *Miguel Ángel Fernández Ballesteros. Liber Amicorum*, D. Arias (dir.), La Ley, Madrid, 2024, pp. 1647-1687.

dadas. ¿Podría entonces el banco personarse en el proceso penal en condición de actor civil, subrogándose en la posición del cliente-víctima? Personalmente, no encontramos inconveniente al respecto²⁰. Antes bien, a nuestro juicio la respuesta positiva se impone habida cuenta de que, como se ha visto, la suya es una responsabilidad *ex lege* que trae causa de los riesgos aparejados a su actividad, entre ellos la comisión de hechos delictivos por terceros²¹.

El proceso civil es un cauce igualmente idóneo para lograr la exacción de la responsabilidad civil bancaria. De hecho, es el único idóneo a estos efectos en los frecuentes casos en los que se desconoce el autor o autores del hecho delictivo. Como sucede con el proceso penal, actualmente también el proceso civil se dibuja como una vía compatible con los cauces extraprocesales a los que hacíamos referencia *supra*. Hoy día, en efecto, el cliente-víctima puede decidir bien recurrir a aquellos cauces y reservar la interposición de la demanda para el caso de que de ellos no se siga una resolución favorable a sus intereses, bien demandar directamente al banco tras notificar a éste la apropiación indebida o la utilización no autorizada del instrumento de pago.

Por lo demás, no puede dejar de insistirse en que, en el marco de uno y de otro proceso, es el banco el que tiene la carga de probar los intersticios que permiten exonerarle de su responsabilidad, esto es, la eventual actuación fraudulenta o gravemente negligente de quien ha sido víctima de una estafa informática cuando por parte del banco se han adoptado las medidas de seguridad necesarias para eludir los riesgos operativos relacionados con los servicios online que presta.

5. Reflexión final

Atribuir responsabilidad civil a los bancos por las estafas informáticas cometidas a través de su operativa online es —no cabe duda— un buen método para prevenir y poner coto a estos hechos delictivos; más, cuando los cauces previstos para depurar tal responsabilidad son varios y no siempre excluyentes entre

20. De la misma opinión son nuestros tribunales que no oponen reparos a la personación de los bancos en el proceso penal como actores civiles *stricto sensu*. Las SSAP de Zaragoza 426/2016, de 28 de septiembre (ECLI:ES:APZ:2016:1516); de Madrid 332/2010, de 29 de julio (ECLI:ES:APM:2010:12394); y de Valladolid 263/2010 de 21 de junio (ECLI:ES:APVA: 2010:854) son buen ejemplo de ello.

21. La respuesta sería la misma aun considerándose que la responsabilidad civil bancaria es *ex contractu*. A la postre tal consideración abocaría a la aplicación analógica de lo acordado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda respecto de las compañías aseguradoras. En este sentido, no está de más recordar que, conforme al Acuerdo de 30 de enero de 2007, cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, puede reclamar en concepto de actor civil en el proceso penal que se siga frente al responsable penal.

sí. A la postre, sea a título directo o subsidiario, la perspectiva de incurrir en responsabilidad civil actúa como acicate para que los bancos refuercen las medidas de seguridad y control respecto de los servicios que prestan.

De lo que sí cabe hacer cuestión es de la tendencia jurisprudencial consistente en interpretar como netamente objetiva lo que se configura por ley como una responsabilidad cuasi objetiva. Más claramente: la propensión de nuestros tribunales a clausurar lo que aquí hemos llamado intersticios para la exoneración de la responsabilidad civil bancaria. Como decimos, tal modo de interpretar la ley resulta cuando menos cuestionable. Primero, porque tal interpretación contribuye a que los clientes bancarios no guarden la debida diligencia ante los correos, mensajes o llamadas que dicen provenir de sus bancos. Y segundo, porque las estafas informáticas bancarias no sólo causan perjuicio a los clientes bancarios sino también a las entidades financieras que han de invertir recursos ya no sólo en arbitrar mecanismos de control y seguridad, sino en asegurar la responsabilidad civil que pudieran contraer.

Muy cuestionables también, al menos a nuestro juicio, son las previsiones legislativas sobre un nuevo sistema de solución extrajudicial de los conflictos financieros. Es cierto que administrativizar controversias entre particulares puede servir como aliviadero de la jurisdicción civil. Bien mirado, sin embargo, no es poco lo que se sacrifica con ello. Por de pronto, supone sustraer a la justicia civil lo que es propio de ella. Y aún hay algo tanto o más reprochable. Aludimos a que la decisión de algunas controversias se proyecte como vinculante para una sola de las partes (el banco), no dejando a ésta otra posibilidad que su impugnación ante la jurisdicción contenciosa. O de otra manera: a que el derecho a la tutela judicial efectiva que también asiste a los bancos se reduzca a un mero recurso frente a una decisión administrativa.

6. Bibliografía

- CALVO SAN JOSÉ, M.J., «La responsabilidad civil de la banca en los delitos de estafa por “phishing”», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 18, 2023, pp. 1788-1809.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Sobre la desjudicialización de la Justicia civil», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, diciembre 2023, pp. 9-20.
- MARTÍ MIRAVALLS, J., «Banca «on-line» y responsabilidad por daños: análisis crítico de la jurisprudencia reciente en materia de «phishing» engañoso», en *Fraude electrónico: Entidades financieras y usuarios de banca*, C. Sanchis Crespo (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 215-249.
- MATARREDONA CHORNET, L., y PEÑALOSA TORNÉ, C., «Ciberdelincuencia. La responsabilidad civil bancaria», *Diario La Ley*, nº. 10431, 23 de enero de 2024, pp.

1-7 (versión electrónica).

ORTIZ PRADILLO, J.C., «Administrativización y arbitralización de la Justicia Civil», en *Miguel Ángel Fernández Ballesteros. Liber Amicorum*, D. Arias (dir.), La Ley, Madrid, 2024, pp. 1647-1687.

RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J., «El delito de estafa informática. ¿Es posible determinar la responsabilidad civil de la entidad financiera en base al artículo 120.3 CP como consecuencia del *phishing*?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º. 30, pp. 273 -304.

—*Aspectos jurídico-dogmáticos y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad civil ex delicto*, Dykinson, Madrid, 2022.

SANZ HERMIDA, A.M^a., «En busca de una protección sostenible para el consumidor de servicios financieros: a propósito de la (futura) autoridad administrativa independiente de la defensa del cliente financiero», en *Derecho del consumo y protección del consumidor sustentable en la sociedad digital del siglo XXI*, S. Barona Vilar (ed.), Santiago de Chile, 2023, pp. 171-196.

II | El Derecho Procesal penal internacional español

Juan Manuel Alonso Furelos¹

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. CONCEPTOS PREVIOS. 1.2. TERMINOLOGÍA. 1.3. CARÁCTER DE SUS NORMAS. 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 2.1. PERIODO ANTERIOR A 1870. 2.2. LA LEY PROVISIONAL SOBRE ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE 1870. 2.2.1 Principio de jurisdicción universal o de protección internacional. 2.2.2. Principio de protección real o del interés nacional. 2.2.3 Principio de protección personal. 2.3. EL ART. 23 DE LA LEY ORGÁNICA 671985 DE 1 DE JULIO DEL PODER JUDICIAL EN SU PERSPECTIVA HISTÓRICA HASTA EL MOMENTO PRESENTE. 3. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA O FUEROS. LA JURISDICCIÓN. LA COMPETENCIA. 3.1. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA O FUEROS. 3.1.1. Fuero principal. 3.1.2. Fuero de atribución jurisdiccional personal. 3.1.3. Fuero de atribución jurisdiccional real o del interés nacional. 3.1.4. Fuero de atribución jurisdiccional con base en el principio de protección internacional o de la justicia universal. 3.1.5. Exclusión del conocimiento de la jurisdicción española en supuestos de extraterritorialidad del delito por tratarse de fueros exorbitantes. 3.2. LA JURISDICCIÓN. 3.3. LA COMPETENCIA. 4. LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO. 5. DIFERENCIAS Y ANALOGÍAS CON EL DENOMINADO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. Quiero agradecer, personalmente, al profesor Cachón Cadenas la invitación para participar en este homenaje. Igualmente, a todos los colaboradores en este homenaje que hacen posible que vea la luz. Es un placer para mí hacerlo con esta humilde aportación.

Es de todos conocida, (hecho notorio, en la terminología procesal) la aportación del profesor Cachón al Derecho Procesal en estos últimos cuarenta años. Destaco su aportación importante a la Historia del Derecho procesal, a la ejecución procesal en el proceso civil... y en tantos innumerables temas que harían esta cita excesivamente larga.

Es mi deseo seguir compartiendo su grata amistad y destacar el apoyo brindado en estos años y nada mejor que hacerlo con esta sencilla aportación al homenajeado con motivo de su reciente nombramiento como Catedrático Emérito de Derecho Procesal en la UAB.

Desde este estadio, como emérito, su voz seguirá iluminando el universo procesal de los procesalistas, o mejor dicho, con palabras de otros, de los «jurisdiccionalistas».

1. Introducción

1.1. Conceptos previos

Derecho

Es el conjunto de normas, de la misma o diferente jerarquía, que regulan una figura, institución o disciplina jurídica. Nada más que añadir de momento hasta tratar el carácter de sus normas. Es una institución jurídica propia, pero sin autonomía dentro del derecho procesal penal, que se corresponde con el título de este artículo.

Procesal

Se trata del conjunto de normas, en nuestro caso, que regulan la jurisdicción y dentro de ella la ordinaria, es decir, uno de los pilares de la ciencia procesal convertido en un eje fundamental y que consiste en su aplicación al caso concreto a través de la competencia (penal), la acción (penal) y junto a ella la legitimación en el proceso (penal), el proceso (valga la redundancia, penal) y su instrumento formal el procedimiento (penal).

Penal

Dichas normas afectan al orden jurisdiccional penal. Queda fuera de este trabajo el orden jurisdiccional civil (ámbito, más o menos amplio del derecho privado, es decir, el de la aplicación al caso concreto del derecho civil, mercantil, comunitario privado e internacional privado sea para aplicar la norma de conflicto nacional o la norma material extranjera), el social y el contencioso administrativo. Ello implica además unas especialidades, en nuestro caso, del orden penal, con respecto a esos otros órdenes designados en caso de concurrir un elemento de extranjería.

Es decir, al referirme al derecho procesal penal internacional no entraré en el derecho procesal civil internacional, ni en el ámbito de su orden jurisdiccional (el derecho privado del párrafo anterior), es decir, en el derecho internacional privado en la terminología de los estudiosos de esta disciplina, cuando concurre un elemento de extranjería.

Regulado, este último, por tanto, en los Tratados Internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España, en el CC art 9 a 12 (norma de conflicto y fueros de determinación de la ley aplicable extranjera, por la materia u objeto), en el art. 22 LOPJ y sobre todo en la L/29/2015 de 30 de Julio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE N° 182 de 31 de julio pág.65906 a65942). Ello sin perjuicio de que muchos de los Títulos de esta Ley pudieran

ser objeto de aplicación por analogía (o al menos sería deseable) mientras otros no y que abordaremos en el capítulo V y último.

No entro en la jurisdicción militar por su especialidad y quedar fuera de la jurisdicción ordinaria, al ser especial. Ello sin perjuicio de la Sala de lo Militar del TS, que además tiene una composición mixta.

Adelantando ideas, nuestra figura, afecta a la atribución o no de un asunto (donde concurre un elemento de extranjería cual es la comisión de un delito en el extranjero y otros elementos secundarios ligados a esa atribución) a la jurisdicción española en su orden penal, y por lo tanto a la competencia de sus órganos. Así como el carácter de la víctima o el delincuente que justifica que la jurisdicción nacional, la acción y la legitimación procesal penal se puedan ver afectada en sentido positivo o negativo.

En cuanto al proceso, fuera de lo dicho, no se ve afectado en cuanto al procedimiento a seguir en el caso de la extraterritorialidad del delito según la gravedad o especialidad del delito; o porque el autor sea aforado o en la víctima concurra un espacial carácter o interés digno de protección. No incide en el procedimiento a seguir por la Audiencia Nacional al margen de la gravedad del delito o de la tipología o especialidad de este.

Internacional

Ello es así porque en estas normas aparece un elemento de extranjería fundamental que las justifica, la extraterritorialidad del delito o su comisión fuera de España, la condición nacional o extranjera del delincuente o la víctima, el carácter del propio delito, en cuya virtud se otorga el conocimiento de un asunto a la jurisdicción ordinaria (orden penal) o se la excluye. Art. 23-2,3,4 y 5 LOPJ. Y que en ciertos casos esa extraterritorialidad se justifica por ser muy vulnerable el bien jurídico protegido si afecta al Estado Nacional directamente y requiere de una especial protección, en este ámbito. Luego hablaremos del principio de protección real o interés nacional justificador de una especial atribución a la jurisdicción española, como fuero subsidiario e incluso principal.

Ese elemento de extranjería, además en el orden penal, hace que la competencia objetiva para conocer del asunto y proteger los bienes jurídicos lesionados corresponda a un órgano único como es la Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Art. 65-2. LOPJ, al margen de la gravedad del delito. Sin perjuicio del art. 65-3 y 4 LOPJ, referidos a competencias anexas al tema que nos ocupa. En efecto la extradición pedida por España a otro país se convierte en un instrumento en la mayor parte de los casos que hacen posible el ejercicio de la jurisdicción, a salvo que se solicite de un nacional de ese país.

La competencia funcional en fase sumarial se atribuya a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, art. 88 LOPJ. En caso de que se acuda y proceda el recurso de casación cualquiera que sea el motivo o el recurso (dígase proceso) de revisión penal contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, art 65-2 LOPJ, corresponda al Tribunal Supremo su competencia funcional u objetiva en estos supuestos, según el Art. 57-1— de la LOPJ.

Además, el Tribunal Supremo adquiere o se le atribuye una competencia «no jurisdiccional» por lo tanto que quedaría fuera del Art. 117-3 de la CE y del art. 57 de la LOPJ en alguno de los supuestos de extraterritorialidad del delito. Lo es para «dictaminar» si es competente la Audiencia Nacional en caso de un fuero supletorio de atribución de jurisdicción que posteriormente examinaremos o por el contrario es incompetente o puede serlo cuando el fuero especial de su atribución jurisdiccional fuera «exorbitante». Y lo será porque la relación entre la extraterritorialidad del delito cometido, el autor y la víctima y el bien jurídico protegido no justifican esa atribución a España de la jurisdicción para conocer.

Recalco en este caso el TS no juzga y ejecuta lo juzgado art. 117-3 CE y 1 y ss. LOPJ si no dictamina sobre la jurisdicción de la AN y JCI. Función que permite el art. 117-4 CE.

Dictamen donde el legislador no determina su «relevancia», es decir, si cabe un recurso contra el mismo en principio no devolutivo, o se excluye al no ser jurisdiccional; o cabe una aclaración de su decisión; y si es suficiente o no ese dictamen para excluir o no la competencia de la Audiencia Nacional. Se añade que ese «dictamen» si es positivo (o no siéndolo) y pese a ello conoce la AN, no excluye la cuestión previa, artículo de previo pronunciamiento, o excepción de incompetencia de jurisdicción prevista en el art. 666-1 LECRIM. Parece que debe ser previo el dictamen al inicio del juicio oral de la AN, y posterior a la conclusión del sumario por el JCI, pues antes del inicio del sumario o durante éste puede que no existan todavía elementos suficientes de juicio para que el TS tome una decisión bajo la forma de «dictamen» sobre esta cuestión.

Español

Las normas que la regulan la atribución o exclusión de estos asuntos a la jurisdicción española son españolas o adquieren después esa condición si estamos ante un Tratado Internacional publicado en el BOE.

Así la CE de 1978 aparece implícita en esta regulación en cuanto afecta a derechos fundamentales y a los Tratados Internacionales suscritos por España, art.96 y ss.; la LOPJ en los artículos antes mencionados, y los Tratados Internacionales suscritos por España y otro país o con una Organización Internacional

publicados en el BOE (a los que se refieren los Art. 23-1-4-5 LOPJ y 3 LEC, donde esta última remite subsidiariamente a la LECRIM).

En cierta medida con una interpretación acorde los preceptos del párrafo anterior pueden derogar o dejan sin contenido el art. 8-1 CC que exigen aplicar las normas penales españolas, y el art. 1 LECRIM para los procesales penales españolas, en España, en casos concretos o específicos.

Siempre en la suscripción de los Tratados Internacionales cumpliendo los requisitos exigidos por la Constitución, art. 96 y ss; y que si son publicados en el BOE pasan a ser normas del ordenamiento jurídico español de obligado cumplimiento, art.1-5 CC.

Y el art. 8 CC referenciado, que no parece tratarse de una norma Orgánica.

Se añaden las normas nacionales referidas a la simple solicitud de la extradición activa por España, pues el resto de los trámites se seguirán conforme a las normas del Estado en cuestión requerido o a lo dispuesto en Convenios o Tratados Internacionales multilaterales o bilaterales sobre extradición.

Por el contrario, si es España el Estado requerido se hará según nuestra normativa o los mencionados Tratados. Aunque la extradición no forme parte del derecho procesal penal es un instrumento muy valioso al derecho procesal penal internacional. No es un proceso jurisdiccional. Es un procedimiento administrativo mixto con intervención de autoridades administrativas de los ministerios involucrados y las judiciales.

Excepción. Hasta el momento me he referido a normas nacionales.

Pero la excepción, la referencia a aplicar normas internacionales, confirma la regla en varios sentidos:

Es posible que por Tratado Internacional se tuvieran que aplicar otras normas procesales en España distintas a las nacionales como se deduce del art 23 LOPJ y 3 LEC (que remite a la LECRIM) parece que internacionales o extranjeras y por los tribunales nacionales. En este caso se plantearían serios problemas con la alegación, prueba de la norma y jurisprudencia extranjera sobre la misma, para su aplicación al caso concreto en España. Véase la Ley de Cooperación Internacional en materia civil

Si el delito se cometió en otro país y España tiene jurisdicción, parece que la recogida de las piezas de convicción y la conservación y custodia de la cadena de pruebas sumariales se hará según la legislación del país en cuestión, pues

allí se practican. (Esto puede afectar al recurso de casación penal ante el TS o al recurso (proceso) de amparo ante el TC.

O incluso, aunque parezca más extraño, que se constituya en España una autoridad judicial extranjera (la Fiscalía Europea, ya está prevista en delitos comunitarios) para que las piezas de convicción y la conservación y custodia de las pruebas sumariales no se vea alterada si el delito cometido en el extranjero (o incluso en España) fuera competencia de un Tribunal Internacional.

Igualmente, es posible que por Tratado Internacional se excluya a la jurisdicción española de determinados delitos especiales cometidos en España (aunque el art. 23 LOPJ nos atribuya la jurisdicción como fuero principal), o en el extranjero (la atribución jurisdiccional parece residual en los tres últimos supuestos, 23-2-3-4-5) por tanto en favor de una jurisdicción o tribunales internacionales.

La extradición solicitada por España a otro país se rige fundamentalmente por las normas de éste en cuanto a los requisitos y procedencia. La solicitud, es obvio que según nuestra legislación. Y viceversa la reclamación de extradición de otro país a España por las nuestras o por los tratados internacionales vigentes.

Que los jueces españoles tengan que aceptar las normas sumariales extranjeras en el caso de un delito cometido en el extranjero y referidas a que la custodia en la cadena de las pruebas sumariales o piezas de convicción no se vea alterada, parece justificado. Incluso desplazándose el Juez Instructor Central nacional a ese país o el fiscal de la Audiencia Nacional, siempre conforme a un Tratado o la autorización del país pertinente en cuestión. Y siempre que sea competente la AN, al menos subsidiariamente. Art. 22-2,3,4,5.

Todos estos supuestos quedan fuera de nuestro derecho procesal penal internacional español y no me importa confesar que los desconozco al ser materia más proclive a los penalistas y a los internacionalistas del derecho público.

Dependencia versus autonomía

Las especialidades señaladas entiendo que no son suficientes como para hablar de una disciplina autónoma diferente al derecho procesal penal. Pero sí para el título con el que encabezamos este trabajo de derecho procesal penal internacional español. Ofrece, recalco de nuevo, las especialidades dichas, pero forma parte este trabajo del derecho procesal penal español. A salvo de las excepciones señaladas de normas extranjeras aplicables en España sean materiales o procesales ya destacadas.

1.2. Terminología

Siguiendo al profesor Cortés Domínguez, V (Derecho Procesal Civil Internacional. Madrid. 1981. Editoriales de Derecho reunidas) creo que es la denominación más adecuada, para el procesal penal.

Los internacionalistas hablan de derecho internacional privado abordando el derecho procesal civil y el material (aplicación de la norma material de conflicto nacional o extranjera al caso concreto), privado (civil, mercantil, comunitario y tras la nueva ley de Cooperación Jurídica Internacional civil extensible al derecho laboral) cuando existe un elemento de extranjería.

Los penalistas abordan el tema desde el plano del ámbito de las normas penales españolas, art. 1 y ss. CP, art. 8 CC, art.1, 9 y 14 y ss. CE referidos siempre a la aplicación del derecho penal material español en los casos de extraterritorialidad del delito.

Los procesalistas en esta materia debemos distinguir el plano procesal y material. El procesal viene determinado por la atribución o exclusión del conocimiento del asunto a la jurisdicción española, es decir a la jurisdicción y competencia de la Audiencia Nacional y sus Juzgados Centrales de Instrucción. siempre referida cuando estemos ante un fuero subsidiario y no ante un fuero exorbitante,

Sin olvidar que el fuero principal de atribución jurisdiccional debe serlo al país donde se comete el delito. Lo que parece lógico al ser el lugar donde quedan los vestigios y pruebas del delito. «Forum delicti comisi» o jurisdicción competente del país donde se comete, es decir donde se consuma y se producen sus resultados, sin perjuicio de su atracción a los delitos conexos al principal.

El aspecto material viene determinado por la ley material aplicable del lugar donde se cometió o el fuero principal que es el lugar donde tiene la atribución jurisdiccional para sí dicho país. Pero en este caso de extraterritorialidad, de aplicarse la ley del lugar donde no se cometió el delito quiebra o puede quebrar el principio de legalidad penal y de certeza y seguridad jurídica penal destacado por Beccaria. Es conveniente no olvidar esto.

V. gr. Si un musulmán viene de turista a España y consume alcohol en un restaurante, por esto no comete un delito en España. Pero si en su país es delito el consumo de alcohol y este país asume en virtud de las pruebas existentes (grabación u otras) su competencia jurisdiccional por la nacionalidad de esa persona se produciría un conflicto de la normativa penal aplicable. Pues las leyes penales deben aplicarse en el espacio de la jurisdicción del país, pero no fuera de este.

Al revés si un español realiza una acción en país extranjero donde no es delito, y sí lo es en España el principio de legalidad de las leyes penales y la certeza y seguridad jurídica podría cercenarse si España se declara competente, pensemos en algunos de los supuestos previstos en el art. 23-2-4 y 5 LOPJ. Y contradecir el art. 1,9-3,10-2 CE y art. 1 y ss. CP.

Este aspecto material plantea, si en España se pueden aplicar normas penales extranjeras sean materiales o procesales si el delito se cometió en otro país o sólo las españolas, según el art. 8 CC ya mencionado. Y en el primer supuesto a quien correspondería la prueba del derecho penal extranjero si tuviera que ser aplicado en España de admitirse (pensemos incluso por Tratado Internacional) y que se supone que correspondería a la AN de oficio, al Ministerio Fiscal y al acusado. Siempre sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos por España que tienen preferencia sobre las normas procesales o penales en tanto no lesionen la Constitución Española.

Este aspecto material al ser tangencial al derecho procesal requiere una determinación. Pues la jurisdicción nacional no siempre podrá aplicar la norma material española, en este caso el Código penal, al caso concreto en España.

Esta es la razón fundamental de la terminología adoptada.

1.3. Carácter de sus normas

Son todas de rango superior. Constitucionales como los preceptos señalados. Tratados Internacionales que exigen su ratificación según los requisitos que establece la CE, art. 96 y ss. Y publicación en el BOE para formar parte del ordenamiento jurídico español. En otro caso no. Art. 1-5 CC

Leyes Orgánicas como la LOPJ.

Requieren pues un «quorum» especial para su aprobación, modificación o derogación. Su establecimiento, modificación o derogación deben ajustarse a lo dispuesto en la CE. Con la salvedad del art. 8 CC.

2. Evolución histórica

La historia es maestra de la vida y la vida es maestra de la historia, porque los sucesos suelen repetirse. De ahí la necesidad de abordarla y en nuestro trabajo de forma detallada en lo que respecta a la LOPJ de 1870.

Es necesario destacar tres periodos hasta el momento presente.

- Hasta 1870.
- De 1870 a 1985 periodo de vigencia de la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial (pese a ser provisional con 115 años de duración).
- Desde la vigente ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial y que en estos casi 40 años en nuestra materia, el art. 23 LOPJ ha sido objeto de más modificaciones que en la precedente LOPJ de 1870 en la materia que nos ocupa. Por razones no sólo jurídicas, si no políticas y también derivadas de nuestra permanencia en la Unión Europea. A todas estas modificaciones me referiré seguidamente y el amable lector opinará sobre su conveniencia o inconveniencia.

2.1. Periodo anterior a 1870

Poco se puede afirmar con certeza y sin riesgo a equivocarnos durante este periodo.

Sin entrar en el Derecho Romano, donde Hispania era una colonia Romana y no un Estado propiamente dicho, hemos consultado los antiguos Cuerpos legales sin encontrar preceptos específicos. Lo cual no supone que quepa una interpretación forzada de algunos preceptos y que se puedan extraer conclusiones equívocas.

Me refiero al Fuero Juzgo, Fuero Real, las Siete Partidas (en la parte dedicada a la Administración de Justicia y a los delitos), Ordenanzas Reales de Castilla, Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro, Nueva Recopilación y Novísima Recopilación (también en la parte dedicada a la Administración de Justicia y a los delitos). Nada añade, después, el Reglamento para la Administración de Justicia de 1835, el de las Audiencias y el del TS, que entraron en vigor casi a la vez (1836-37).

La doctrina de los historiadores y de los historiadores del Derecho se plantea la cuestión de la personalidad o la territorialidad de las leyes nacionales entrando en una fuerte diatriba en favor de uno u otro criterio, dominando mayoritariamente en dicha doctrina el de la territorialidad de las leyes nacionales, aplicables a españoles y extranjeros dentro del Reino. En relación a la aplicación de nuestras leyes nacionales en el territorio nacional respecto a hechos, relaciones jurídicas o delitos y no están referidas a su extraterritorialidad en el ámbito penal de forma expresa.

Otra cosa sucede con el derecho internacional privado donde los internaciona-
listas de esta disciplina tienen importantes estudios históricos sobre el régimen
de los Estatutos y su origen en la Italia de los S. XII y XIII y que son el punto de
partida de su propia disciplina, para aplicar en España normas privadas extran-
jeras.

En efecto, la diatriba personalidad o territorialidad de las leyes nacionales fue
acometida por relevantes historiadores y juristas como Sánchez Albornoz, Ure-
ña y Smenjaud, Hinojosa, Galo Sánchez, Torres López, Riaza, García Gallo, Gar-
cía de Valdeavellano, Ramos Los Certales...

Si esa duda se ofrece así, parece claro que los anteriores cuerpos legales no
abordaban la cuestión de la extraterritorialidad de nuestras leyes fuera de
nuestro Estado y si no lo hacían con más razón la territorialidad o extraterrito-
rialidad de las leyes penales nacionales ofrecían o podrían ofrecer dudas en
caso de delitos cometidos en el extranjero.

Las normas penales durante la Baja Edad Media y la Monarquía Absoluta estu-
vieron muy vinculadas a la Corona que encarnaba el acto contra ella como de
«Lesa Majestad»; o al pecado fruto del sentimiento religioso y de su carácter
universal por la importancia de la religión hasta el S. XIX, y el papel de nuestros
Monarcas en su defensa. Supuestos que suponían en la práctica la persecución
de los delitos contra el Monarca y la religión vinculada al pecado, aun cometi-
dos fuera del territorio del Estado.

La seguridad exterior e interior del Estado centrado en la Corona durante la Mo-
narquía absoluta hacía relevante su persecución se cometieran dentro de las
fronteras del Reino o fuera. Y de igual forma, los delitos graves vinculados a un
sentimiento religioso como es el pecado y los Mandamientos de la Ley de Dios.

Los delitos graves, referidos al pecado y contrarios a dichos Mandamientos
seguían ese régimen, cometidos fuera o dentro del Reino o Reinos, contra sus
súbditos, sin perjuicio de que conociera de ellos la jurisdicción real (el equiva-
lente a la ordinaria) o una especial como la de la Inquisición, la militar u otras
especiales al margen de la ordinaria.

Por esa razón es muy posible que pasaran a la LOPJ de 1870 dentro de los su-
puestos incardinados en el principio de protección personal y real o de interés
nacional, en los supuestos y artículos que en breve desarrollaremos. En aquella
época el principio de protección de la justicia universal o internacional de los
delitos que lesionaban intereses supranacionales, es decir el objeto de ese bien
jurídico protegido, sólo se fraguaba en esos dos supuestos delitos contra la
Corona de Lesa Majestad o los muy graves contra sus súbditos ligados a la

concepción del pecado según los mandamientos. Fue la LOPJ de 1870, en redacciones posteriores, que no la inicial, la que los configuró en un tercer supuesto.

2.2. La Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870

La Ley de 15 de Septiembre de 1870 aprobada por las Cortes, cuyo próximo antecedente es el anteproyecto para presentarse en las Cortes como tal, a dicho fin, fue aprobado por la Ley de 23 de junio de 1870.

Antes de entrar en esta Ley, verdadero hito histórico para los procesalistas, aun siendo provisional y estando vigente 115 años deben hacerse algunas precisiones en cuanto afectan propiamente a la jurisdicción española, tema central de este trabajo.

La Constitución de Cádiz de 1812 y las posteriores de 1837, 1845 y 1870 (salvo el interín de 1814 a 1833) habían desterrado el sistema judicial anterior bajo el control de la Monarquía Absoluta. Las funciones judiciales de los Corregidores y Alcaldes fueron modificadas o suprimidas. Las Chancillerías desaparecen. Las Audiencias del régimen anterior se vieron modificadas. Se crearon los Jueces Letrados en los distritos judiciales provinciales que antes ni siquiera tenían que ser letrados (sí los Magistrados de las Audiencias y Chancillerías y por nombramiento Real) y desaparecen muchas atribuciones jurisdiccionales del Consejo de Estado como las referidas al recurso de injusticia notoria, nulidad y de fuerza y protección.

Se dicta el Reglamento para la Administración de Justicia en 1835, los reglamentos reguladores de las Audiencias, y del TS (entre 1835 y 1838), por el Ministerio de Gracia y Justicia. Y poco después en 1853 se establece el recurso de casación por infracción de ley (equivalente solo en parte al de injusticia notoria) y el de quebrantamiento de forma (antiguo recurso de nulidad) el primero para la jurisdicción de hacienda, y después ambos para el orden civil en la LEC de 1855. Y en la LOPJ de 1870, también, para el ámbito penal.

Destaco estos antecedentes próximos a la LOPJ de 1870 porque sin ellos no tendría ese carácter y contenido la propia jurisdicción.

Centrándome en el estudio de la LOPJ de 1870, redacción originaria, en esta materia prevé dos supuestos de extraterritorialidad en los delitos cometidos fuera de España que pueden ser juzgados por nuestros juzgados y tribunales según nuestras leyes penales.

En efecto, es en el Título VII, Capítulo III dedicado a la competencia en lo criminal, sección primera, de la competencia de la jurisdicción ordinaria en lo criminal Art. 321 a 346 de la misma. En concreto son los art. 335 a 342. Luego los mencionare y concretaré, pero advierto al amable lector, qué por razones de espacio en este trabajo, no lo haré en la redacción literal de la LOPJ 1870.

En los delitos cometidos en el extranjero, de los que conoce el orden jurisdiccional penal nacional se establece además que su competencia se extiende a los delitos conexos (Art. 328 a 332). Concreta, además, que en los delitos comenzados a cometer en España y consumados o frustrados en el extranjero, corresponde su conocimiento a los Tribunales y Jueces españoles si los actos perpetrados en España son delito y sólo respecto a estos. Art.335.

La jurisdicción y competencia objetiva y funcional para conocer nuestros Juzgados y Tribunales de estos delitos cometidos en el extranjero, se rige por las reglas generales del Código penal vigente de 1870 y esta LOPJ dependiendo por tanto de la gravedad del delito o la especialidad del autor y la víctima, art.325. (No como ahora que se encomienda a la AN la competencia objetiva para todo caso y la funcional a los Juzgados Centrales de Instrucción y al TS).

La competencia territorial —al haberse cometido el delito en otro país— se regía por el art. 326-2º y 3º LOPJ, es decir, el fuero de la demarcación en la que el reo es aprehendido o, en su defecto, subsidiariamente (de no ser aprehendido) el de su residencia. No es aplicable el art. 325, ni el inciso primero del art 326 (referidos al fuero principal del lugar de comisión del delito en España pues se cometió en el extranjero, ni el art 326-1º referido al lugar donde se descubren las pruebas materiales del delito (piezas de convicción) por la misma razón, ni el 326-4 fuero del lugar donde se tienen noticias del delito. Tampoco los dos párrafos últimos por la mencionada extraterritorialidad.

Ello sin perjuicio del art. 332 respecto a la competencia territorial en los delitos conexos señalado, que no añade nada al fuero del delito principal y de los conexos si se cometen en el extranjero y de no ser así para los conexos cometidos en España o los iniciados en España y consumados en el extranjero ya me referí al art. 335.

Como anticipamos se prevén dos fueros de atribución de jurisdicción y competencia a nuestros jueces y tribunales en caso de extraterritorialidad. Denominados por la doctrina después el del principio de protección real o nacional si afecta el delito a la seguridad del Estado, art.336 a 338 y el de protección personal art.339 a 341

En ambos casos se prevé que si el país donde se cometen los delitos (u otro extranjero, donde no) los entrega a los Cónsules de España, éstos podrán llevar a cabo la instrucción (competencia funcional) y terminada ésta, remitirán las actuaciones sumariales al Juez o Tribunal competente en España, art.342. Es una buena «intención» legal siempre que el país de la entrega lo permitiera si en él se cometió el delito, pues es al que le corresponde en primer lugar la jurisdicción para juzgarlos. No así si es un tercer país el que los entrega donde no se cometió el delito.

Si fuera una falta la cometida en país extranjero, art 345, y fuera entregado el delincuente por el mismo país donde se cometió (o en el que estaba y no se cometió) se le otorga la competencia objetiva para juzgarlo al vicedónsul si es letrado y en otro caso instruye éste el sumario con la ayuda del personal letrado del Consulado y contra su «sentencia penal» en el proceso de faltas cabe apelación al Cónsul del país donde fue entregado. No se remitían las actuaciones instruidas, por tanto, a los jueces y tribunales españoles. (Parecía lógico, pues los Jueces de Paz, no tenían por qué ser letrados, y tenían esa competencia en España para determinadas faltas no muy graves).

Debo destacar que no debemos extrañarnos de esta competencia objetiva de los Cónsules españoles en el extranjero a que se refieren dichos preceptos de la LOPJ 1870, en el orden penal y dentro de la jurisdicción ordinaria. Pues, la LEC de 1881 les otorgaba competencia objetiva para conocer de los asuntos de la jurisdicción voluntaria en asuntos de comercio en materia del derecho marítimo cuyo antecedente estaba en la Ley de Enjuiciamiento de Negocios de Comercio de 1830, en el Código de Comercio de 1829, en las Ordenanzas de Bilbao y en el libro del Consulado del Mar.

El art.346 respecto a los delitos cometidos en el extranjero dejaba claro que los art. 321 a 345 serían aplicables salvo lo dispuesto en los Tratados Internacionales vigentes o que en el futuro se celebraran con países extranjeros. Sentaba pues esta posible excepción.

2.2.1. Principio de justicia universal o de protección internacional

Principio de atribución jurisdiccional a España, para la protección internacional de delitos cometidos fuera del Estado también denominado de Justicia universal en el que el bien jurídico lesionado y protegido afecta a toda la comunidad internacional.

La LOPJ de 1870 en su redacción originaria no preveía este fuero (de atribución jurisdiccional) fundado en dicha protección internacional de ciertos delitos, también denominado de Justicia universal, en que la lesión jurídica o el bien

jurídico protegido afecta a toda la comunidad internacional. Se lesionan intereses o bienes jurídicos supranacionales. Es en posteriores actualizaciones y reformas a dicha LOPJ de 1870, en esos preceptos, donde se van añadiendo un determinado elenco de delitos de esa especie.

No entro en este particular, de inclusiones, porque tendríamos que examinar toda la Gaceta de Madrid y el BOE desde 1870 a 1985. Además, esto interesa más a los penalistas que se encargaron de su inclusión en la LOPJ a través de la Comisión General de Codificación y a historiadores del Derecho que a los procesalistas o «jurisdiccionalistas» más preocupados por la atribución (o exclusión) de estos asuntos a la jurisdicción ordinaria española y en otorgar la respectiva competencia a sus órganos.

No entramos, tampoco, respecto a estos delitos, en el ámbito de la jurisdicción militar y otras especiales referidos en los art.347 y ss. LOPJ si el delito cometido en el extranjero fue cometido por sus aforados. Tampoco de los aforados referidos al principio real o de interés nacional.

En redacciones posteriores de la LOPJ 1870 era un fuero subsidiario para el caso de que el Estado del lugar donde se cometió el delito, no reclamara su competencia y jurisdicción para juzgarlo y en dicho país fuera delito (o no). Estos supuestos, además, tenían su origen en Tratados Internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España.

2.2.2. Principio de protección real

Aparece referido en los art. 336 a 338. El ámbito lo es tanto para los españoles como extranjeros que cometan algunos de los delitos siguientes, fuera de España:

«Contra la seguridad exterior del Estado, lesa majestad, rebelión, falsificación de la firma, de la estampilla Real o del Regente, falsificación de la firma de los Ministros, falsificación de otros sellos públicos, falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito o intereses del Estado y la introducción o expendición de lo falsificado, falsificación de billetes del Banco cuya emisión esté autorizada por la ley, y la introducción o expendición de los falsificados y los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en territorio extranjero». (Redacción original sustituyendo los puntos aparte por comas)

Desconozco si en las posteriores reformas de la LOPJ de 1870 hasta 1985 se introdujeron otros y remito a lo dicho en el principio de protección internacional para delitos cometidos en el extranjero (y motivo de atribución a la jurisdicción nacional).

Queda claro que el bien jurídico protegido es el interés del Estado desde el plano político y económico de su Soberanía y el orden público. Lo que justifica que la querella fuera interpuesta por el Ministerio Fiscal y la acusación particular por la Abogacía del Estado. También por la acusación particular de los particulares afectados.

Como luego veremos es discutible si estamos ante un fuero principal o subsidiario, pues la territorialidad de la comisión del delito en otro país, y la salvaguarda del interés jurídico protegido nacional (incluso el extranjero del país de comisión) no tienen por qué ser antagónicos. Es decir, si se cometen estos delitos en otro Estado parece que el fuero preferente debe ser el de ese Estado y sólo cuando el Estado extranjero carece de interés en perseguirlo y una vez demostrado o acreditado su comisión puede la jurisdicción nacional iniciar el proceso siempre que el delincuente se halle en España o se haya conseguido o al menos solicitado su extradición.

Si no fueran delito en el país de la comisión y el delincuente estuviera en España parece que sería un fuero principal y no subsidiario con las especialidades que seguidamente haremos.

En efecto, el art. 337 señala que si los reos de los delitos antes señalados hubieran sido absueltos o penados en el extranjero (conforme a esa ley material y procesal), siempre que en este se hubiera cumplido la condena, no se abrirá de nuevo la causa. (Es decir, respeto de nuestro Estado a la cosa juzgada penal internacional de ese país).

Lo mismo sucederá si hubieran sido indultados, salvo los delitos de traición y lesa majestad. (No se respeta en estos supuestos la cosa juzgada internacional caso de indulto del país extranjero en que se cometió, en esos dos supuestos). Como sabemos el indulto tiene un carácter más gubernativo, administrativo y político que jurisdiccional.

Si hubieran cumplido parte de la condena, se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que en otro caso les correspondería. (También, se respetaba la cosa juzgada penal internacional).

Queda claro por tanto que es un fuero subsidiario aplicable en caso de que el país donde se comete el delito no hiciera nada, es decir no quiere iniciar un proceso penal contra los autores porque no vulnera el acto sus intereses jurídicos. Según el parecer del Estado extranjero, no resulta lesionado ese bien jurídico protegido. Y al no haberse seguido en ese país un proceso penal, que termine con una sentencia con efectos de cosa juzgada, parece lógico que se atribuya jurisdicción y competencia a nuestro país conforme a nuestra leyes

procesales y materiales. No entramos en el caso de que se tratara de países enemigos y cuya frontera común fuera el cauce para lesionar los intereses de España.

Y lo refuerza el art. 338 LOPJ al remitir a los art. 336 y 337 respecto a extranjeros que hubieran cometido estos delitos y fueran aprehendidos en territorio español o se obtuviera su extradición (En cuyo caso se aplican las normas procesales y materiales de España y al no haberse aplicado el fuero principal del lugar de comisión del delito se aplica este no en forma subsidiaria si no principal).

2.2.3. Principio de protección personal

A él se refieren los art. 339 a 341 de la misma.

El art. 339 prevé el supuesto de que un español cometa un delito en país extranjero contra otro español añadiendo que será juzgado en España por los Juzgados y Tribunales designados en el art. 326 (precepto que se refiere a los fueros de la competencia territorial para delitos cometidos en España, y no a los órganos que tienen la competencia objetiva o funcional que eran los mismos) y por el mismo orden de preferencia si concurrieran las circunstancias siguientes:

Querella del ofendido o de las personas que pueden hacerlo según las leyes; que el delincuente se encuentre en territorio español (porque fue entregado a los cónsules de ese país, extraditado por ese país u otro distinto o volvió a España); que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, y en este último caso haya cumplido su condena (pues el fuero principal preferente es el del país extranjero donde se cometió el delito si se halla en él y destacando que no cabe la extradición del nacional del país al que se pide) y si cumplió parcialmente la pena se observará lo previsto en el art. 337 para la atribución de jurisdicción (según el principio o fuero de protección real).

El art. 340 regula el supuesto de un delito de los que el CP de 1870 considera grave cometido en el extranjero y por un español contra un extranjero. Se atribuye jurisdicción a los jueces y tribunales nacionales establecidos con carácter general con competencia objetiva y deben concurrir las circunstancias del párrafo anterior. Se supone que lo cometió en país extranjero y éste renuncia a juzgarlo y lo entrega o extradita (algo que parece extraño) o que huyó a otro país y este lo extraditó a España. Obsérvese, que aunque no se refiere a faltas, éstas quedan incluidas en el art. 345, como en el caso de la protección jurisdiccional real.

Termina el 341 estableciendo qué conforme al principio de legalidad penal de las normas extranjeras, no podrá procederse en el caso del art. 340 cuando el

hecho de que se trata no sea delito en el país en que se perpetró, aunque lo sea según las leyes de España.

Obsérvese que el art. 341 no cubre al art. 340, es decir, si un español comete un delito contra un español en el extranjero y en ese país no es delito, una vez el delincuente se encuentre en España o fuera entregado o extraído (se supone que por un tercer país a donde huyó ya que en el lugar donde se cometió no está tipificado). Además, se exige querella del ofendido, y no haber sido absuelto, indultado o penado.

Es decir, en el caso del art. 340 concurre una colisión de intereses con respecto a dos principios de legalidad penal: el del país de comisión donde no es delito y el de España donde sí. Era la justificación del principio de protección personal del nacional para dicha atribución jurisdiccional, que no concurre si era un español contra extranjero y en ese país no es delito.

No se entiende este doble rasero para el caso de que un español cometa un delito en el extranjero contra un español y atribuir jurisdicción para conocer a España; a diferencia que lo haga contra un extranjero si en el país de comisión no estaba tipificado como tal, y sí en España, clara discriminación por razón de la nacionalidad.

Recalco, en el primer caso se atribuye jurisdicción a nuestros tribunales una vez el español estuviera en España a disposición de nuestra jurisdicción por el principio de protección personal (fuero subsidiario de atribución jurisdiccional que rozaba con ser un fuero exorbitante, al violarse el principio de legalidad penal de ese país). En el segundo no, pues respetaba el principio de legalidad del país de su comisión al no estar tipificado como delito o falta, y además quizá se considerase de equiparar ambos supuestos, en el segundo caso, un fuero exorbitante o desproporcionado.

2.3. El art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial en su perspectiva histórica hasta el momento presente. (BOE núm 157, de 2 de Julio)

Sorprende y queremos destacar que en estos casi 40 años de vigencia este precepto ha sido objeto de múltiples modificaciones. Sobre todo, en su apartado 4º, debido en parte a las directrices comunitarias sobre todo en el ámbito de delitos en que el bien jurídico protegido busca la protección de un bien o lesión jurídica de un interés general e internacional. Aunque no podemos olvidar tampoco que la politización de la justicia y la judicialización de la política

opera en el ámbito comunitario e internacional aunque pueda parecer que, con menos intensidad que en el nacional.

- Así el art. 23-2 LOPJ, fue modificado por el BOE Núm 264, de 4 de Noviembre de 1985, (denominado de corrección de errores de dicha Ley).
- La LO 11/1999 de 30 de Abril modificó el art.23-2 a y el 23-4-e conforme a su Disposición final única.
- La LO 3/2005 de 8 de Julio, artículo único, modificó el art. 23-4 en sus letras g y h.
- La LO 13/2007 de 19 de Noviembre, en su art. 1-1 modifica el art. 23-4.
- La LO 1/2009, de 3 de Noviembre, en su art. 1-1 modifica el art. 23-4 y 23-5.
- La LO 1/2014, de 13 de Marzo, en su artículo único modifica el art. 23-2-4-5 y añade el 23-6.
- La LO 2/2015, de 30 de Marzo en su Disposición final modifica el art. 23-4-e.
- La LO 9/2021 de 1 de Julio, en su Disposición final 2-1 modifica el 23-2 b apartado 2º.

Señaladas todas estas reformas entramos en el momento vigente de la LOPJ de 1985.

3. Criterios de atribución a la jurisdicción española o fueros. La jurisdicción. La competencia

3.1. Criterios de atribución a la jurisdicción española o fueros

Como señalamos, en nuestro caso, los fueros jurisdiccionales pueden definirse como los criterios de atribución (o de no atribución) a la jurisdicción española en el orden jurisdiccional penal de determinados delitos cometidos en el extranjero. Este el objeto de nuestro estudio.

Lo aclaro porque también existen los fueros competenciales, es decir, los criterios para la determinación de la competencia objetiva (por razón del sujeto se refieran al delincuente o a la víctima, al objeto o tipo de delito cometido o a su gravedad o fueros de otra especie), a la competencia territorial, a la funcional (se refiera a una fase como el sumario o las sucesivas instancias) o a la competencia por conexión. Estos fueros influyen menos en nuestro estudio y los abordaremos en la competencia, segundo apartado de este epígrafe.

En el orden penal la jurisdicción es imperativa, indisponible, improrrogable, exclusiva a diferencia con el orden civil, sean los fueros de atribución jurisdic-

cional penal principales o subsidiarios (cuando no procede el principal del lugar de comisión del delito en España y el país en cuestión donde se cometió no quiere asumir su fuero principal de atribución jurisdiccional), sin perjuicio de que el delito se cometa en España o en el extranjero.

Entrando en los fueros o criterios de atribución jurisdiccional existen cuatro uno principal del art 23-1 y otros tres subsidiarios los del 23-2-3-y 4. Con la especialidad del 23-2.

El 23-5 es una especificación del 23-4 referido a fueros o criterios de atribución jurisdiccional exorbitantes que justifican la exclusión del referido 23-4 y el 23-6 es una concreción del art. 23-3 y 4.

Fueros que siendo principales o subsidiarios tienen sus posibles excepciones.

3.1.1. Fuero principal. (Art. 23-1)

Aparece señalado en el art. 23-1. «En el ámbito penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte».

Este fuero no pertenece al objeto de nuestro estudio centrado en la extraterritorialidad del delito sin embargo procede hacer de él las siguientes precisiones:

- Las faltas desaparecieron de nuestro CP en una reforma anterior a 2021 por lo que parece un «lapsus» voluntario o involuntario mantenido por el legislador en su última reforma de 2021. Como sabemos pasaron a ser delitos leves, infracciones administrativas o conductas jurídicas permitidas sin sanción alguna.
- La extensión de la jurisdicción española se corresponde con el territorio nacional, con la extensión de nuestra Soberanía, por lo tanto, en tierra sea suelo o subsuelo, mar y aire. Y se extiende al pabellón (matriculación) español de sus buques y aeronaves.
- Quedan excluidos del art. 23-1 los lugares y personas sujetos a inmunidad jurisdiccional (delitos cometidos en las embajadas, en las bases militares extranjeras si así se establece en el Tratado Internacional que las crea, en otros supuestos, o en territorios bajo administración internacional. También se excluye a las personas con inmunidad jurisdiccional como embajadores, reyes, jefes de Estado, presidentes de gobierno, o demás supuestos. Puede ser parcial o total la inmunidad, respecto a ciertos lugares, personas y delitos).

- Se supone que si nuestra jurisdicción en el orden penal es exclusiva e improrrogable nuestros jueces y tribunales ejercerán la jurisdicción, art. 117-3 CE y 1 y ss. LOPJ para aplicar nuestras leyes nacionales procesales y materiales, art.8 CC y 1 LEC y LECRIM, es decir para juzgar y ejecutar lo juzgado conforme a ellas.
- Pero esto no siempre será posible si las piezas de convicción y la custodia y conservación de la cadena de pruebas del delito, se encuentran y se recogen en otro país lo que normalmente se hará conforme a la legislación soberana vigente del país en que se encuentren. O incluso puede justificar tener que aplicar otras normas procesales (lo que puede resultar extraño) si se estableciera para ciertos delitos una legislación material y procesal comunitaria o internacional.
- Si este es nuestro fuero principal, o «forum delicti commissi», de atribución jurisdiccional y competencia para los delitos cometidos en España, parece lógico, a sensu contrario, que éste sea el fuero principal para el país extranjero donde se cometen y hallen sus vestigios.
- Razón por lo que entendemos que los otros supuestos del art. 23-2-3-4-5 son fueros subsidiarios y más si el delincuente se encuentra en otro país donde se cometió y contando con la especialidad de que no cabe la extradición de los nacionales. De todas forma esta afirmación no debe ser tan tajante en el caso del 23.-3 y lo afirmo sin defender un exclusivismo jurisdiccional desproporcionado rayano con la defensa de un fuero exorbitante de atribución jurisdiccional a España.
- El art. 23-1 y 3 LOPJ sienta la excepción de que para determinados delitos en virtud de un Tratado Internacional bilateral o multilateral suscrito por España puedan conocer otros Tribunales (internacionales o comunitarios) y apliquen otra legislación procesal o material distinta a la española, vaciando de contenido el art. 8 CC y 1 y ss. CP y LECRIM. También lo corrobora el art. 3 LEC para el orden jurisdiccional civil.
 Ello sin perjuicio de que se constituyan en España (al menos un instructor sumarial si se sigue este sistema por un Tribunal Internacional, o que se traslade a España un Fiscal internacional o comunitario —como así ya sucede— a recoger las piezas de convicción y a conservar debidamente la cadena de pruebas del delito sumariales). O que se obligue a nuestros tribunales nacionales si se cometió el delito en España a aplicar esa normativa procesal o material internacional o comunitaria, a que alude el art. 23-1.
- Esto conlleva los problemas de la investigación, prueba y aplicación de esa normativa procesal y material extranjera en España. Siempre que no conste en un Tratado Internacional publicado en el BOE ya que de serlo estaríamos ante una legislación nacional, aunque residual y especial para esos casos específicos.

3.1.2. *Fuero de atribución jurisdiccional personal. (Art. 23.2)*

Señala el art. 23-3 LOPJ:

«También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieran los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de su ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización Internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los tribunales españoles. Este requisito se considerará cumplido en relación con los delitos competencia de la Fiscalía Europea cuando esta ejercite efectivamente su competencia.
(Es una mera repetición o reiteración del art. 23-6 LOPJ para los supuestos tercero y cuarto lo que delata la técnica jurídica reiterativa empleada por el Congreso).
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

Obsérvese que no se menciona que el delincuente español o después nacionalizado español esté a disposición de la jurisdicción española. De no estarlo, habrá que solicitar su extradición. Sorprende, también, la excepción de qué si el hecho no es punible en el lugar de ejecución, se supone que es por no ser grave, que pueda conocer la jurisdicción nacional si así lo establece un Tratado internacional o un Acto normativo de una Organización Internacional de la que España es parte.

Destaco que dice el precepto que el hecho sea punible en el lugar de su ejecución. Debió decirse que ese hecho esté tipificado como delito en ese lugar. No ser punible en el lugar de ejecución, entiendo que quiere decir que no está tipificado como tal.

Pues una interpretación extensiva entiendo que sería inadmisibles, pues no parece que sea delito conforme a la legislación del país extranjero y la nacional las causas que excluyen la acción del delito; o que no están penadas como las causas de justificación completas, las causas de inculpabilidad y las excusas absolutorias que excluyen la pena; ni las inmunidades jurisdiccionales que excluyen el propio proceso penal. Sírvanos esta afirmación para los supuestos del art. 23-4 y 5 que luego abordamos dentro del principio de la justicia universal.

Estamos ante un fuero subsidiario, como decíamos en el supuesto anterior, a sensu contrario del art. 23-1, pues es el principal es el de la comisión del delito del país extranjero. Esto supone que en el país extranjero donde se cometió no tiene relevancia jurídica cosa que no extraña y como no se inicia un proceso penal en ese país, en su defecto lo hacen las españolas. En caso de litispendencia penal internacional parece que es fuero preferente el del país de la comisión, salvo que ese español o español nacionalizado esté en España al no proceder la extradición del nacional.

Puede tratarse de delitos muy graves, graves o leves tras la desaparición de las faltas.

No entendemos porque se veta o impide la acción popular y más cuando está sometida a un depósito judicial y que consideramos procedente cuando así lo es para un delito sujeto a persecución pública cometido en España.

Tampoco entiendo porque no basta la simple denuncia, aunque entiendo que la denuncia presentada ante el órgano competente puede dar origen a la querrela del Fiscal español de la AN o el comunitario. No tiene por qué ser siempre archivada o desestimada. Se añade qué en ciertos delitos cometidos en España, la denuncia se equipara a la querrela si el denunciante se constituye en parte. Al Fiscal comunitario no se le exige querrela bastando que manifieste que está ejerciendo efectivamente su competencia. (cabe para él querrela, denuncia, o escrito constituyéndose en parte...

Es incomprensible que si en el país de comisión no es delito pueda conocer la jurisdicción española por lo previsto en un Tratado internacional o un Acto normativo de una organización internacional, lo que supondría un claro fuero exorbitante, salvo que se tratara de un delito de los mencionados en el art. 23-4 LOPJ. Art. 23-4 que es especial frente al 23-2 LOPJ y por lo tanto preferente. Además, esto viola claramente el principio de certeza y seguridad jurídica de nuestras leyes materiales e incluso dicho principio en relación con el país en que se cometió.

No entiendo por qué los españoles que salen a otro país están obligados a conocer lo regulado en los Tratados Internacionales o en estos Actos Normativos de una Organización Internacional si no se publican en el BOE y no aparecen insertos en el Código Penal y LOPJ vigentes. Se ataca el principio de legalidad penal, certeza y seguridad jurídica penal y procesal penal.

Repito me parece un claro fuero exorbitante de muy difícil aplicación, que un hecho que no sea delito en otro país y en España (lo sea, o no, pues no lo dice el precepto) y sin embargo que sea muy grave para ese Tratado o Acto normativo para llegar a esta situación. Además, el país en cuestión donde se cometió

un acto legal no permitirá que se busquen las piezas de convicción en su territorio o la recogida con las debidas garantías de la custodia en la cadena de pruebas sumariales de un hecho lícito y no delictivo.

El art. 23-2 c respeta escrupulosamente la cosa juzgada penal internacional del país extranjero donde se cometió y ejerció la jurisdicción y lo juzgó. Así como con la cosa ejecutada o la ejecución de la condena y el derecho penitenciario. Parece lógico al ser el país del fuero principal a sensu contrario con nuestro 23.1 LOPJ.

3.1.3. Fuero de atribución jurisdiccional real o de protección nacional. (art.23-3)

Dispone el art. 23-3 LOPJ:

«Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española (no por tanto según la extranjera lo que planteará problemas importantes de calificación jurídica), como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su consorte, su sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado».
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i) Los relativos al control de cambios».

Nada más se dice por lo que dudamos si es un fuero principal o subsidiario.

Parece meridianamente claro, aunque no lo dice la LOPJ, que si esos hechos se cometen en el extranjero y allí también son delito sería un fuero subsidiario y el país donde se cometen tendría atribuido el fuero principal. Incluso algunos de estos delitos, en la actualidad, lesionan intereses comunitarios de la Unión Europea y por ello afirmo que el país en que se cometen es competente por su fuero principal. De ser así España debería respetar la cosa juzgada del país en cuestión, art. 23-2-c y en caso de litispendencia penal internacional sería preferente el fuero del país en cuestión.

Pero repito se puede sostener lo inverso, es decir, que aunque sea delito en el país en cuestión, España no renuncia a su fuero principal y en tal caso no reconocería la sentencia con efectos de cosa juzgada penal del país extranjero en cuestión, ni reconocería una anterior litispendencia penal internacional.

De no ser delito en el lugar de comisión (que no se exige) se puede hablar de un fuero principal, aunque es discutible dado el silencio legal; si bien en el espíritu del legislador parece indiscutible que lo es.

En el primer caso, de ser subsidiario sería aplicable el art. 23-2-c ya señalado en el supuesto anterior. En el segundo no, y operaría como un fuero principal del 23-1, si en el país en cuestión no es delito, pues la lesión al bien jurídico protegido es el interés del Estado español. De todas formas, esta posición que mantengo, y lo digo anticipándome al lector, puede ser harto discutible. En este caso, no ser delito en el país extranjero, la competencia sería exclusiva de España y sería un fuero principal.

Se exige querella del agraviado o del Ministerio Fiscal, art 23-6. El agraviado, la lesión jurídica, o el bien jurídico protegido es el Estado en cuanto tal, aunque también puede serlo, igualmente, directa o indirectamente un particular como agraviado o perjudicado.

Puede actuar, por lo tanto, en situación litisconsorcial voluntaria como parte activa el Abogado del Estado (al que siempre se silencia fuera del ámbito administrativo, como en este caso en el orden penal) defendiendo el interés del Estado Español (como en el Proceso), el acusador particular defendiendo los intereses de las víctimas particulares o perjudicados y el Ministerio Fiscal defendiendo la legalidad penal, (legalidad que puede ser contradictoria con el interés del Estado nacional como sucedió en el Proceso, a salvo que el Fiscal se encuentre «domesticado o amordazado» por la Fiscalía General del Estado y haga lo mismo ocupando el papel de la Abogacía del Estado).

Igualmente, que el delincuente esté en territorio nacional a disposición de la justicia española ya en situación de prisión provisional o bajo otras medidas cautelares o de aseguramiento penal; en otro caso se solicitará su extradición. De todas formas, para iniciar el juicio oral contra él en España por la Audiencia Nacional será necesaria su presencia o en otro caso suspenderse o paralizarse el proceso penal, iniciado o terminado el sumario.

Además, si las piezas de convicción están en el país extranjero deberá permitirse al instructor español (JCI) su recogida con todas las garantías, es decir la recogida y custodia de las pruebas sumariales.

Por tanto, y al margen de si estamos ante un fuero principal o subsidiario, debemos pensar si ese país está o no dispuesto a colaborar con España para recoger las piezas de convicción y la entrega del delincuente de forma directa o a través de la extradición. Ello no debería plantear problemas con los países de la Europa Comunitaria por los Acuerdos existentes, pero si pueden darse con países de África, Asia y América. El Tratado Internacional es la mejor solución. Por supuesto que entre países enemigos o con los que no se tienen relaciones internacionales será todo más complejo, difícil o imposible.

En cuanto al aspecto material de cada delito, no entramos. Corresponde a los penalistas e internacionalistas del Derecho público su estudio y analizar los intereses en juego dentro de la inclusión de esta lista de delitos. No a los procesalistas, sin perjuicio del problema que pueda entrañar una calificación jurídica diferente de unos mismos hechos en distintos cuerpos penales extranjeros con el español, y más con referencia a hechos realizados en el extranjero. Si bien el art. 23.3 en esta cuestión da prevalencia en su calificación jurídica a la legislación nacional que queda vinculada con la jurisdicción española para aplicar la norma penal nacional al caso concreto conforme al art. 117-3 CE y 1 y ss. del CP, 1 y ss. LOPJ y 1 y ss. LECRIM.

3.1.4. *Fuero de atribución jurisdiccional con base en el principio de protección internacional o de justicia universal. Art. 23-4*

Ha sido el aspecto más reformado de la LOPJ en estos últimos años. Y sobre el que doctrinalmente más se ha escrito desde la reforma de 2009 sobre todo por penalistas e internacionalistas del Derecho Público. Quizá como señalé por la politización de la justicia y la judicialización de la política en el ámbito nacional y menos en el comunitario.

Su redacción, quizá por esto, sigue una técnica jurídica harto discutible; es reiterativo, confuso y además excesivamente complejo. Ello se debe a la superposición de las reformas operadas en distintos momentos que afectan a distintos preceptos.

Debió hacerse una enumeración de todos estos delitos del art. 33-4 letras a y p y después establecer unos requisitos más o menos comunes para cada uno y sus especialidades procesales y materiales. Y destacarse los que están bajo la Jurisdicción Internacional o la comunitaria del TEDH si se cometen fuera y el país del lugar de su comisión no los persigue, para que los Tribunales Internacionales conozcan de ellos, según una legislación procesal y material internacional unificada. Aunque esto último es muy complejo abordarlo en este momento, sin entrar en los Tratados internacionales suscritos por España referidos a los mismos, a los que se aluden en estos preceptos.

Estos supuestos además caen bajo la orden de detención europea, la posible extradición a España y la intervención de la Interpol.

Se ha tachado esta regulación de la LOPJ de un ataque al sistema de la justicia universal en la lucha internacional contra esta delincuencia, pero no olvidemos en otra perspectiva que se han limado, limitado o excluido los fueros exorbitantes de la legislación anterior.

Es decir, el denominado «imperialismo o exclusivismo» jurisdiccional español trata de reducirse (en palabras de los internacionalistas del derecho privado) en los delitos de esta especie o listado del precepto 23-4 LOPJ cometidos en el extranjero. En algunos supuestos esa reducción se hace añadiendo más requisitos a supuestos semejantes si bien resulta irrelevante, aunque se trate de quitar trabajo a los órganos encargados de solicitar la extradición. En otros supuestos se trata de hacer desaparecer un fuero exorbitante.

Además, son fueros subsidiarios, a sensu contrario del art 23-1 LOPJ que es el fuero principal para España, es decir el fuero del lugar de comisión del delito. Si ello es así España respetará, la cosa juzgada y la cosa ejecutada internacional y cumplirá en ejecución, las sentencias extranjeras penales con esos efectos a efectos de nuestro Derecho penitenciario y cumplimiento de la pena, así como la litispendencia penal internacional de producirse ésta con el país extranjero de la comisión del delito.

Dispone el art. 23-4

«Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse (remito a lo dicho en la calificación jurídica del supuesto anterior), según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

- a) Genocidio, lesa humanidad o contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. (Nada que objetar porque el delincuente está en España y se denegó su extradición, aunque el problema está en que el país de la comisión puede obstaculizar la investigación sumarial, la recogida de las piezas de convicción y la conservación y custodia en la cadena de pruebas sumariales lo que puede hacer inefectivo este supuesto, si desvirtúa el art. 24 CE).
- b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal cuando:

- 1ª El procedimiento se dirija contra un español; o
- 2º La víctima fuera de nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.
(Es lógico si el imputado está en España y evita la extradición porque la víctima era española)

- c) Delitos de desaparición forzada incluidos en el Convenio Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecho en Nueva York el 20 de Diciembre de 2006, cuando:

- 1º El procedimiento se dirija contra un español, o
- 2º La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos y la persona que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

(Los fueros de atribución son los de la letra b. Remito a lo dicho y que en buena técnica jurídica se debió incluir la letra c en la b para no ser reiterativo el precepto).

- d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la integridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marítimos en los supuestos de los tratados ratificados por España o en actos normativos de una organización internacional de la que España sea parte.
(Precepto con una redacción oscura que puede suponer un fuero exorbitante para la jurisdicción española, al referirse a delitos cometidos en aguas internacionales (fuera del espacio de soberanía nacional del 23-1 y en el espacio de soberanía nacional del país extranjero o de matriculación dl buque o embarcación a sensu contrario del 23-1).
- e) Terrorismo (fuera del caso anterior en aguas internacionales, al ser norma especial), siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- 1º El procedimiento se dirija contra un español.
- 2º El procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España (no es lo mismo residencia habitual en España que encontrarse en España) o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero (supongo como participe en cualquier grado en el delito), para la comisión de un delito de terrorismo.
- 3º El delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España.
- 4º La víctima tuviera la nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos.
- 5º El delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad Española.
- 6º El delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España.

7º. El delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; (ver la letra d, que concreta el supuesto).

8º El delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

(Contra la impunidad del terrorismo todos los fueros imaginables son buenos. Ciertamente que a efectos prácticos unos son más eficaces que otros. De todas formas, el país más adecuado para investigarlos es el de su comisión y donde quedan los vestigios, piezas de convicción y pruebas materiales a efectos de la debida custodia y conservación de todo ello. Supongo, que la Fiscalía antiterrorista de la Audiencia Nacional, que tiene más información que nadie, se la habrá oído a la hora de redactar este precepto).

f) Los delitos cometidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en la Haya de 16 de Diciembre de 1970, siempre que:

1º El delito haya sido cometido por un ciudadano español, o

2º El delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

(Contradice en parte el art. 23-1 LOPJ en el supuesto segundo, y concreta el art. 23-4-d piratería donde no exigen todos estos requisitos).

g) Los delitos cometidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de Septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de Febrero, en los supuestos autorizados por el mismo. (Ver letras d y f).

h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de Marzo, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

1º El procedimiento se dirija contra un español

2ª Cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español. (Véase la letra d).

j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión. (Véanse las letras d, e, g, i).

k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

- 1º El procedimiento se dirija contra un español.
 - 2º El procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España.
 - 3º El procedimiento se dirija contra persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España. (Las personas jurídicas en el vigente CP tienen capacidad para cometer delitos, a diferencia con el sistema anterior que eran las personas físicas que estaban al frente de las mismas, y de ser condenados la pena accesoria era la disolución de la persona jurídica).
 - 4º El delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.
- l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de Mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres, y la violencia doméstica, siempre que:
- 1º El procedimiento se dirija contra un español.
 - 2º El procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España.
 - 3º El delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de la comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.
- (Parecido al supuesto k, y que en este caso se exige que el delincuente se halle en España y no así en el caso anterior).
- m) Trata de seres humanos, siempre que:
- 1º El procedimiento se dirija contra un español.
 - 2º El procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España.
 - 3º El procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.
 - 4º El delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.
- (Igual que la letra k pero aquí se exige que el imputado esté en España para no pedir su extradición. No veo la razón de ser de esta diferencia donde en la letra k es irrelevante que esté o no).
- n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

- 1º) El procedimiento se dirija contra un español.
- 2º) El procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España.
- 3º) El delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España.
- 4º) El delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

(Semejante a la letra m salvo que en el punto 3º no se exige su residencia quizá evitando la atribución jurisdiccional nacional para no tener que pedir su extradición).

- o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de Octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:

- 1º) El procedimiento se dirija contra un español.
- 2º) El procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España.
- 3º) El procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones que tengan su sede o domicilio social en España.
- 4º) La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de los hechos
- 5º) El delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de la comisión de los hechos.

(Desconozco porque este supuesto no se incluye en el art. 23-3 LOPJ pues ataca al principio real de la protección jurisdiccional, claramente)

- p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente o por otros Actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encuentren en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.

(Dos cajones más de sastre, por si fueran poco los supuestos de las letras a-p. El primero para nuevos delitos cometidos en el extranjero donde España admita su jurisdicción como fuero subsidiario para juzgarlos. Y en el segundo para decir que España no extradita a ciudadanos extranjeros que cometieron delito

en el extranjero si la legislación de este país impone la pena de muerte, la tortura u otras degradantes.)

Estos delitos del 23-4, (como los del 23-3) solo serán perseguibles en España, previa interposición de querrela por el agraviado o el Ministerio Fiscal. Art.23-6 (Se silencia al Fiscal Comunitario que no puede estar excluido en algunos9.

3.1.5. *Exclusión del conocimiento de la jurisdicción española en supuestos de extraterritorialidad del delito por tratarse de fueros exorbitantes. Excepciones. (Art. 23-5)*

En supuestos anteriores de fueros subsidiarios o supletorios me referí a supuestos de fueros exorbitantes. Aunque no lo fueran en puridad, porque es el legislador quien los determina y no el estudioso del Derecho.

Aquí es el legislador quien los establece. Y supongo que los establece para dejar las cosas claras en supuestos dudosos de los antes enumerados. Enumerar cada delito de nuestro Código Penal en caso de extraterritorialidad haría interminable la lista de fueros exorbitantes. En las legislaciones comparadas, suele ser frecuente establecer los supuestos de atribución jurisdiccional extranjera a través del fuero principal y otros subsidiarios o supletorios con una redacción mucho menos extensa, pero no así los fueros exorbitantes.

Fuero exorbitante es aquél en qué por razón de la extraterritorialidad del delito, la nacionalidad de la víctima y del delincuente, el domicilio o residencia de ambos, el pabellón del buque o aeronave.... u otros motivos no existe conexión alguna con el delito para que se atribuya su conocimiento a la jurisdicción española.

La lucha contra la impunidad mundial del delito, y los millones que se cometen diariamente en diferentes lugares no puede llevar a que España tenga que conocer de todos ellos.

Es imposible y se colapsarían los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional, es decir no podrían ofrecer o les sería muy dificultoso ejercer la jurisdicción, art. 117-3 CE y dar la satisfacción jurídica a las peticiones de las partes acusadoras, ni garantizar la tutela judicial efectiva del art. 24 CE frente a los otros supuestos del art. 65 LOPJ en que tiene jurisdicción y competencia la Audiencia Nacional. Sin contar con las dilaciones indebidas en el ejercicio de su jurisdicción que pasarían a ser debidas.

Se añade un coste adicional al erario público muy elevado por el servicio que supone la dotación económica que precisarían los órganos competentes, es

decir la AN y los JCI. Y siempre con respecto a los fueros exorbitantes que la mayor parte de las veces no darán sus frutos en el plano jurisdiccional, aunque tampoco muchos de los subsidiarios o supletorios. Me refiero a sentencias absolutorias por defectos de forma o fondo debido a sumarios mal terminados por no poderse recoger con todas las garantías las piezas de convicción y la adecuada custodia de la cadena de pruebas en el sumario. O sumarios que por esto no se pueden concluir y abrir el juicio oral.

«5.Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte. (Sería lo deseable en muchos supuestos del 23-4).
- b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubiesen cometido los hechos o en el Estado de la nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:
 - 1º) La persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio nacional.
 - 2º) Se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

(Si la extradición no es autorizada para qué seguir, si el sumario de ese proceso penal debe suspenderse o archivarse).

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2º del TS, a la que se elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

Se supone que por el Juzgado Central de Instrucción o la Audiencia Nacional, pues no parece que sea el país que ostenta el fuero preferente del lugar de comisión u otro fuero).

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado (sic, se haya iniciado) o esté en marcha (sic) o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

(Casos incompatibles con los derechos humanos en el ámbito judicial y las garantías procesales de la jurisdicción y las partes art. 117 y 24 CE y correspondientes de los art. 1 y ss. LOPJ).

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio».

Pero en este caso, a sensu contrario, parece que tampoco podrá la Audiencia Nacional llevarlo a cabo si le falta este material por no estar en el país de comisión del delito las piezas de convicción y la cadena de pruebas para poder ser custodiadas con las debidas garantías.

Este art. 23-5 LOPJ desnaturaliza el art. 23-4 y lo vacía de gran contenido en cuanto fuero supletorio o subsidiario. En cierta medida, reconoce que muchos casos del art. 23-4 son fueros casi exorbitantes.

3.2. La jurisdicción

Conforme al art. 117-3 el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Así mismo los arts. 1 y ss. LOPJ. Lo señalamos aquí porque el ejercicio de la jurisdicción al caso concreto es posterior a los fueros de atribución de la jurisdicción a España, que es previo.

De ello se desprende que en el orden penal los juzgados y tribunales juzgarán y ejecutarán lo juzgado según las normas nacionales, es decir la norma material que es el Código Penal español y las normas procesales españolas, es decir la LECRIM y donde en ambos se establecen los principios de legalidad material y procesal. Y después para la ejecución de penas privativas de libertad lo harán conforme a la LECRIM y la legislación penitenciaria española.

En el caso de la extraterritorialidad del delito se verán obligados a respetar algunas normas sumariales del país de comisión, lo cual no debe ofrecer problemas. Incluso para los que defienden que las normas sumariales que afectan a la mera investigación y no a los derechos fundamentales por ello no son propiamente jurisdiccionales, lo cual es harto dudoso o discutible. Si el proceso está iniciado en un país extranjero y la AN reclama su competencia lo actuado tendrá el valor que se le quiera dar conforme a nuestras normas sumariales.

Si ya estaba en fase de juicio oral solo cabe repetirlo o continuarlo si se ajustan a nuestras normas procesales, las normas procesales extranjeras en cuanto a las garantías constitucionales por lo que tras la suspensión o simple paralización del mismo para examinarlas podría continuarse. Sería un motivo para suspender o paralizar al menos el juicio oral.

Mayores problemas supone la aplicación del derecho material penal extranjero por nuestros tribunales, pudiendo en algún caso su aplicación hacerse en España sobre todo cuando estemos ante una atenuante por analogía respecto a la pena que procede imponer comparando la norma extranjera más benigna con la nacional más dura.

Por supuesto que si el proceso finalizó en el extranjero con efectos de cosa juzgada, la jurisdicción nacional debe respetarla si no se violó un fuero principal español. El del art. 23-1 LOPJ. Y en cuanto a la ejecución, para el cumplimiento de la pena se respetará la cosa firme ejecutada y el derecho penitenciario extranjero y a partir de la entrega del condenado a España se aplicará el derecho penal y penitenciario español para la condena que le reste por cumplir.

Si el país que extradita al delincuente impone como condición que sea juzgado conforme a la ley del lugar de su comisión, parece que la Audiencia Nacional podría estar obligada a cumplir esa legislación siempre respetando los derechos fundamentales y garantías procesales nacionales que forman parte del orden público procesal español.

Si por Tratado Internacional, los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional tuvieran que aplicar otra normativa no nacional en virtud de éste para juzgar y ejecutar lo juzgado, así lo harán. Si el tratado Internacional se publicó en el BOE forma parte de nuestro ordenamiento. En otro caso la vinculación es igual, pero surge el problema de la alegación, prueba, y aplicación del derecho procesal y material extranjero contenido en ellos.

En el caso de tribunales supranacionales competentes tanto si se trasladan a España o el delincuente u organización criminal se traslada al lugar de su sede aplicarán el derecho material y procesal que proceda según dichos Tratados

Internacionales. Pero la jurisprudencia de los tribunales extranjeros o internacionales, o la nacional al aplicar normas materiales o procesales no españolas no tiene el carácter de doctrina legal a los efectos del art. 1 CC y de la LEC y LECRIM.

3.3. La competencia

La competencia objetiva, cualquiera que sea la gravedad del delito, como ya señalé corresponde a la Audiencia Nacional Sala de lo Penal, lo que consideramos muy acertado en términos comparativos con la precedente LOPJ de 1870. Así se establece en el Art. 65-1º-e y 65-2º-3º y 4º. (Se corresponde con la funcional para fallar en primera instancia). Los Juzgados Centrales de Instrucción carecen de esta.

Desconozco las Secciones que hay en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y si alguna está especializada en conocer de los delitos cometidos en el extranjero. Si existe una sección especializada a ésta le corresponde conocer del asunto. En otro caso es necesario proceder al reparto.

La competencia funcional para el sumario, art 88 LOPJ corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción, que como en el párrafo anterior consideramos acertado en términos comparativos con la precedente LOPJ. Desconozco si existe la especialización anterior, De existir sólo a uno a este se atribuye el su-puestos de extraterritorialidad del delito, De no existir se procede al reparto, o también si existieran o se constituyeran en el futuro más de un JCI en esta especialización.

El Tribunal Supremo tiene competencia para conocer del recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma y del recurso (proceso) de revisión contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Art. 57-1-1. O de otros extraordinarios en materia penal que pueda establecer la Ley. También lo considero acertado en términos comparativos con la de Ley de 1870.

La competencia territorial no plantea problemas al tener jurisdicción y competencia para todo el territorio nacional español la Audiencia Nacional y sus secciones penales como sus Juzgados Centrales de Instrucción. Gran acierto en comparación con la de 1870. Se evitan cuestiones de competencia territorial.

Quiero también destacar, fuera de lo abordado dentro de la jurisdicción y competencia de los órganos señalados en este epígrafe, que los Fiscales de la Audiencia Nacional y de estos respectivos Juzgados Centrales son unos grandes profesionales, pues no todos los Fiscales llegan a ella o a estos y además cuen-

tan con una información muy cualificada proporcionada por las fuerzas de seguridad del Estado.

Para terminar este epígrafe centrarme en el papel que asume el Tribunal Supremo en el art.23-5-b que como señalábamos dispone:

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda hacerlo, y así se valore por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal»

Artículo confuso pues no determina de forma concreta quien eleva esa exposición razonada, aunque es de suponer que el competente para juzgarlo o instruirlo, es decir, la Audiencia Nacional o el Juzgado Central de Instrucción. (Ambos órganos formados por Magistrados). Así lo interpreto porque comienza el precepto refiriéndose al Estado extranjero que no quiere asumir su jurisdicción y para justificar la excepción del 23-5-b que excluye la jurisdicción por un fuero exorbitante, que dadas estas circunstancias excepcionales se pretende convertir en supletorio o subsidiario.

Se extraen dos interpretaciones el legislador no confía en la AN o en los JCI cosa que dada su preparación es sorprendente y sería un claro ejemplo, a añadir. de la politización la justicia y de la judicialización de la política; o que se quiere llevar el garantismo procesal a sus últimos extremos para que el TS haga una valoración a efectos de evitar posibles y futuros recursos.

Es decir, el TS dictamina sin juzgar conforme al art.117-4 CE, y esto es adecuadamente constitucional y por eso no lo regula el art. 57 de la LOPJ; no es una actividad jurisdiccional del art. 117-3 CE y art. 1 y ss. LOPJ., Pero el valor de su dictamen no se especifica, es decir si es vinculante (aunque parece desprenderse esa interpretación por su finalidad, de evitar la aplicación de fueros exorbitantes) o no es vinculante para la AN y el JCI, ni se regula su extensión que será libre y fundamentado en Derecho, que damos por supuesto.

De todas formas, su dictamen, vincule o no a la AN o JCI y sea positivo, aunque no se dice, no impide la excepción, artículo de previo pronunciamiento o cuestión previa del art. 666-1 LECRIM de declinatoria de jurisdicción (falta de jurisdicción penal, orden jurisdiccional inadecuado, falta de competencia objetiva, funcional o territorial), ni el recurso de casación si es negativo (auto que equivale a un sobreseimiento libre) ni después el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por denegación de la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, y tras él acudir al TEDF por semejante razón.

En efecto si se declarase competente la AN siempre podrán las partes acusadas proponer la falta de atribución jurisdiccional española en ese asunto por estar ésta fuera del fuero establecido. Y si se declara incompetente procedería el recurso de casación ante el TS o de amparo ante el Tribunal Constitucional y después acudir al TEDH.

El TS en su dictamen informa, asesora a la AN. Pero no ejerce la Jurisdicción y por ello el precepto no está consolidado en el art. 57 LOPJ. Contra ese dictamen no cabe recurso alguno al no ser un acto jurisdiccional, aunque sea final, pero entiendo que si puede solicitar la aclaración de su dictamen la AN y el JCI. Al margen de su carácter vinculante, o no, será tenido en cuenta en el recurso de casación por el TS si se recurre por el cauce del art. 666-1 o por denegación de su competencia la AN y archivo de la causa. Igualmente, será tenido muy en cuenta por el Tribunal Constitucional en caso de amparo.

Lo solicita, por ser preceptivo, reitero la AN o los JCI al TS. Pero su falta al no ser una actividad jurisdiccional si no dictaminadora no origina nulidad de actuaciones alguna en el proceso en cuestión seguido ante esos órganos y desconozco si existe responsabilidad disciplinaria de la AN o JCI por esa omisión.

Recalco de nuevo que este dictamen crea simple doctrina para el TS, pero no doctrina legal a los efectos del art. 1 CC y LEC Y LECRIM. Aunque tampoco crea doctrina legal para el TS, con los efectos correspondientes de vinculación para el propio TS y los órganos inferiores la aplicación en España de normas materiales o procesales extranjeras o internacionales revisadas por el TS en un recurso de casación por infracción de la norma material extranjera o internacional o de la procesal extranjera o internacional.

El art. 1 CC y los preceptos que lo complementan en la LEC y LECRIM dejan claro que solo es doctrina legal del TS la pronunciada en el recurso de casación al aplicar las normas españolas. Tampoco se equipara a la aplicación de las normas autonómicas, competencia de los TSJ de las CCAA que crean dicha doctrina legal en la comunidad respectiva.

4. La acción civil derivada del delito

En el artículo 23 LOPJ no se hace referencia a la acción civil derivada del delito, es decir la restitución, reparación o indemnización de los daños y perjuicios derivados del delito. Esto no plantea problemas por su carácter civil y lógico que no aparezca en ese precepto.

En el supuesto del delito cometido en el extranjero caben varias posibilidades de libre elección para la víctima o el perjudicado por el delito frente al delincuente y demás partícipes o el responsable civil, de acuerdo con nuestro sistema procesal penal:

- a) Acumular la acción penal a la civil en el proceso del que tiene jurisdicción y conoce la Audiencia Nacional conforme a los fueros examinados de atribución jurisdiccional y determinar la responsabilidad civil derivada del delito en su sentencia conforme a la legislación y jurisprudencia española.
- b) Reservarse la acción civil para que conozcan de ella los jueces y tribunales españoles, y la determinen según la legislación y jurisprudencia española.
- c) Permitir que la víctima o el perjudicado civilmente ejercite la acción civil en el lugar en que se cometió el delito.
- d) Incluso, podría reclamarse ante el tribunal de otro país donde no se cometió el delito si admite su jurisdicción y competencia para ello, pues los fueros de atribución de la jurisdicción para determinación de la responsabilidad civil según la legislación española son disponibles y deberá ser ese tercer país quien conforme a sus fueros determine si su jurisdicción es competente o estamos ante un fuero exorbitante.
- e) Renunciar a ella, transigir o someterla a arbitraje en tanto no afecte a menores, incapaces o disminuidos, ausentes o personas desvalidas en cuyo caso se opondría el Ministerio Fiscal.

Resumiendo, no se plantean problemas (como los expuestos anteriormente) respecto a la responsabilidad civil derivada del delito, siendo de aplicación el CP, los art. CC 9 a 11, 1092 y art 1902 y ss. por analogía, art. 109 y ss. CP, 589 a 621 LECRIM y el art. 22 LOPJ.

Siempre distinguiendo entre la responsabilidad civil derivada del delito, de las penas o multas pecuniarias afectas del delito que se rigen por el art. 23 LOPJ señalado.

5. Diferencias y analogías con el denominado derecho internacional privado

Diferencias

Vienen determinadas por el ámbito objetivo del orden jurisdiccional en cuestión. El orden penal en nuestro caso. O el orden civil para aplicar el derecho civil, mercantil, comunitario privado e incluso el laboral. Así lo establece la L 29/2015 de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil

(BOE 182 de 31 de Julio, pág. 65906 a 65942). Ese es su ámbito conforme a su Título preliminar.

Los fueros de atribución jurisdiccional cuando existe un delito se regulan en el art. 23 LOPJ. Los del orden jurisdiccional civil en el art. 22 LOPJ.

Los fueros del orden jurisdiccional penal sea el principal o subsidiarios son imperativos, indisponibles e improrrogables, No así los del orden jurisdiccional civil, exista o no un elemento de extranjería.

Al ser los fueros de atribución jurisdiccional penal imperativos, indisponibles e improrrogables no cabe el reenvío, ni un reenvío de retorno, como en los civiles en caso de elemento de extranjería.

El Orden público penal viene determinados por el respeto a los derechos humanos respecto a las posibles penas a imponer. No cabe la pena de muerte, penas contra la integridad física, tortura o penas humillantes o degradantes. Y bajo el respeto de las garantías procesales. Véase el la CE art. 14 y ss. y el art. 23-5 LOPJ. El orden público civil viene referido a otros parámetros, aunque también le afecten los art. 14 y ss. CE.

En el orden penal no existen normas internas de conflicto, art 9 a 11 CC por ser los fueros imperativos. Si en el orden civil, con lo que el fraude de ley es más frecuente. Art. 12— 1-4 y 5 CC. En ningún caso puede equiparar el fraude de ley con un fuero exorbitante.

En el orden penal no cabe hablar del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y sentencias extranjeras como en el orden civil y del reconocimiento de documentos públicos extranjeros. El «exequatur» y la inscripción de las sentencias penales extranjeras a efectos de los antecedentes penales tiene otra consideración. Tampoco puede ser en el orden penal un mero trámite formal cumplidos los requisitos del exequatur. El orden público penal, el carácter imperativo de las normas penales y procesales penales, el control de oficio jurisdiccional, la naturaleza del derecho penitenciario hace que todo lo afirmado tenga otro carácter.

La sentencia firme dictada en el extranjero de condena, que deba ser cumplida en España, exige un control total del procedimiento y de la aplicación de su derecho material, por la Audiencia Nacional, art. 65 o el TS en casación e incluso por el TC si se acude en amparo, que no está excluido de violarse el art. 24 CE.

Incluso podría ser objeto si no es todavía firme la sentencia extranjera, del recurso de casación español por infracción de ley material extranjera o de las ga-

rantías del proceso conforme a la legislación del país de origen o el nuestro, ver art. 23-5 o declararse nula y tener que reiniciarse todo el proceso en España.

En este caso sería necesario que el TS examinará el derecho extranjero material y procesal aplicado (investigarse, probarse y ver si su aplicación es acorde con la CE y las garantías procesales). Si se inició el procedimiento en el extranjero y terminó durante el sumario y procede continuarse ante la AN ésta debe esta examinar las garantías del sumario realizadas para evitar la nulidad mencionada, repitiéndolo para respetar esas garantías procesales por el JCI que corresponda.

Incluso de ser firme esa sentencia extranjera, cabe el proceso (recurso) de revisión según la legislación española y contra ella es posible acudir al TEDH. O (según el caso, aunque extrañamente), ante el TC en amparo si el motivo de revisión supusiera también una vulneración del art. 24 CE o al TEDH.

Analogías.

En ambos existe un elemento de extranjería. En el orden penal la comisión de un delito en el extranjero. Ligado a otros, como la nacionalidad, residencia, domicilio... Art. 23-4 y 5 LOPJ. En el derecho privado esos elementos son mucho más numerosos y dependiendo del derecho de la personalidad y nacionalidad, derechos reales, derechos de obligación, sucesiones...

La calificación jurídica, es decir, la determinación de una determinada y concreta figura jurídica en el substrato factico de la norma y el presupuesto de hecho, aunque se haga conforme al derecho español, art. 23-4-5 puede o no quedar excluida. Y aunque se intente que sea siempre se haga según la ley material española (CP), a que se refieren los art.8 CC y 1 y ss. CP no siempre será posible en casos muy complejos. En el orden privado la calificación jurídica se hace según la ley española. Calificación jurídica que según el principio «iura novit curia» debe ser exclusiva de la Audiencia Nacional y de sus Fiscales y así fundamentarse en la sentencia.

En ambos ordenes se respeta la litispendencia penal y la cosa juzgada penal en favor de los fueros principales. En los subsidiarios cuando el Estado que ostenta el principal no ejerce o puede ejercer su correspondiente jurisdicción. Art. 23.5. En el orden civil al ser disponibles los fueros de atribución jurisdiccional el problema es mucho más sencillo. Véase el Título IV de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

En ambos órdenes penal y civil en caso de elemento de extranjería es o puede ser de aplicación subsidiaria la ley citada de cooperación jurisdiccional de 2015,

así las disposiciones preliminares, y para los actos de notificación o comunicación y traslado de documentos judiciales o extrajudiciales sea directa entre órganos jurisdiccionales o indirecta a través del Ministerio de Justicia o de Asuntos Exteriores. Título preliminar, Título I, Capítulos I a III

En ambos puede servir o aplicarse subsidiariamente la Ley de Cooperación Jurídica Internacional para la práctica y obtención de pruebas, incluido en nuestro caso el traslado de piezas de convicción y la conservación con todas las garantías procesales en la custodia de pruebas obtenidas en la investigación sumarial. Ver Capítulo IV.

Lo mismo para la información y prueba del derecho extranjero penal o procesal penal del lugar de comisión del delito. Lo que conlleva la remisión de los textos legales y la jurisprudencia aplicable a ellos debidamente traducidos. Títulos II y III.

6. Breves conclusiones

PRIMERA. Se puede hablar de unas notas especiales y determinantes, ya examinadas, que hacen que lo que denominamos derecho procesal penal internacional español sea por ello una especialidad del derecho procesal penal nacional. Pero dichas notas no son suficientes y determinantes para que se pueda considerar una disciplina diferente y autónoma del derecho procesal penal español, si no que por el contrario es dependiente y por esto forma parte de éste.

SEGUNDA. La competencia de la jurisdicción ordinaria penal, en contraposición a las especiales, para conocer de los delitos cometidos en el extranjero era una realidad antes de 1870, aunque no la hemos encontrado regulada en los Cuerpos legales precedentes a la LOPJ de 1870. Dicha Ley reguló esa realidad en su primera redacción de forma escueta. Se amplió en reformas posteriores y de ahí paso a la vigente LOPJ de 1985.

TERCERA. Entre los fueros o criterios de atribución de la jurisdicción a nuestros Tribunales existe uno general referido a los delitos cometidos en España. Y por ello puede y debe considerarse, a sensu contrario, el fuero principal de atribución de la jurisdicción al país extranjero donde se cometió el delito.

En defecto del principal están los furos de atribución jurisdiccional subsidiarios o secundarios, que justifican la atribución a la jurisdicción española con base en distintos criterios como son la nacionalidad, residencia o domicilio del delincuente o de la víctima, el tipo de delito en atención al bien jurídico protegido o su gravedad, que el delincuente o la víctima sea una persona jurídica... y operan en defecto del principal del país donde se cometió el delito.

Fuero exorbitante es aquél en que el lugar de comisión de un delito en un país extranjero no guarda conexión con los criterios anteriores, y por tanto justifica que a la jurisdicción española no se atribuya su conocimiento. Esto se manifiesta desde el punto de vista legal, pues el legislador puede convertir un fuero exorbitante en subsidiario o viceversa. Es un tema por tanto de política legislativa procesal y penal. Otra cosa es la posición doctrinal en defensa o no de esto.

El legislador debe dejar claro que fuero es principal, subsidiario u exorbitante. En el supuesto del 23-3 no queda claro.

CUARTA. La competencia objetiva, funcional respecto al sumario o los recursos, o procesos especiales de impugnación como la revisión la consideramos acertada en favor de la Audiencia nacional la primera, y al margen de la gravedad del delito.

La funcional en el sumario, también adecuada en favor de los Juzgados Centrales de Instrucción. Y en los recursos de casación y del proceso (recurso) de revisión también la del Tribunal Supremo.

Precisa una mayor aclaración el papel del Tribunal Supremo en su función dictaminadora a la Audiencia Nacional o Juzgado Central de Instrucción y que no es jurisdiccional al estar fuera del art. 117-3 CE y no preverse en el art. 57 LOPJ. Se incluye en el art. 117-4 CE No tiene efectos, entendemos, respecto al art. 666-1 LECRIM si dictamina en favor de su jurisdicción y competencia, ni ante un previsible recurso de casación ante el TS, de amparo ante el TC o ante el TEDH si dictamina en contra o a favor de dicha jurisdicción y competencia.

QUINTA. La responsabilidad civil derivada del delito cometido en el extranjero, en nuestro país, por su flexibilidad no origina problemas prácticos, por permitirse en España múltiples opciones para su ejercicio. Otra cosa es que la ejecución se debe practicar en el país donde esté el dinero o los bienes para hacerla efectiva.

SEXTA. Entre el derecho internacional privado y el derecho procesal penal internacional español existen diferencias y analogías. Esas analogías pueden servir para cubrir lagunas de nuestro derecho proceso penal internacional. La Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil de 2015, puede ser un ejemplo en los aspectos examinados.

7. Bibliografía

Como destaque, sobre todo, está centrada en los fueros de atribución jurisdiccional a España de la Justicia Universal, art, 23-4 y 5 LOPJ y su estudio destaca desde el plano del Derecho penal y del Derecho Internacional Público, con muy contadas excepciones.

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. GARROCHO SALCEDO. A.M. MARTÍNEZ GUERRA, A. Informe sobre la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal. Sección de Derechos Humanos del ilustre Colegio de Abogados de Madrid. 2014. Pág.1 y ss.
- AMBOS, K. El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (art. 17 Estatuto de Roma) In Dret. Revista para el Análisis del Derecho 2/2010 pág. 1 y ss.
- CABRERA PADRÓN. C. Comentario crítico a la posición de la Audiencia Nacional sobre la reforma de la justicia universal: liberación de narcotraficantes. Diario La Ley. Nº.8333 pág. 1 y ss.
- Idem. Comentarios a la sentencia del TS sobre reforma de la justicia universal. Iustel. Estudios y Comentarios. Pág. 1 y ss.
- CANCADO TRINDADE, A.A. Reflexiones sobre tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización de ideal de la justicia internacional. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz. Bilbao 2010. Servicio editorial de la Universidad del País Vasco. Pág. 17 y ss.
- CASTAÑÓN ÁLVAREZ, M. J. Ciberterrorismo, principio de justicia universal. Diario la Ley. sección Doctrinal. Nº 1120. 13 de Febrero 2017.
- CASTELLANOS RUIZ, E., RODRÍGUEZ RODRIGO, J. De la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales civiles. In Dret. Revista para el análisis del Derecho. Nº. 368. 2006. Barcelona.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. De Nuremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo. Jueces para la Democracia. Información y debate. Nº. 54. Pág. 3 y ss.
- Idem. La justicia universal: derechos humanos y desarrollo. Derechos humanos y Desarrollo Justicia Universal.: el caso latinoamericano. Barcelona. 2007. Icaria.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. A propósito del proceso de reforma del art. 23-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Mayo Noviembre de 2009) de los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal. Revista de Extremadura. Nº. 6. 2009. Pág.13 y ss.
- CHOZAS ALONSO, J.M. Fueros legales de competencia internacional. Fueros extra-territoriales. Lex. 2015.
- DEL CARPIO DELGADO, J. El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009. Diario La ley. Nº. 7309. 2009. Pág.1 y ss.

- Departamento jurídico de Sepín penal. La polémica reforma de la «Justicia Universal» por la L/O 1/2014. Sepín. 2014.
- Idem. Cuadro con las modificaciones introducidas en la LOPJ por la LO/1 2014 relativa a la «Justicia Universal». Sepín. 2014.
- Idem. El art. 23-4 d atribuye jurisdicción a España en el tráfico de drogas en aguas Internacionales. TS. Sala 2º de lo penal. S. 24-7-2014. Sepín. 2014.
- Idem. Tráfico de drogas en aguas internacionales por extranjeros cuyo destino no es España: no son competentes los Tribunales españoles. Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª 13/5 2014.
- ESTEVE MOLTÓ, J. E. Desnaturalizando la justicia universal: hacia una exclusiva y condicionada persecución del terrorismo. Teorder. Nº. 21. 2017. Pág. 48 y ss.
- GUIMERÁ FERRER SAMA, R. ¿Adios a la «Justicia universal». Sepín 2015.
- LÓPEZ-JACOÍSTE DÍAZ, E. La crisis de Libia desde la perspectiva de la responsabilidad de proteger. Anuario Español de Derecho Internacional, 27, 2011. Pág.109 y ss.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G. La codificación del derecho internacional en el umbral del siglo XXI: luces y sombras en la labor de la CDI. Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional. Vol. X. 2001. Pág. 367 y ss.
- LLOBET ANGLI, M. El alcance de principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional. In Dret. Revista para el Análisis del Derecho. Nº. 4 pág. 1 y ss.
- MACHADO CARVAJAL, V. La nueva regulación del art. 23 de la LOPJ y su engarce con el art. 131 del Código Penal, tras las reformas operadas en 2009 y 2010. Legal Today. Portal jurídico de Aranzadi por y para profesionales del Derecho. 2010. Pág. 1 y ss.
- MARTÍN PALLÍN, J.A. Recortes en jurisdicción internacional: un retroceso de casi cien años. Tiempo de Paz. Nº.112. 2014. Pág. 72 y ss.
- MARTÍNEZ GUERRA, A. Delitos contra la Administración de justicia de la CPI. En ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. Tratado de derecho penal español. Parte especial III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia. Valencia. 2013. Tirant lo Blanch.
- Idem. La reforma de la molesta «jurisdicción universal» y sus primeras consecuencias. Eunomia, Revista en Cultura de la legalidad. Nº 7. Septiembre 2014, Febrero 2015. Pág. 117 y ss.
- MOLINA MANSILLA, M. C. La justicia universal tras la nueva modificación del art. 23 de la LOPJ. Sepín 2015.
- OLLÉ SESÉ, M. Justicia Internacional para crímenes internacionales. Madrid. 2008. Tirant lo Blanch.
- Idem. A vueltas con la justicia universal. Política exterior. Vol. XXVIII (160) 2014. Pág.96 y ss.
- ORIHUELA CALATAYUD, M.E. La jurisdicción universal de España: discurso leído el día 27 de Enero de 2016 en el acto de recepción como Académico de

- número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia por la Excm. Sra Doña Esperanza Orihuela Calatayud y contestación del Presidente de la Academia Excmo Sr Don Juan Roca Guillamón. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Murcia 2016.
- Idem. La regulación de la jurisdicción universal en España. Reflexiones a la luz de las últimas reformas (2014-15). En *Crímenes Internacionales y justicia penal. principales desafíos*. Bilbao 2016. Thomson Reuters Aranzadi. Pág. 283 y ss.
- PÉREZ CEPEDA, A.I. Ley orgánica 1/2014, de 13 de Marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*. 2015. Nº 3. Pág. 1 y ss.
- PIGRAU SOLÉ, A (Prologo J.M. Mena) La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales. RX DH 03. Colección *recerca per drets humans*. Generalitat Catalunya. Diciembre. 2009.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. Tratado de Derecho penal Internacional e internacional penal. Tomo I. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1995. Instituto Francisco de Vitoria.
- RAMÓN CHORNET, C. Las prerrogativas de la CIA en la eliminación de presuntos terroristas y en la práctica de torturas. *Revista Española de Derecho Internacional*. Nº 56-1. Pág. 542 y ss.
- REMIRO BROTONS, A. El caso Pinochet. Los límites de la impunidad. Madrid 1999. *Política exterior*. Biblioteca Nueva.
- Idem. Malos tiempos para la justicia universal en M. Cherif Bassinuni, J. Gomula, P. Mengozzi, J. G Merrill, R. Nieto Navía, A. Oriolo, W Schabas, und A. Vigorito. *Global Trends: law, policy&justice:essays in honour of profesor Giuliana Ziccardi Gapaldo*. Oxford. Oxford University Press. 2013. Pág. 391 y ss.
- SÁNCHEZ PATRÓN, J. M. Hacia la definición del crimen de terrorismo: los presupuestos internacionales a la luz de la práctica española. *Revista General de Derecho Penal*. Nº 19. 2013. Pág.1 y ss.
- WERLE, G. Tratado de Derecho Penal Internacional. Traduce GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. CARDENA ARAVENA, C, y COUSO SALAS, J. Valencia. 2005. Tirant lo Blanch.

III | Avances en medidas de protección, prueba penal y testigo anónimo. El protagonismo de la víctima

*Teresa Armenta Deu*¹
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. LA ATENCIÓN A LA VÍCTIMA. DE COMO LA PARTE MÁS DÉBIL IMPULSA EL AVANCE DE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL. 2.1. VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES Y DE DETERMINADOS DELITOS. 2.2. MEDIDAS CAUTELARES Y DE PROTECCIÓN EN LA LEY DE 2004, *DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO*, EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA, LA *LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA* Y LA *LEY DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL*. 2.2.1 Estatuto de la Víctima del delito. 2.2.2. Ley de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. 2.2.3 Ley de garantía integral de la libertad sexual. 2.3. MEDIDAS PARA PROPICIAR, FACILITAR O LIMITAR LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA. 2.4. PRUEBA PRECONSTITUIDA: LA PROPUESTA EN EL PROYECTO DE LEY INTEGRAL CONTRA LA EXPLOTACIÓN Y TRATA DE SERES HUMANOS. 2.4.1. Sobre la prueba preconstituida. 2.4.2. Previsión normativa para menores, víctimas de determinados delitos y discapacitados necesitados de medidas de apoyo. 2.4.3. Propuesta de reforma. El incidente de prueba preconstituida y su desarrollo procedimental. 2.4.4. La declaración de la víctima cuando constituye la única prueba de cargo. Una breve mención. 2.5. LA VÍCTIMA COMO *TESTIGO OCULTO O ANÓNIMO*: SU COMPLEJA JUSTIFICACIÓN Y LA IMPERIOSA NECESIDAD DE EQUILIBRAR DERECHOS. 2.5.1. La propuesta del Proyecto de Ley Orgánica Integral contra la explotación y trata de seres humanos. 2.5.2. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El fin de este trabajo se orienta a destacar el protagonismo de la víctima en relevantes avances del proceso penal: las medidas de protección de las víctimas

1. Este trabajo se escribe en homenaje al profesor Manuel Cachón Cadenas, compañero admirado por su cabal dedicación a la investigación y a la enseñanza con seriedad y coherencia. Agradeciendo sus aportaciones en el campo del derecho procesal en general, y más en particular del proceso de ejecución. Destacando, además, en un campo casi huérfano, la historia del derecho procesal en el que brilla y sirve para que no queden en la ignorancia y el irremediable olvido muchas circunstancias y cuestiones que ilustran y arrojan luz sobre otras difíciles de entender, sin sus aportaciones. Por ser parte importante de los artífices de nuestra memoria y un gran procesalista.

especialmente vulnerables y de determinados delitos, las medidas para facilitar la declaración de éstas últimas, entre las que destaca un nuevo supuesto de prueba preconstituida, y la posición de estas y otras víctimas como testigo oculto y anónimo enfrentada al reto de equilibrar su justificación y la restricción de derechos esenciales para el proceso debido. La tesis sustentada es el protagonismo de la víctima en estos ámbitos como elemento impulsor de relevantes cambios, que sin perjuicio de su innegable justificación al tratarse de este tipo de víctimas o de concretos tipos de delitos, bien podrían servir de espejo para futuras reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. La atención a la víctima. De como la parte más débil impulsa el avance de garantías en el proceso penal

Desde finales del siglo xx han ido apareciendo diversas tendencias hacia la protección de la víctima del delito de incidencia variable en el proceso penal, uno de cuyos fines es la protección de las víctimas más vulnerables y la reparación del daño ocasionado. Este fin la ha situado en el centro de un debate en el que tensionan en direcciones opuestas los partidarios de excluirla como parte del proceso, con diversos argumentos², y aquellos se oponen a cuya cabeza figura el ordenamiento procesal penal español. En el plano del derecho internacional, se ha pasado de no mencionar a la víctima en los textos internacionales de protección de derechos humanos, como el Convenio Europeo de Derechos del Hombre en Europa, la Carta Interamericana de Derechos Humanos o la Declaración Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a un claro movimiento para su «visualización» en la ONU y el Consejo de Europa³, que ha conducido hasta su mención en el art. 68 del Estatuto de Roma y lo que es más a propiciar su participación en la fase preliminar ante la CPI⁴. Con todo, la situación de la víctima en un número mayoritario de países sigue teniendo un carácter «colateral», que excluye su posición como parte, llegando incluso a que se abran debates sobre ser objeto de utilización por estados activistas a modo de instrumento legitimador de tendencias más punitivas.

Situados ya en nuestro ordenamiento interno y partiendo de que hoy por hoy España es el país que refuerza las condiciones de la víctima en mayor medida,

2. Un resumen de los mismos en mi trabajo, «La víctima como excusa. Diversas posiciones en torno a su figura y tratamiento en los sistemas procesales» (2014) en «Estudios de Justicia penal» Marcial Pons, pp. 207-224.

3. Declaración de principios básicos de la justicia para las víctimas y los abusos de poder», NY, UN, 1985 y «La posición de la Víctima en el marco del derecho penal y procesal penal», del Consejo de Europa, 1985.

4. Jérôme de Hemptime y Francesco Rindi (2006), «ICC Pre-Trial Chambers Allows Victims to Participate in the Investigation Phase of Proceeding», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, Issue 2, pp. 342-350.

empezando por su relevante posición de parte en el proceso⁵, destaca la atención a las víctimas de determinados delitos y a las especialmente vulnerables, como se ha manifestado en diversas y recientes modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: la Ley Integral contra la Violencia de Género, la Ley de garantía integral de libertad sexual, la Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y el Proyecto de Ley de Trata y Explotación de seres humanos⁶.

2.1. Víctimas especialmente vulnerables y de determinados delitos

En el conjunto de normas expuesto, a las que habría que añadir la propuesta de reforma de la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, *de protección de testigos y peritos en causas criminales*, resalta la atención a las víctimas especialmente vulnerables y de determinados delitos fruto de una renacida atención a su figura, que paralelamente ha acarreado avances relevantes en diferentes aspectos del desarrollo del proceso⁷. Sobran los motivos para las excepciones, sin embargo, comportan el ineludible reto de cumplir su objetivo sin más merma que la imprescindible en otros derechos y garantías, procurando el equilibrio y la proporcionalidad entre la más que justificada protección frente a eventuales dobles victimizaciones, o declaraciones alejadas de la verdad, por la propia condición de la víctima o la presencia del victimario, y simultáneamente, salvaguardar que la práctica de la prueba es en el juicio y sólo excepcionalmente antes, preserve la garantía de contradicción, y el derecho de defensa, así como la publicidad, pilares todos ellos sobre los que asienta el debido proceso, y cuya limitación o exclusión debe estar siempre informado por la excepcionalidad y la justificación individualizada, no sólo en el momento de la adopción sino a lo largo del proceso.

5. Vid, DE HOYOS SANCHO, M, «El ejercicio de la acción penal en España. Un verdadero derecho de acusar para las víctimas» (2019), en AAVV (SOLETO y CARRASCOSA, dir.), «Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas», Tirant lo blanch, pp. 451-470.

6. LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género*; LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia; y Proyecto de Ley de LO integral contra la trata y la explotación de seres humanos, diciembre 2022. Proyecto de Ley Integral contra la Trata y Explotación de Seres Humanos, aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 2022. Vid. CALAZA LÓPEZ, S, «Tutela reforzada de los menores ante su múltiple victimización en los procesos de violencia de género», (2018) en AAVV, «Derecho y Proceso. Liber Amicorum profesor Ramos Méndez», vol. I, Atelier

7. PEREIRA PUIGVERT, S, «La víctima especialmente vulnerable en el proceso penal: su condición de especialidad y protección» (2018) en AAVV, «Derecho y Proceso. Liber Amicorum profesor Ramos Méndez», Vol III, Atelier. De la misma autora, (2013) «Normas mínimas para las víctimas de delitos: Análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo», Revista General de Derecho Europeo, nº 30.

En efecto, al hilo de la regulación de una serie de derechos que persiguen protegerlas en su vulnerabilidad, intrínseca o en razón del delito de que se trate, se han acometido un importante número atemperaciones en instituciones y prácticas procesales que afectan directamente al complejo entramado de derechos y garantías de los diferentes sujetos procesales, singularmente en lo que ahora interesa, la víctima y el encausado o acusado, pero también al proceso en general. Las justificadas adecuaciones tienen lugar en un arco temporal que abarca desde el primer interrogatorio a la víctima, incluso antes de abrirse el proceso o la adopción de determinadas medidas cautelares, y de la primera declaración de la víctima, hasta la fase de ejecución, pasando, claro está, por su desarrollo, y a lo largo del mismo: la prueba preconstituida (en realidad anticipada), su documentación y valoración, la declaración en el proceso (audiencia), la declaración como testigo, o la adopción de determinadas medidas civiles y de carácter prohibitivo. En todas se intenta equilibrar las exigencias de esa especial vulnerabilidad con el entramado de derechos afectados, tanto por parte de las víctimas que concitan la atención prioritaria, pero sin olvidar el derecho de defensa, la contradicción y otros derechos y garantías más generales relativos a la prueba o el conjunto de aquellos que se comprenden en el conocido como «derecho al debido proceso».

Se abandera, así, reformas largamente diferidas como las medidas cautelares penales, una asignatura pendiente más tiempo del razonable y en torno a las que, precisamente su protección, impulsó la ampliación a un importante número de alternativas a la prisión provisional que ahora se contemplan también para otro tipo de delitos y víctimas, contribuyendo a que realmente no sea la primera medida cautelar a adoptar sino la última, cuando resulta inevitable»⁸. De hecho, recordemos que la orden de europea de protección estuvo inspirada —e incentivó en buena medida— por la orden de protección integral a las víctimas de violencia de género, constituyendo un hito que luego han seguido otras reformas integrales⁹. Posteriores textos normativos han reformulado las medidas para la protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada¹⁰, incidiendo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal e incorporando una configuración normativa novedosa que se extiende desde la

8. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género (LIVG) incorporó toda una serie de medidas cautelares que luego se han ido extendiendo a otros ámbitos, singularmente en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Sobre medidas cautelares en el ámbito penal y sus carencias, vid, PUJADAS TORTOSA, V, (2012) «Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América», Presentación, pp. 9 ss.

9. Proyecto de Ley Integral contra la Trata de Seres Humanos, diciembre 2022.

10. Suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores; suspensión de la curatela, guardia o acogimiento; establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad u otra medida de apoyo; suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar (art. 544 quinquies 2 y 3 LECrim).

repetida declaración de la víctima, la prueba preconstituida o anticipada o el testimonio, alcanzando en este último caso a la Ley de Protección de testigos¹¹; sin perjuicio, claro está, de la concurrencia de las circunstancias y requisitos que delimitan su ámbito objetivo de aplicación¹². El análisis se centrará por tanto en aquellos aspectos que mejor ejemplifican la potencialidad demostrada por los cambios en el tratamiento de las víctimas en diversos aspectos procesales, ya sean generales, ya circunscritos a aspectos limitados¹³.

2.2. Medidas cautelares y de protección en la ley de 2004, de *medidas de protección integral contra la violencia de género, el estatuto de la víctima, la ley de protección integral a la infancia y la adolescencia y la ley de garantía integral de la libertad sexual*

Las medidas cautelares en materia penal han sido durante mucho tiempo una asignatura pendiente, más allá de la discusión en torno a la prisión provisional, tanto por su incidencia en el derecho fundamental a la libertad de circulación, como por su adopción como primera o en ocasiones única medida, o la posibilidad o bondad de adoptar otras medidas más idóneas, en el sentido técnico procesal (menos lesivo del derecho) y en aquel más general que las convierte en preferibles por su especial adecuación al fin perseguido¹⁴. La idoneidad y una correcta lectura de la proporcionalidad resulta determinante a estos efectos. Pues bien, no descubro nada al señalar la relevancia de la Ley de 2004 de *medidas de protección integral contra la violencia de género* a través de la «Orden de protección integral» pero también por el conjunto de medidas comprendidas en las diversas órdenes de protección y otras medidas a determina-

11. El hecho, ocasional, de que el ámbito objetivo de aplicación en determinados supuestos se delimite en función de los delitos a que se apliquen estas novedades no desdice el elemento impulsor que conllevan.

12. Así sucede, por ejemplo, con las medidas contempladas en el art. 25 LEVD, 35.2 y 37,3 ambos de la LORPM. Al igual que sucede con las previstas en el art. 26 LEVD, referidas a víctimas menores de edad y víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, atendida su especial vulnerabilidad. Un análisis pormenorizado, por FARTO PIAY, T. (2022) «Protección de la víctima frente a la victimización secundaria en la justicia juvenil» en AAVV (Pillado González, E. dir.), «La víctima en el proceso penal de menores. Tratamiento procesal e intervención socioeducativa», Dykinson, pp. 189-199.

13. Piénsese, por ejemplo, en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los arts. 433, 448, 449, 449bis, 449 ter, 455, 703bis ¿?, 706, 730, 731bis y 777, 2 y 3, todos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sobre este tema, vid: GARCÍA RODRIGUEZ, M.J. (2019) «Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español», en «Revista General de Derecho Procesal», n.35, pp. 24-26 o FERNÁNDEZ FUSTES, M.D (2019), «Protección de los derechos de la víctima en el proceso penal», «Estudios penales y criminológicos», pp. 810-811.

14. Son muchos los trabajos que han resaltado este importante fin ya desde la relevante sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 47/2000, de 17 de febrero, detonante de la posterior reforma por Ley 15/2003, de 25 de noviembre, del Código Penal. Una perspectiva en mi trabajo, «Proceso abreviado, Juicio Rápido y Prisión provisional» en «Estudios de justicia penal», Marcial Pons, 2014, pp. 283-292.

das víctimas, sobre las que no voy a detenerme en esta sede¹⁵. Entre ellas destacaré tan solo: la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma, la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, etc.¹⁶, y la ya citada «orden de protección integral»¹⁷. Destacar, final y brevemente, la obligación de atención, acompañamiento y asistencia a la víctima de cualquier delito pero especialmente de violencia de género antes de que formule denuncia¹⁸, y la necesidad, manifestada en la práctica, en torno a la valoración del riesgo a la hora de adoptar una u otra medida cautelar para procurar una imprescindible eficacia¹⁹. El carácter pionero de estas normas se ha visto extendido y actualizado con las que figuran en el título de este epígrafe desarrollando una serie de medidas que se echan en falta en la normativa general para las que, con las necesarias adaptaciones de ser necesarias, podrían servir de espejo y modelo en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.2.1 *Estatuto de la Víctima del delito*

El *Estatuto de la Víctima del delito* incorporó una serie de *medidas de protección* que deben adoptarse en sucesivas etapas de la fase investigación del pro-

15. Desde la LO 13/2003, de 24 de octubre, de prisión provisional, que regulaba el arresto domiciliario como medida sustitutiva de la prisión provisional en determinados supuestos (art. 508 LECrim) y la retención del pasaporte, como medida complementaria en orden a garantizar la efectiva personación (art. 530,if LECrim); hasta la Ley de protección Integral a la infancia y adolescencia (2021), pasando por la Ley del Menor, que incluyó el internamiento en centro, la libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (art. 28 LORRPM)] o las contenidas en el art. 7 de la LORPM (prestaciones a la comunidad; realización de tareas socioeducativas, amonestaciones...), si bien con la aplicación derivada de su ámbito objetivo. Vid, CABRERA MERCADO (coord.), ARANGÜENA FANEGO Y DE HOYOS SANCHO, 2011, «Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género», Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad, Centro de publicaciones.

16. Art. 544 bis LECrim.

17. Art. 544 ter LECrim. Un análisis pormenorizado en mis «Lecciones de derecho procesal penal» (2024) 15ª ed, Marcial Pons, pp. 221-232.

18. Art. 7.3 EVD y R.D 1109/2015, de 11 de diciembre por el que se regulan las Oficinas de asistencia a las Víctimas del Delito. Las «Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI)» (Disp. Final 2ª de LIPVG, tal como señala la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017 son determinantes (pp. 464-465).

19. Orden 4/2019 Instrucción 4/2019 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del *Sistema VioGen* a partir de 13 de marzo 2019.

ceso, tanto en la toma de declaración²⁰, como en la fase de enjuiciamiento²¹; a la par que otras propiamente cautelares aunque limitadas a los delitos cometidos en el art. 57 CP, cuando resulte necesario proteger a la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de medidas de apoyo (suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores, suspensión de la tutela, curatela, guarda o acogimiento, establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar)²². Paralelamente se contemplan toda una serie de medidas en la investigación y enjuiciamiento cuyo examen se efectúa posteriormente al haber quedado embebidas en las reformas de la LECrim que se comentará seguidamente²³.

2.2.2. *Ley de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*

La *Ley de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*²⁴ establece una remisión general a las medidas cautelares de carácter penal previstas en la legislación procesal criminal, prescribiendo su adopción con la

20. Recibir declaración en dependencias especiales, recibir declaración por profesionales, que le tome declaración la misma persona. Art. 25.1 LEVD. Sin poder detenerme, ni en las medidas *para proteger la intimidad de víctimas y familiares* «ex» art. 22 LEVD, ni en otras como evitar el contacto entre víctima y victimario o responsable (art. 20 LEVD), recibir declaración el menor número de veces posible, estando acompañada de su representante o limitando el reconocimiento médico a cuando resulte imprescindible (art. 21 LEVD). Una visión completa sobre las reformas en materia de víctimas en reformas hasta 2017 en AAVV (DE HOYOS SANCHEZ, dir), «La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales», Thomson Reuters.

21. Medidas que eviten el contacto visual entre víctima y el supuesto autor de los hechos, pudiendo usarse tecnologías de comunicación; medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no sean relevantes, salvo que el juez considere imprescindible contestar; celebración de la vista oral; celebración de la vista oral sin presencia del público. O adoptarse alguna de las medidas del art. 2 de la Ley de protección de testigos: esto es: a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave. b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario. Aspecto sobre el que se volverá en el apartado E).

22. Art. 544 quinquies LECrim.

23. Art. 25 LEVD, tanto en la *fase de investigación* (declaración en lugares especialmente adaptados, tomada por profesionales especializados, y por la misma persona) que además, en el caso de delitos de violencia de género o doméstica o delitos contra la libertad sexual sea por persona del mismo sexo, cuando la víctima lo solicite y salvo que pueda perjudicarle. En la fase de enjuiciamiento (evitar el contacto visual, que sea oída mediante técnicas audiovisuales, evitar que se pregunte sobre hechos, etc.) o que se declare por medio de expertos (art. 26.1 LEVD) o sin presencia del público (art. 22 LEVD) Sobre este y otros temas, vid, con carácter pormenorizado: FARTO PIAY, T, «Protección de la víctima frente a la victimización secundaria en la justicia juvenil» en AAVV (Pillado González, E., dir.), «La víctima en el proceso penal de menores», cit., pp. 191ss. En general, (2015) GOMEZ COLOMER, J.L, «Estatuto de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal», Aranzadi.

24. Art. 544 quinquies LECrim, que ya venían contempladas en el art. 26 EVD.

debida atención a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima o personas sometidas a su patria potestad, curatela, guarda o acogimiento, modificando el art. 544 ter.6 LECrim²⁵.

Las medidas podrán consistir en la forma en que se ejerzan la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución de uso y disfrute de la vivienda familiar, determinación del régimen de guardia y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, o cualquier disposición que se considere idónea para apartarles de un peligro o evitar un perjuicio²⁶.

Se contemplan, asimismo, las medidas cautelares cuando afectan a procesos con menores, para cuya adopción están previstas una serie de especialidades.

Por una parte, se innova imponiendo al juez la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él²⁷; añadiendo un solo caso en el que cabe la suspensión de la medida, cuando concurra el «superior interés del menor», en cuyo supuesto deberá informarse y adoptarse, conforme a dicho informe, la modalidad mediante la que se desarrollará el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género y los menores que dependan del mismo. Además, la adopción de la medida se realizará imperativamente «a través de servicios de atención especializada», que también coordinarán el seguimiento periódico de su evolución²⁸.

Por otra parte, se acoge la novedad relativa a la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier tecnología de la información o de la comunicación, en los que se faculta al juzgador para acordar como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, *la retirada provisional de contenidos ilícitos, la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o el bloqueo provisional de unos u otros cuando radiquen en el extranjero*²⁹.

25. Una perspectiva general en (2016) CABELLO MALLOL, V., «Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», Tirant lo Blanch.

26. Art. 544 ter.7 II LECrim. Vid SERRANO MASIP, M, «Medidas de protección de las víctimas» en (2017), AAVV (DE HOYOS SANCHO, dir), «La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales», Thomson Reuters, cit, pp. 135-170.

27. Art. 66 LO 1/2004, de 28 de diciembre (LOMPIVG)

28. Ibidem, if. (Disposición final 9.13 LO 10/2022 de 6 de septiembre (LOGILS).

29. Art. 13 II LECrim

Finalmente, en esa misma línea, más acorde con los tiempos y necesidades actuales, se contempla —junto a extender las medidas del art. 544bis LECrim a los sujetos contemplados en la misma— la posibilidad de adoptar cualquiera de las medidas de protección a la víctima, acordando mediante resolución motivada *la utilización de dispositivos telemáticos para el control* del cumplimiento de aquellas en aras a proteger a los hijos y menores sujetos a tutela, guardia y custodia de las víctimas de violencia de género y de violencia sexual³⁰.

2.2.3 Ley de garantía integral de la libertad sexual

La posterior *Ley de garantía integral de la libertad sexual* incide en la adopción y desarrollo de concretas medidas cautelares y de protección. En primer lugar, se señala la necesidad de atender a las circunstancias personales de la víctima de violencia sexual a la hora de la evaluación para determinar sus necesidades de especial protección³¹, y se establecen específicas medidas de protección, entre las que destaca por la búsqueda de idoneidad que les reciban declaración profesionales que hayan recibido formación especial, así como *con perspectiva de género* o que cuando menos se reciba aquella con su ayuda en el caso de los delitos contemplados en el art. 23.2 b, 3º y 4º LEVD, ajustándose a sus características sexuales³².

2.3. Medidas para propiciar, facilitar o limitar la declaración de la víctima

La *declaración de la víctima* puede examinarse desde múltiples perspectivas. En este apartado me centraré en las cuestiones que apunta su título, sin perjuicio de la clara conexión que este tema tiene con el siguiente.

- i) En el caso de las víctimas de violencia de género las dificultades probatorias abarcan desde la necesidad de acreditar determinados elementos integrantes del tipo, hasta la declaración de la víctima como prueba de cargo fundamental cuando no única, la utilización probatoria de los hijos menores como testigos de hecho, los testigos de referencia, la declaración del acusado o la prueba indiciaria. Estas situaciones, cuyo principal obstá-

30. Disposición final 9.13 LO 10/2022 de 6 de septiembre (LOGILS)

31. Art. 23.2.a) y 4 Ley 4/2015 EVD. Se añade este tipo de delitos, y además, que al tratarse de víctima de algún delito contra la libertad sexual, se aplicarán las medidas expresadas en el art. 25.1 a),b),c) y d) del citado EVD. Vid, ALVÁREZ BUJÁN, M.V., «Notas sobre algunos aspectos procesales de la Ley de garantía integral contra la libertad sexual», accesible en: <https://vlex.es/vid/notas-aspectos-procesales-10-1044924980>

32. AAVV (2020) «Reformulando el tratamiento procesal de las víctimas de violencia sexual en procesos penales», accesible en: <https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/712686/9333734.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

culo en la práctica lo representaba la discutida exención de declarar conforme al art. 416 y 707³³, se ha visto remediada con la reforma de los arts 416, II y 707, II ambos de la LECrim, cuando no se aplica la exención de declarar cuando el testigo (la víctima de violencia de género, en este caso) se haya personado como acusación particular, o haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo³⁴. En otras hipótesis, deberá recurrirse a la prueba preconstituida, conforme al art. 449bis, y a su posterior reproducción en la vista de la grabación audiovisual, conforme a lo previsto en el art. 730,2 LECrim, sin resultar necesaria su presencia en la vista. Los problemas surgen, claro está, cuando como resulta frecuente, la víctima y su declaración resulta a su vez la única fuente probatoria, a la que se recrimina un interés objetivo en la condena. La dificultad se incrementa cuando el testimonio procede de los hijos, que sólo en el caso de tratarse de menores de edad podrán ser objeto del tratamiento especial que se contiene en los arts. 449 ter, y 703 bis II, ponderándose los riesgos de victimización³⁵, y la trascendencia de su testimonio³⁶.

- ii) Cuando se trate de testigos menores de edad o personas con necesidad de medidas de apoyo, corresponde al juez instructor acordar —atendidas la falta de madurez y a evitarle graves perjuicios— que se tome declaración mediante expertos con intervención del MF. A tal fin, cabrá acordar que se trasladen las preguntas a la víctima directamente por el equipo de expertos, e incluso, se excluya o limite la presencia de las partes en el lugar de exploración de la víctima³⁷. La declaración será grabada y el juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe sobre la audiencia del menor y su resultado³⁸. Asimismo, su intervención excepcional en el juicio, en los supuestos previstos en el art. 449ter LECrim, solo se efectuará a instancia de parte y si el juez la considera motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con apoyos de accesibilidad si se trata de una persona con discapacidad³⁹. Y para el caso de que la persona investigada

33. El elevado número de absoluciones y sobreseimientos que provoca la posterior negativa a declarar de la víctima acogiéndose a esa dispensa, con el consiguiente nivel de impunidad que comporta. Vid, AAVV (2019) del POZO, M, BUJOSA, L. (dir.) y GONZÁLEZ, A (coord.), «Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: Una Guía de Buenas Prácticas», p.32.

34. Art. 416,II, 4º y 5º LECrim.

35. Atendiendo a la edad, situación psicológica, etc.

36. Como refuerzo necesario o como única fuente de prueba.

37. Art. 433 IV LECrim.

38. Art. 449 ter II if LECrim.

39. Art. 703 bis,II LECrim

estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando el medio técnico adecuado⁴⁰.

2.4. Prueba preconstituida: la propuesta en el proyecto de ley integral contra la explotación y trata de seres humanos

Originalmente y para atender a la complejidad de la declaración de la víctima en diversas ocasiones se reguló la prueba anticipada, que a partir de una determinada jurisprudencia adoptó la denominación de «prueba preconstituida»⁴¹. Con la anticipación de la práctica del correspondiente medio probatorio se procura atender a evitar que aquella genere inevitablemente «segundas victimizaciones», sin perjuicio de que posteriormente pueda e rechazarse por muy diversas circunstancias o revocar su valoración⁴². No es casualidad que los preceptos implicados: arts. 416 bis II, 707, II, 714, 730, 449 bis y alguno conexo hayan sido objeto de continuas reformas, en orden a superar las dificultades que se ponen de relieve en el orden probatorio, y los efectos indeseables que generan en la víctima del delito, más aún cuando se refieren a víctimas vulnerables, menores de catorce años o personas con discapacidad necesitadas de apoyo. Aun así, se echa en falta una mirada transversal que acometa la conveniencia de un tratamiento procesal más general, que desarrolle la práctica de la prueba preconstituida. En su defecto, resultan de aplicación los arts. 449 bis, 703 bis I y 730,2, todos de la LECrim.

2.4.1. *Sobre la prueba preconstituida*

Amén de la relevancia de la exhaustividad en la investigación en este campo, resulta evidente que como en su día acaeció con el tráfico de estupefacientes⁴³, las víctimas especialmente vulnerables —no sólo los menores y personas necesitadas de apoyo— requieren la posibilidad de preconstituir o asegurar la prueba, sometiendo la diligencia que después se quiere utilizar como fuente probatoria a la necesaria contradicción, documentando el resultado en medio apto para la grabación del sonido e imagen y comprobando la calidad de la graba-

40. Art. 449 ter III LECrim

41. Mi posición en (2024) «Lecciones de derecho procesal penal», cit., pp. 284-285

42. Ya sea la práctica inadecuada como tal «prueba preconstituida» sin salvaguardar requisitos necesarios en su práctica, bien porque se valore que no concurrían sus presupuestos. A este respecto la STS 690/2021, de 15 de septiembre. A título ilustrativo puede verse la «Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: intervención desde la psicología forense, en particular en la prueba preconstituida» accesible en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Gu%C3%ADA_buenas_pr%C3%A1cticas_web.pdf

43. Vid. SSTC 41/1991, de 25 de febrero y 200/1996, y más recientemente, sentencia (Pleno) de 28 de febrero de 2013 y en un plano supranacional, la STEDH, de 20 de noviembre de 1989 (caso Kotvoski).

ción inmediatamente⁴⁴, para, tras la salvaguarda de la cadena de custodia, incorporarla al proceso válidamente. Esta posibilidad —prevista y regulada en el caso de menores o personas necesitadas de apoyo— no existe en otros casos como las víctimas de violencia de género⁴⁵, o las olvidadas «víctimas mayores», aunque hay quien apela a aplicar el art. 26 1 a EVD analógicamente⁴⁶. A mi juicio, la seguridad jurídica reclama una previsión normativa adecuada o la modificación y elaboración de un articulado común para todos los casos de prueba preconstituida.

2.4.2. Previsión normativa para menores, víctimas de determinados delitos y discapacitados necesitados de medidas de apoyo

En su defecto, en los casos de menores y personas necesitadas de apoyo, la normativa establece el siguiente tratamiento: a) la audiencia del menor se practicará como «prueba preconstituida», con las garantías señaladas en el art. 449bis⁴⁷; y b) la autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años o menor con discapacidad con necesidades especiales de apoyo se practique a través de equipos psicosociales en las condiciones previstas legalmente⁴⁸. Y, al objeto de equilibrar la vigencia del principio de contradicción las partes podrán pedir después aclaraciones al testigo y la audiencia será grabada, pudiendo las partes, además, solicitar un informe pericial dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor. Con estas previsiones legales se busca cohesionar las especiales necesidades de estas víctimas con la

44. Sobre la necesidad de presencia del imputado en la práctica de la prueba preconstituida, existen posiciones encontradas. El art. 448 LECrim la impone en el proceso ordinario para entender salvaguardada la contradicción, así como diversas resoluciones del TS, entre ellas, STS 848/2017 y 192/2009, de 22 de diciembre; en tanto, para el procedimiento abreviado, art. 772.2 LECrim entiende suficiente la presencia del abogado, circunstancia que avala otros pronunciamientos del TS, STS, 740/2009 y 96/2009, de 10 de marzo.

45. Art. 449bis LECrim, que regula las condiciones para que se pueda «anticipar la prueba».

46. En este apartado se contempla: *En el caso de las víctimas menores de edad, víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de violencias sexuales, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes: a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

47. Salvaguardando la contradicción, que podrá conformarse con la presencia del abogado, documentando el resultado en medio apto para la grabación del sonido e imagen y comprobando la calidad de la grabación inmediatamente. La posterior preservación de la cadena de custodia, ayudará, en su caso, a que la valoración del medio probatorio obtenido con tales garantías pueda ser incorporado al juicio conforme a lo dispuesto en el art. 730.2 LECrim (art. 449bis II, III y IV LECrim).

48. Los equipos apoyarán al tribunal y recogerán el trabajo de los profesionales que hubieran intervenido previamente, estudiando las circunstancias personales y familiares del menor o persona con discapacidad. Las partes trasladarán las preguntas a la autoridad judicial, quien previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a los expertos.

vigencia del citado principio de contradicción y el derecho de defensa. Asimismo, para alcanzar el difícil equilibrio de garantías de este tipo singular de víctimas (necesidades de especial protección, evitar la revictimización) y las del acusado) se prevé, que si la persona investigada estuviera presente en la audiencia del menor, se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando cualquier medio técnico al efecto⁴⁹.

En lo relativo a *la práctica del correspondiente medio probatorio* —más allá de lo subrayado precisamente en orden a salvaguardar simultáneamente los derechos y garantías constitucionales y las singularidades de la víctima cuando forman parte del proceso como parte o testigo— no debe olvidarse la previsión del art. 449 ter, I y 449 ter II LECrim, que obliga a la práctica asistida de equipos psicosociales de apoyo al tribunal, en aras a —previo control de su pertinencia y utilidad— facilitar su formulación a las partes en los términos adecuados a sus especiales circunstancias, así como a la intervención de un perito a solicitud del juez sobre la audiencia del menor. Finalmente, evitar la confrontación visual de víctima y victimario (art. 449 ter, III LECrim); y grabar siempre la declaración del menor, sin perjuicio de que el Juez, previa audiencia de las partes, recabe del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor⁵⁰.

2.4.3. *Propuesta de reforma. El incidente de prueba preconstituida y su desarrollo procedimental*

En un paso más allá aunque todavía en fase de tramitación parlamentaria, el *Proyecto de Ley Integral contra la Trata y Explotación de seres humanos* (en adelante ALOITES)⁵¹ dedica parte de su Disposición Final Primera a regular —ahora con carácter general la llamada prueba preconstituida⁵².

49. Art. 449 ter III LECrim.

50. Art. 449 ter II if LECrim.

51. Proyecto de Ley de LO integral contra la trata y la explotación de seres humanos, diciembre 2022. Proyecto de Ley Integral contra la Trata y Explotación de Seres Humanos, en su Disposición Final Primera propone los cambios que se señalan en el texto (arts. 448, 448 bis, 448 ter, 448 quarter, 448 quinquies, 448 sexies, 448 septies, suprimiendo al art. 449, 449 bis y el primer párrafo del 449 ter. <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20Trata%20TAIP.pdf>

Un breve análisis por VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y explotación de seres humanos», *Diario la Ley*, nº 10267, 14 abril 2023. Con carácter más amplio: VILLACAMPA (dir.) y PLANCHADELL, A (coord.) (2022) «La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación ¿es necesaria una Ley integral para luchar contra la trata y explotación de seres humanos?», Tirant lo Blanch.

52. Se busca, así, reformar los artículos 428ss LECrim, incorporando un nuevo régimen procesal de la prueba preconstituida inexistente hasta ahora en nuestra ley procesal, poniendo fin a la dispersión normativa y —afirma la Exposición de Motivos— articular un régimen que subsana las limitaciones propias del artículo 448 en su redacción originaria, *muy vinculada al principio de la práctica de la prueba en el juicio oral que impide*

La lectura de esta propuesta debe ir precedida de dos precisiones del Tribunal Constitucional en torno, precisamente, al uso y valoración de la prueba preconstituida. El Alto Tribunal enfatiza dos extremos que actúan como recordatorio: en primer lugar, que el uso de la prueba preconstituida es excepcional⁵³, de manera que deberán concurrir las circunstancias previstas legalmente y que actúan como presupuesto a la hora de dictar su práctica desde el punto de vista del proceso con todas las garantías⁵⁴; y en segundo lugar, que la grabación donde se *contiene* la prueba preconstituida —y su reproducción en el juicio— no faculta para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en el juicio⁵⁵, siendo preciso convocar una vista en la que poder oír personal y directamente a quienes han declarado en el juicio oral en primera instancia⁵⁶.

La propuesta de modificación incorporaría lo que se denomina «incidente de prueba preconstituida»⁵⁷, que regula: la solicitud y la tramitación, su documentación, así como la eventualidad de aplicarse a hechos nuevos o de los que no se hubiera tenido noticia, sin perjuicio de conservar el supuesto de la «prueba anticipada» y las especificidades requeridas en el caso de menores de catorce años y personas con necesidades de apoyo.

Pormenorizando los diversos pasos y la audiencia donde se practicará, contempla dos eventualidades: a) que subsistan las causas que justificaron su realización⁵⁸, y b) que se produzcan con posterioridad a la práctica como prueba preconstituida hechos nuevos o hechos de los que no se hubiera podido tener conocimiento antes y sean relevantes para evaluar la credibilidad del testigo o

contemplar excepciones que constituyen hoy una realidad merecedora de adecuada respuesta procesal (Exposición de Motivos, apartado XII). Sobra decir, que esa «vinculación» no es sino una de las garantías del debido proceso, y que, con no dejar de estar justificadas las excepciones, que lo están, se les ha ido dando cauce en supuestos que la propia Exposición señala (menores, discapacitados), y sobre todo, que no dejan de ser excepciones. Algo que se percibe en el propio Proyecto cuando se señala, que solo accederá al juicio oral si subsisten las causas que justificaron su realización (art. 448 quinquies, redacción ALOITES, remiendo al 730.2 LECrim). La propuesta modificaría: el art. 448, 448 bis, 448 ter, 448 quater y 448 quinquies, todos de la LECrim. Y eliminaría los 449, 449 bis y 449 ter de la vigente LECrim.

53. *Cualquier modo en que se practiquen las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y espacio, de quien declara y de quien juzga, no es una forma alternativa de realización sobre cuya elección puede decidir libremente el órgano judicial, sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de la causa justificada, legalmente prevista* (STC 120/2009, de 18 de mayo (RTC 2009, 120), F.6. Claro que la concurrencia de las circunstancias r

54. STC 120/2009, de 28 de mayo. Puede leerse también, MAGRO SERVET, V., (2012) «Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal», La Ley penal, n.92, Estudios, abril.

55. STC 120/2009, de 28 de mayo, FJ 7.

56. STC 120/2009 de 18 de mayo, y 2/2010, de 11 de enero.

57. Arts. 448 bis en lo relativo a la solicitud y resolución y 448 quater para su práctica. A la que habría que añadir el art. 448 quinquies, regulando la documentación y acceso al proceso.

58. Art. 448 quinquies 2.

perito, la fiabilidad de sus informaciones o que exijan la ampliación de la declaración, permitiéndose, en tal caso, solicitar un nuevo interrogatorio como prueba preconstituida⁵⁹.

El «incidente de prueba preconstituida» podrá iniciarse, de oficio o a instancia de parte, en tres casos específicos: 1) la declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que, por razón de ausencia justificada o inevitable, peligro de muerte o imposibilidad física, no podrá comparecer o testificar válidamente en el juicio oral es decir, el supuesto clásico que siempre se había denominado «prueba anticipada»; 2) la declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que pueda ser amenazado gravemente o sometido a coacciones con la finalidad de alterar su declaración en el juicio oral. Sería la causa adecuada en violencia de género, pero también de otro tipo, trata de seres humanos u otros delitos como amenazas o en el caso de delatores; o 3) la declaración de un testigo, que por razón de su edad o discapacidad, no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el juicio oral, de conformidad con lo establecido en esta ley u otras especiales⁶⁰. El juez lo pondrá de manifiesto al MF y a las partes para que puedan solicitar la práctica de la prueba preconstituida.

La tramitación del «incidente de prueba preconstituida» se inicia con lo que cabría denominar «delimitación del alcance de la preconstitución probatoria». Mediante escrito indicando el medio de prueba, los hechos que constituyen su objeto y su relación con los hechos investigados, así como el motivo que justifica su práctica⁶¹. El LAJ dará traslado a las partes personadas y al MF por tres días para que aleguen sobre la procedencia y admisibilidad de la solicitud y, en su caso, indiquen otros hechos que deban constituir su objeto. Tras las alegaciones, el juez resolverá mediante auto, que si es de admisión, indicará: i) los hechos que constituyen su objeto, ii) las personas que deben ser convocadas para su realización, y iii) la fecha de la comparecencia para la preconstitución de la prueba. El auto se notificará al MF y las partes personadas, al investigado y a su letrado, quedando citados para la comparecencia⁶². Contra el auto desestimatorio cabe apelación en un solo efecto. Contra el estimatorio no cabe recurso, sin perjuicio del derecho a solicitar en su momento la práctica del

59. A tenor de la Exposición de Motivos, se trata de atender a las especificidades necesarias por las que atraviesan las víctimas de trata y explotación de seres humanos en un doble ámbito: minimizar el efecto de victimización secundaria que acompaña a la práctica de la prueba en el juicio y adoptar medidas que favorezcan la válida y eficaz obtención y valoración de pruebas de carácter personal.

60. Este apartado debe ponerse en relación con el art. 448 sexies, que recoge punto por punto el vigente 449 ter.

61. Art. 448 bis LECrim

62. Art. 448bis 4 LECrim.

medio probatorio en el juicio oral⁶³. La articulación del derecho de defensa comienza con el ya citado traslado y citación para audiencia del encausado, que conocerá de las actuaciones con el tiempo suficiente para interrogar —en la audiencia prevista en el art. 448bis se entiende— a los testigos y peritos objeto de la prueba preconstituida⁶⁴. Si la solicitud de preconstitución probatoria lo fue de la defensa, igual conocimiento y tiempo corresponderá a las partes acusadoras, conforme al principio de igualdad de partes⁶⁵.

La «práctica de la prueba preconstituida» se celebra en la comparecencia, ante el juez o tribunal que la acordó⁶⁶. La ausencia de los acusadores o letrados personados no impide su práctica, la del encausado tampoco, aunque deberá concurrir su letrado, y caso de que este no acudiera o en caso de urgencia, se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto⁶⁷. Su desarrollo sigue la tramitación del juicio oral salvaguardando el principio de contradicción⁶⁸. La documentación, como en el caso de menores y adolescentes debe ser en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el LAJ comprobar inmediatamente la calidad de la grabación audiovisual, y acompañándose de acta sucinta del LAJ identificando y con firma de todos los intervinientes⁶⁹.

Puede acordarse la práctica de esta «prueba preconstituida» en el juicio oral, cuando pese a la concurrencia de los riesgos expuestos, sea posible celebrar la práctica de la prueba a través de medios tecnológicos que salvaguarden las garantías del proceso⁷⁰. Y, como se ha adelantado, se aborda asimismo, la *concurrencia de hechos nuevos o hechos de los que no se hubiera tenido conocimiento*, acaecidos con posterioridad a la práctica de la prueba preconstituida y antes de celebrarse el juicio oral, que resulten *relevantes para evaluar la credibilidad del testigo o del perito y la fiabilidad de sus informaciones* o que exijan ampliar la declaración de la parte interesada, en cuya hipótesis se procederá a un *nuevo interrogatorio como prueba preconstituida*⁷¹. *El escrito que*

63. Art. 448bis 5, I y II LECrim.

64. Art. 448 bis y 448 ter v LECrim

65. Art. 448 ter 2. El 448 ter 1 señala que en caso de inminente peligro de muerte del testigo o perito o cuando las circunstancias lo exijan, el juez dispondrá en resolución motivada la práctica inmediata de la prueba preconstituida. Este apartado —principio de oficialidad— encontraría mejor acomodo en el art. 448 bis, como apartado 6; dejando todo el 448 ter a cumplimentar las exigencias del derecho de defensa.

66. En el art. 448 quarter en relación con el art. 448 v bis 3 b), ambos de la LECrim.

67. Art. 448 quater 1 y 2

68. Art. 448 quarter 3.

69. Art. 448 quinquies 1

70. Art. 448,4 LECrim en relación con los arts. 229.3 LOPJ y 731 bis LECrim y 703 bis LECrim.

71. Art. 448 septies 1 LECrim

*solicite dicha práctica deberá, como en el caso del previsto para la audiencia del incidente de prueba preconstituida— identificar los hechos nuevos descubiertos, las fuentes del descubrimiento, las razones por las que afectan a la credibilidad del testigo, la fiabilidad de la información prestada por este o la importancia de los nuevos hechos para el enjuiciamiento, justificándose que la ampliación resulta imprescindible para el adecuado derecho de defensa*⁷².

Con carácter general, se condiciona la «validez de la prueba preconstituida» y de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos, a) materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral⁷³; b) subjetivos: la necesaria intervención del Juez de instrucción; c) objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual debe haberse convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo, y d) formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita un debate público y la contradicción (SSTS 1/2015, de 20 de enero; 64/2015, de 13 de febrero, y 123/2015, de 20 de febrero). La incorporación del medio probatorio se efectúa conforme a lo establecido en el art. 730.2 y 788. 2 ambos de la LECrim en relación con el art. 449 bis LECrim. Esto es, previa grabación, comprobación de su calidad y salvaguarda de la cadena de custodia se reproducirá la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida en el art. 449 bis LECrim⁷⁴. En el caso de la declaración testifical de menores o personas con discapacidad, no será necesaria para su valoración la declaración del menor o persona con discapacidad necesitada de apoyo en los términos previstos en el art. 703 bis II LECrim, salvo que así se solicite con carácter excepcional por alguna de las partes y se considere necesaria por disposición motivada asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea persona con discapacidad⁷⁵. En todo caso, el juez que conozca del juicio oral, a instancia de parte, podrá acordar la intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna los requisitos

72. Art. 448 septies 2 LECrim. Surge la duda sobre si la conjunción correcta es o u y, por tratarse de presupuestos acumulativos o alternativos. Y asimismo, si esos hechos nuevos sólo podrán alegarse por la defensa, ya que el párrafo final solo hace referencia «al adecuado ejercicio del derecho de defensa».

73. De no ser así, se aplicaría —de entrar en vigor— la previsión del art. 448 quinquies conforme a la cual «la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en los artículos anteriores sol accederá a juicio oral si subsisten las causas que justificaron su realización en la forma que dispone el art. 730.2, sin perjuicio de lo establecido en el art. 714» LECrim.

74. Que se derogaría en caso de aprobarse el ALOITES, siendo sustituido por el art. 448 quinquies.

75. Art. 703 bis II LECrim.

previstos en el art. 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes⁷⁶. En la nueva regulación que se contempla en el Proyecto de Ley Integral contra la Trata y Explotación de Seres Humanos, la prueba preconstituida solo accederá al juicio oral si subsisten las causas que justifican su realización en la forma que prevén los artículos 730, 2⁷⁷. El Proyecto de Ley de Ley Integral contra la Trata y Explotación de Seres no incorpora ninguna modificación, ni del art. 714, ni del 730, ni del 449bis al que éste último remite.

2.4.4. La declaración de la víctima cuando constituye la única prueba de cargo. Una breve mención

En conexión con el centro de mi análisis, las víctimas vulnerables de determinados delitos, es útil y oportuno recordar ciertas precisiones jurisprudenciales a modo de colofón de este apartado. La jurisprudencia se ha pronunciado en diferentes resoluciones, pudiendo aglutinar los principios rectores como sigue: i) la declaración de la víctima puede ser hábil para ser valorada como prueba de cargo siempre que, además, se valoren una serie de elementos: i) La *credibilidad de la víctima*, testigo único, que se manifiesta en la inexistencia de indicios de que pudiera declarar impulsada por resentimiento, venganza, enfrentamiento u otro móvil similar, para cuya apreciación el examen de este elemento habrá de tener en cuenta las relaciones entre autor y víctima antes de cometerse los hechos; ii) La *verosimilitud en esas manifestaciones*, por su propio contenido y por la existencia de datos o corroboraciones que sirvan para hacer creíble a la víctima; y ii) la *persistencia en la incriminación*, sin ambigüedades ni contradicciones importantes⁷⁸.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Integral contra la Trata y Explotación de seres humanos, señala que la declaración de la víctima cuando constituya única prueba de cargo: *será suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria cuando haya sido corroborada mediante hechos periféricos, externos y objetivos, yendo dirigida a aquellos hechos narrados por la víctima en su declaración que no sean propiamente los hechos constitutivos del delito; pues exigir la corroboración de estos últimos sería tanto como requerir otras*

76. Art. 499 ter LECrim en relación con el art. 703 bis III LECrim. El resultante de la modificación si se aprueba el ALOITES, art. 448 sexies, coincide punto por punto con este texto.

77. Art. 448 quinquies 2 LECrim, que, a su vez, remite al 730,2 y 714 LECrim.

78. STS 11/2009, de 13 de enero (RJ 12571). En el mismo sentido, la STS de 6 de marzo de 2019, donde se añade: i) que no existan contradicciones o lagunas en la exposición, ii) que la declaración no resulte fragmentada incorporando tanto lo favorable como lo desfavorable. Sobre la existencia de contradicciones, vid, STS nº 37/2021, de 21 de enero (RJ 2021/305). Más recientemente, STS 295/2022, de 24 de marzo (RJ/2022/1839), en donde se contiene una última circunstancia favorable a la valoración de la declaración de la víctima: la existencia de *elementos periféricos de corroboración* (FJ 3), como ya hacían las previas SSTs 319/2021, de 21 de abril y STS 69/2020, de 24 de febrero.

pruebas de cargo negando así el valor de su declaración como prueba de cargo única. Sí cabe, sin embargo, exigir la corroboración del conjunto de su declaración mediante hechos periféricos, objetivos y externos a la propia víctima, de forma tal que alcance esta fiabilidad con independencia de la credibilidad subjetiva que mereciera, en su caso, su propia declaración, esto es, alcanzando: credibilidad, persistencia y corroboración. Este criterio no se incorpora, sin embargo, en el articulado, de manera que pese a encontrar algún apoyo jurisprudencial⁷⁹, suscita dudas sobre una hermenéutica homogénea⁸⁰.

2.5. La víctima como testigo oculto o anónimo: su compleja justificación y la imperiosa necesidad de equilibrar derechos

La LO 19/1994, de 23 de diciembre, *de protección a testigos y peritos en causas judiciales* incorporó toda una serie de novedades sobre los que parece oportuno extenderse ahora⁸¹. Con su incorporación a nuestro ordenamiento se busca proteger a testigos que de otra manera no colaborarían por la existencia de riesgos más que previsibles, acarreando múltiples impunidades. Resulta innegable que circunstancias parejas concurren en el caso de las víctimas, y más aún las vulnerables, con el añadido de que su situación o vulnerabilidad, por una parte, y la proximidad cuando no dependencia del victimario, de otra, recomiendan protegerlas antes y durante la deposición de su testimonio en el proceso. Paralelamente, sin embargo, se trasladan también a este caso la imperiosidad de equilibrar la protección de determinados testigos en las circunstancias concurrentes en ambas hipótesis con la posición del acusado, especialmente en lo relativo al conjunto de garantías que delimitan el derecho a un proceso con todas las garantías, destacadamente el derecho de defensa y a la contradicción del acusado.

Conviene delimitar desde un principio —aun si profundizar en las complejidades que acompañan a este supuesto— que el testigo protegido comprende dos categorías: el testigo anónimo (de quien no se da a conocer los datos personales a las partes) y el testigo oculto (identificado personalmente con nombre y apellido, que deponen en el plenario con diversos grados de opacidad). Ambas figuras generan dificultades de distinta intensidad, esencialmente por la tensión entre la enorme limitación de los derechos de defensa y contradicción en la práctica del medio probatorio, y la justificación para acogerse a lo dispuesto en la Ley 19/1994, obligando a adoptar los necesarios mecanismos

79. Vid. Nota previa.

80. Apartado XII, 3 de la Exposición de Motivos

81. Vid, entre otros CUBILLO LOPEZ, I.J, (2004), «Protección de testigos», Civitas.

que equilibren proporcionalmente unos y otros, así como los que se articulen para avalar la credibilidad del testimonio depuesto⁸².

2.5.1. *La propuesta del Proyecto de Ley Orgánica Integral contra la explotación y trata de seres humanos*

Acometeré con la tangencialidad apuntada el testigo anónimo, en la medida en que el Proyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata de seres humanos regula por primera vez la posibilidad de que el anonimato se mantenga más allá de la investigación extendiéndose al juicio oral en determinadas condiciones⁸³. No es la única novedad que figura en el texto. Se propone, en primer lugar, una nueva redacción del art. 2 Ley Protección de testigos y peritos⁸⁴, en virtud del cual se añaden tres medidas de protección: i) protección policial mientras se mantenga la situación de riesgo, ii) utilizar cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual y si fuera necesario distorsione su voz y iii) proporcionar nueva identidad, así como medios económicos para cambiar de residencia y lugar de trabajo⁸⁵. En segundo lugar, con mayor alcance, y desde luego más discutible, es qué sucede si alguna de las partes solicita conocer la identidad de los testigos y peritos, y sus consecuencias.

Conforme a la legislación actual, la petición de alguna de las partes en el juicio oral (escrito de calificación provisional), solicitando motivadamente conocer la identidad del testigo o perito cuya declaración sea pertinente, impli-

82. Se deshecha tratar la figura del testigo de referencia y su capacidad probatoria, cuestión que nunca ha dejado de estar discutidas, planteando, sin embargo, una perspectiva singular cuando se trata de corroborar la declaración de estas víctimas como prueba de cargo, y más cuando es la única fuente probatoria; Como es conocido, las SSTC 68/2002 219/2002; 41/2003 y 146/2003 condicionan utilizarlas en sustitución de la prueba testifical directa a tratarse de supuestos de imposibilidad o extrema dificultad en la práctica de ésta última. Y aún así, a falta de cualquier otro medio no superaría las necesidades de «mínima prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia». Singularidad que no cabe admitir cuando los testigos de referencia (la policía que acudió, por ejemplo), además de actuar como testigo de referencia, aporte su propio testimonio) STS 625/2007.

83. Disposición Final Tercera.

84. L.O 19/1994, de 23 de diciembre. A tenor del texto del Anteproyecto, quedaría así: «Artículo 2.

1. Apreciadas las circunstancias previstas en el anterior artículo, se podrán adoptar por el tribunal competente o el Ministerio Fiscal en los procesos en los que la investigación recaiga sobre la Fiscalía, de oficio o a instancia de parte, alguna de las siguientes medidas: a) Que en las diligencias que se practiquen no conste el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión ni cualquier otro dato que pueda servir para identificar al testigo, utilizando, en su lugar, un número o cualquier otra clave para designarle en las actuaciones; b) Que se utilice cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual y si fuera necesario distorsione su voz; c) Que se mantenga la reserva de su domicilio y que las citaciones que se deban efectuar se realicen a través de la unidad policial encargada de la protección de testigos o en la sede del tribunal, que se las hará llegar reservadamente; d) Que se le brinde protección policial mientras se mantenga la situación de riesgo; e) Que se proceda, de acuerdo con la legislación de protección de testigos y peritos en causas criminales, a proporcionarle una nueva identidad, así como medios económicos para cambiar de residencia o lugar de trabajo.».

85. Apartados d) y e) del reformado artículo 2.1. En realidad se trae alguna medida de la previsión existente, con carácter excepcional, en los artículos 3 y 4 de la vigente normativa.

ca, que en el mismo auto en que se declare la pertinencia, se faciliten los datos solicitados⁸⁶. A partir de ahí, en los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio, así como, a la vista de las pruebas solicitadas y admitidas, cabrá la interposición de los correspondientes recursos de reforma y apelación. La fórmula busca equilibrar el derecho de testigos y peritos a ser protegidos con las exigencias del derecho de defensa y la contradicción. Por otra parte, en orden a la valoración de las declaraciones efectuadas por los testigos y peritos protegidos durante la fase de instrucción, sólo podrán tener valor probatorio si son ratificados en el juicio oral conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y únicamente, cuando sea imposible su reproducción, a efectos del art. 730 LECrim, se deberá ratificar mediante lectura literal a efectos de ser sometidos a contradicción por las partes.

Cierto que el deber de revelar el nombre y apellido de los testigos no es absoluto⁸⁷, y así se recoge en diversas resoluciones en las que se afirma que pese al tenor literal del art. 4.3 («deberá»), deben preservarse toda una serie de requisitos formales⁸⁸, así como sopesar la pertinencia de la solicitud conforme a criterios acuñados en múltiples resoluciones relativas a los intereses en conflicto. Con ellas me refiero a las siguientes: i) el derecho de la víctima a evitar represalias sobre sí misma o sus allegados, ii) el derecho de defensa a cuestionar la credibilidad de un testigo cuyo conocimiento podría desvelar factores que diluyeran la citada credibilidad⁸⁹, iii) la situación del testigo (riesgos, intensidad de la protección y posibilidad de protegerlo de forma distinta al anonimato)⁹⁰, iv) la consistencia de los medios de prueba disponibles, cuya solidez aminora la eventual lesión del derecho de defensa⁹¹, v) la relevancia del testimonio⁹², o vi) el riesgo grave para la vida o integridad física del testigo protegido, en caso de

86. En tal caso, el plazo para recusar a los peritos del art. 662 LECrim se computa a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos (art. 4.3 II LPTP). Como señala la jurisprudencia los regímenes de los testigos protegidos en la fase de instrucción y de juicio oral son diferentes, por una razón clara: en la fase de instrucción el testimonio anónimo opera como diligencia de investigación y, en cambio, en la vista del juicio opera como una genuina prueba de cargo (STS 51/2015, de 29 de enero).

87. SSTs 395/2009, de 15 de abril y 384/2016, entre otras.

88. Destaca la jurisprudencia, que amén de que la revelación está sujeta a las reglas establecidas en el art. 4.3: efectuarse en el escrito de defensa (STS 384/2016); la solicitud de revelación de identidad debe estar suficientemente motivada) (SSTs 447/2019, 384/20161027/2002). Y no obedecer a intereses espurios (ATS 961/2006).

89. STS 430/2019

90. STS 296/2109 (riesgo real y concreto proporcional a tal protección); gravedad de la pena (STS 296/2109).

91. Ibidem.

92. ATS 283/2014. O la relación extraprocesal que pudiera tener el testigo con el acusado (STS 384/2016, de 5 de mayo).

existencia de una organización criminal, por ejemplo⁹³. Sin olvidar otra posibilidad, como es desvelar parcialmente la identidad⁹⁴.

Pues bien, en la tensión de los intereses enfrentados, el Anteproyecto de Ley Integral contra la Trata y Explotación de seres humanos opta por la prevalencia de la protección del testigo o perito, en detrimento de la contradicción y el derecho de defensa. No se eliminan las garantías ínsitas en estos últimos, pero sí se decantan claramente en el sentido indicado. El cambio más trascendente transita del deber de facilitar la identidad cuando se llega al juicio, si así se solicita, a dejar en manos del juez la decisión de hacerlo o no, pudiendo mantenerse el anonimato durante todo el proceso. Para ello, el repetido PLITESH contempla la modificación de dos de los cuatro precepto de la LO 19/1994 *de protección a testigos y peritos* con un doble objetivo: i) ampliar las medidas de protección adecuándolas a los medios actuales, y de paso, prever su adopción «de oficio o a instancia de parte» por el Juez «o el Ministerio Fiscal en los procesos en los que la investigación recaiga sobre la Fiscalía», e ii) incorporar una tramitación más pormenorizada en la que se contempla la eventualidad de mantener el anonimato, paliando la restricción de la contradicción con la adopción de medidas alternativas que señalará el juez en el auto que desestime desvelar la identidad del testigo o perito, a fin de poder valorar la credibilidad, fiabilidad e integridad del testimonio el procedimiento.

De esta forma, si solicita, razonadamente, en el escrito de calificación provisional, acusación o defensa, la revelación de la identidad de los testigos o peritos propuestos, el órgano judicial competente, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta resolverá sobre la estimación o desestimación de dicha solicitud⁹⁵. Para acordar la resolución que proceda, el tribunal podrá ordenar el interrogatorio del testigo o perito, sin presencia de las partes y manteniendo las medidas de protección vigentes⁹⁶. Si rechaza la revelación de la identidad, deberá motivar la necesidad de mantener el anonimato y, como garantía de la debida contradicción, determinar expresamente las medidas alternativas que se adoptaran a fin de poder valorar la credibilidad, fiabilidad e integridad del testimonio. Cuando, por el contrario, resuelva que debe desvelarse la identidad, podrá acordar mantener o acordar medidas tendentes a evitar la confrontación visual directa entre la persona protegida y el acusado durante el juicio oral. En tal caso, en los cinco días siguientes a la

93. STS 1047/2006ATS 494/2013

94. Ya sea únicamente el nombre y apellidos, excluyendo otro dato (STS 368/2014) o hacerlo sólo al abogado pero no al acusado (ATS 494/2013).

95. Art. 4,3 I Ley 19/1994 según redacción Disposición Final tercera del Proyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y explotación de seres humanos, aprobado Consejo de Ministros diciembre 2022.

96. Art. 4.3 IV texto nota anterior.

notificación de la identidad a las partes, cualquiera de ellas podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que influya eventualmente en el valor probatorio de su testimonio⁹⁷.

Importa recordar, por su relevancia, que la propuesta no afecta a los apartados 4 y 5 del precepto, lo que significa que las partes a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas podrán interponer recurso de reforma y apelación; y que a efectos de valoración, las declaraciones o informes de los testigos o peritos protegidos durante la fase de instrucción, solamente podrán ser valorados como prueba si son ratificados en el juicio en la forma prescrita por la LECrim por quien los prestó; o en el caso de considerarse de imposible reproducción, a efectos del art. 730 LECrim, cabrá su ratificación mediante lectura literal a fin de poder ser sometidos a contradicción por las partes⁹⁸.

2.5.2. *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Esta y cualquier propuesta deberá cohonestarse con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de testigo anónimo.

El Tribunal ha dictado dos resoluciones pronunciándose sobre la eventual violación del art. 6 CEDH en sendos casos de testigo anónimo. El primer pronunciamiento fue a raíz del caso *Doorson vs. Netherlands* (1996) y el segundo más reciente aunque menos clarificador el caso *Krasniki vs The Czech Republic* (2016). En *Doorson vs. Netherlands* se trataba de un caso de tráfico de drogas en el que no se estimó vulnerado el art. 6 CEDH en atención a dos razones: i) la experiencia general que indica que en este tipo de delitos los traficantes recurren a amenazas o violencia en contra de los testigos que declaran en su contra, y ii) que uno de dichos testigos ya había sufrido violencia por un narcotraficante contra el que había declarado.

Lo relevante de la resolución, amén de ser la primera en que se enfrentaba rectamente esta cuestión, reside en sentar las bases de los criterios que informan el sentido de la resolución, como sigue. Conforme al primer criterio, se permite —en realidad se obliga, como veremos— a que los jueces ponderen los intereses enfrentados, los de la defensa y los inherentes a la protección de los testigos para decidir admitir testigos ocultos o anónimos en el contexto de las facultades de los Estados a la hora de organizar sus procesos penales de modo que los intereses de testigos y víctimas no sean puestos en peligro, ya

97. Art. 4, 3 III, IV y V. En cuanto al perito, el plazo para la recusación se computará desde el mismo acto de notificación de su identidad.

98. Art. 4, 4 y V Ley de Protección de testigos y peritos.

que, si bien el art. 6 no exige explícitamente tomar en consideración los intereses de testigos y víctimas, sus vidas y libertades pueden estar en juego, en el ámbito del art. 8 CEDH, siendo así, que la protección de éste último implica organizar sus procesos de manera que no sean puestos injustificadamente en peligro⁹⁹.

De hecho, la ponderación y el juicio de razonabilidad sobre mantener el anonimato es algo determinante, como se apreció en la resolución del caso *Krasniki vs The Czech Republic*, veinte años después. En este último caso, se negó la vulneración del art. 6 CEDH *por no haberse evaluado la razonabilidad del temor personal del testigo, ni la seriedad o fundamentación de las razones para conceder el anonimato de los testigos*. Se trataba de un proceso, también de tráfico de drogas, en el que la Corte europea estima que no puede adquirir convencimiento acerca de si el interés de anonimato de los testigos llegó a ser suficiente para limitar los derechos de los acusados, ya que, pudiendo tener en cuenta la naturaleza del entorno del tráfico de drogas y las condiciones frecuentes de amenazas y represalias, a partir de los registros de las entrevistas de los testigos o de los informes de prueba, no cabe advertir, sin embargo, como se evaluó la razonabilidad del temor personal de los testigos cuando fueron interrogados por la policía o en el juicio. Y al no constar el análisis de seriedad ni fundamentación de las razones para conceder el anonimato a los testigos en la sentencia utilizando sus declaraciones no cabe llegar al convencimiento de que el interés de los testigos de permanecer en el anonimato haya podido justificar una limitación de los derechos del acusado¹⁰⁰. Parece claro, por tanto, no sólo que la fundamentación ha de ser razonada y suficientemente motivada, sino que, además, deben evaluarse las circunstancias que conducen a justificar el anonimato, no sólo en el caso concreto, sino además en el tiempo. Proporcionalidad, justificación, motivación y atención especial desde todos los puntos de vista, aparecen así como requisitos inexcusables para la limitación tan severa que se produce en los derechos del acusado (defensa, contradicción), pero también en los más generales del proceso debido desde su perspectiva de proceso público.

El segundo criterio, se centra en la necesidad de que las dificultades de la defensa como consecuencia de las limitaciones a sus derechos, entre los que figuran en este caso los testigos reservados o anónimos, debe ser compensada en los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales, contrarrestando su eficacia de manera adecuada, es decir, de manera que la eventual condena

99. Párrafo 70 de la resolución. En este contexto, añade, los principios del proceso justo exigen también que, en su caso, los intereses de la defensa se equilibren con los de los testigos y víctimas llamados a declarar.

100. Párrafos 81,82 y 83.

no se fundamente única ni de manera determinante en declaraciones anónimas. Dicho de otra manera, que el testimonio anónimo no basta por sí solo para enervar la presunción de inocencia o para despejar la existencia de duda razonable.

3. Bibliografía

- ALVÁREZ BUJÁN, M.V, «Notas sobre algunos aspectos procesales de la Ley de garantía integral contra la libertad sexual», accesible en <https://vlex.es/vid/notas-aspectos-procesales-10-1044924980>
- ARMENTA DEU, T: La víctima como excusa. Diversas posiciones en torno a su figura y tratamiento en los sistemas procesales» (2014) en «Estudios de Justicia penal» Marcial Pons
- (2012) «Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América»
- (2024) «Lecciones de Derecho procesal penal» (15ª ed)
- CABELLO MALLOL, V, (2016) «Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», Tirant lo Blanch.
- CABRERA MERCADO (coord.), ARANGÜENA FANEGO y DE HOYOS SANCHO, 2011, «Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género», Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad, Centro de publicaciones.
- CALAZA LÓPEZ, S, «Tutela reforzada de los menores ante su múltiple victimización en los procesos de violencia de género», (2018) en AAVV, «Derecho y Proceso. Liber Amicorum profesor Ramos Méndez», vol. I, Atelier
- CUBILLO LOPEZ, I.J, (2004), «Protección de testigos», Civitas
- DE HOYOS SANCHO, M, «El ejercicio de la acción penal en España. Un verdadero derecho de acusar para las víctimas» (2019), en AAVV (SOLETO y CARRASCO-SA, dir.), «Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas», Tirant lo Blanch
- DEL POZO, M, BUJOSA, L (dir.) y GONZÁLEZ, A (coord.), 2019, «Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: Una Guía de Buenas Prácticas», Aranzadi
- FARTO PIAY, T, (2022) «Protección de la víctima frente a la victimización secundaria en la justicia juvenil» en AAVV (Pillado González, E, dir., «La víctima en el proceso penal de menores. Tratamiento procesal e intervención socio-educativa»), Dykinson
- GARCÍA RODRIGUEZ, M.J, (2019) «Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español», en «Revista General de Derecho Procesal, n.35, pp. 24-26.
- FERNÁNDEZ FUSTES, M.D (2019), «Protección de los derechos de la víctima en el proceso penal», «Estudios penales y criminológicos».

- GOMEZ COLOMER, J.L, «Estatuto de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal», Aranzadi
- JÉRÔME DE HEMPTIME y FRANCESCO RINDI (2006) «ICC Pre-Trial Chambers Allows Victims to Participate in the Investigation Phase of Proceeding», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, Issue 2
- PEREIRA PUIGVERT, S, «La víctima especialmente vulnerable en el proceso penal: su condición de especialidad y protección» (2018) en AAVV, «Derecho y Proceso. Liber Amicorum profesor Ramos Méndez», Vol III, Atelier.
- (2013) «Normas mínimas para las víctimas de delitos: Análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 30
- PUJADAS TORTOSA, V, (2008), «Teoría general de las medidas cautelares penales», Marcial Pons
- SERRANO MASIP, M, «Medidas de protección de las víctimas» en (2017), AAVV (DE HOYOS SANCHO, dir.), «La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales», Thomson Reuters.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C, «Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y explotación de seres humanos», *Diario la Ley*, nº 10267, 14 abril 2023.
- con PLANCHADELL, A (coord.) (2022) «La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación ¿es necesaria una Ley integral para luchar contra la trata y explotación de seres humanos?», Tirant lo Blanch

IV | Jueces sin rostro. Terrorismo y proceso¹

José María Asencio Mellado²
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL DICTAMEN SOLICITADO. CONCRECIÓN DE SU OBJETO. POSICIÓN Y CONCLUSIONES PREVIAS. 1.1. PLANTEAMIENTO DEL CASO. 2. LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES. 3. LA NULIDAD EN EL CASO DE LOS PROCESOS INICIADOS BAJO LA VIGENCIA DE LA NORMATIVA DECLARADA INCONSTITUCIONAL. 4. LA COMPETENCIA DE LA CORTE. 5. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO PENAL EN LOS CASOS DE TERRORISMO?. 6. ¿CUÁL FUE LA NORMATIVA PROCESAL APLICADA EN EL CASO J?. 7. DIGA USTED SI LA CONFORMACIÓN DE TRIBUNALES PENALES CON MAGISTRADOS CON IDENTIDAD RESERVADA O SECRETA HA SIGNIFICADO EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS UNA RESTRICCIÓN ARBITRARIA DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. 8. ¿LA INTERVENCIÓN DE UNA SALA SUPERIOR O SUPREMA INTEGRADA POR MAGISTRADOS CON IDENTIDAD RESERVADA O SECRETA CONSTITUYÓ UN VICIO INSALVABLE DE NULIDAD DEL PROCESO PENAL ABIERTO CONTRA J?. 9. ¿LA ANULACIÓN DE UNA SENTENCIA DENTRO DE UN PROCESO PENAL POR DELITO DE TERRORISMO IMPLICA UNA AFECTACIÓN A LAS GARANTÍAS JUDICIALES O AL DEBIDO PROCESO?. 10. ¿SE VULNERÓ EL PRINCIPIO DE NE BIS IN IDEM EN EL PROCESO PENAL SEGUIDO Y ABIERTO CONTRA J?. 11. ¿ALGUNA DECISIÓN DURANTE EL PROCESO PENAL ABIERTO CONTRA J PODRÍA SER CONTRARIA AL ARTÍCULO 9 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS?. 12. ¿LA PROMULGACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS PROCESALES PENALES DE FORMA INMEDIATA ES UNA OPCIÓN LEGISLATIVA Y JURISDICCIONAL COMPATIBLE CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DEBIDO PROCESO Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES, EN PARTICULAR, EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA Y DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS?

1. La presente publicación es un informe confeccionado para el gobierno peruano hace algunos años, un caso real, que versaba sobre una amplia gama de cuestiones procesales y constitucionales vinculadas a los derechos humanos, a las garantías de la jurisdicción y a la competencia de los tribunales internacionales. Un informe que se incorporó al proceso que este estado iberoamericano mantuvo con la CIDH.

2. En homenaje al Prof. Manuel Cachón Cadenas, ejemplo de universitario y procesalista. Supo, con maestría, combinar sus trabajos científicos en derecho procesal con aquellos que indagaban en la historia y en quienes la han construido. El pasado explica el presente y nos lleva a considerar que somos fruto de lo que otros antes hicieron. Gracias compañero y amigo.

1. Planteamiento del dictamen solicitado. Concreción de su objeto. Posición y conclusiones previas

1.1. Planteamiento del caso

A los efectos de elaborar el informe solicitado por el Estado peruano en el caso xxxxxx, deben concretarse inicialmente las lesiones de derechos denunciadas por la demandante, cuáles de ellas inciden en la pericia que se confecciona y, especialmente si las hipotéticas violaciones de sus derechos fueron remediadas mediante las declaraciones de nulidad procesales acordadas por la Sala Nacional que conocía de los delitos de terrorismo en fecha 20 de mayo de 2003. Específicamente se trata, pues, de incardinar las violaciones denunciadas en un marco determinado y analizar los efectos de tales declaraciones de nulidad motivadas por infracciones, especialmente en lo que afecta a este informe, del proceso debido o proceso con todas las garantías en su dimensión estrictamente procesal.

Concretamente, pues, el núcleo del análisis, aunque requiera de argumentaciones de otra índole, viene delimitado por el alcance de dicha nulidad, sus efectos respecto de lo actuado y, finalmente, la validez de un nuevo enjuiciamiento tras la retroacción de todas las actuaciones ante los órganos competentes, los cuales, sobre la base de los actos de investigación y probatorios subsistentes y no declarados nulos al no verse afectados por la lesiones que provocaron la del proceso, han decidido reiniciar el proceso que hoy se encuentra pendiente de la celebración del juicio oral, previa acusación formulada por la Fiscalía.

El origen de la nulidad mencionada reside y es bueno individualizarlo a los efectos de determinar la naturaleza de dicha nulidad y sus efectos, en decisiones del Tribunal Constitucional peruano, especialmente las de fecha 3 de enero de 2003 y 9 de agosto de 2006, cuyo objeto fueron las leyes especiales antiterroristas en aspectos esencialmente procesales, tales como el plazo de la detención policial, las limitaciones a los recursos, la incomunicación etc... Así como, también, la Ley 26671, de 12 de octubre de 1996 que impuso Magistrados designados e identificados y el Decreto Ley 926, de 20 de enero de 2003, que declaró nulos los juicios celebrados por los Jueces «sin rostro» de cualquier instancia, removiendo, por tanto, las dudas de inconstitucionalidad que suscitaron aquéllos.

En suma, nulidades acordadas por la ley o por la jurisprudencia con carácter general que adquirieron eficacia en el proceso mediante la particular decisión de la Sala Nacional citada. Esto es, la nulidad acordada legalmente fue confirmada, como no podía ser de otro modo para anular actos procesales, por una resolución judicial específica. Éste es el momento y no otro, a partir del cual el proceso anterior resultó nulo, siendo lo actuado válido hasta la emisión de tal resolución.

Y nulidades procesales que afectaban al derecho a la jurisdicción o al proceso debido, nunca a derechos de contenido material, como la presunción de inocencia en tanto no existió una condena expresa, ni unas pruebas que constituyeran su base. Y esa distinción es sustancial a los fines de determinar los efectos de la nulidad y la validez de la retroacción de las actuaciones y, de este modo, la eventualidad de un nuevo procedimiento sujeto a la legalidad vigente respetuosa con la Constitución peruana y los Tratados Internacional, especialmente la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

No puede desconocerse que, en tanto nunca se pronunció una sentencia condenatoria, los posibles defectos que afectaron a los derechos de «J» no llegaron a producir efectos en una condena, de modo y manera que no existe una resolución firme sobre la cual pueda la Corte pronunciarse respecto de la incidencia de las posibles faltas en la culpabilidad de la demandante.

De esta manera, decaen todas las denuncias referidas a la responsabilidad penal, siendo sólo evidenciables por la Corte las autónomas de ella, tales como la detención de la misma. Tampoco los allanamientos, en tanto, aunque se hubieran infringido hipotéticamente los derechos de «J», lo que no comparte el Estado, es lo cierto que el material reunido no ha pasado aún a formar parte de una sentencia condenatoria. O, lo que es lo mismo, no existe prueba ilícita como tal, ni puede valorarse internacionalmente en tanto no determine el Estado su admisibilidad en el momento procesal oportuno y agotadas todas las instancias internas. Es asunto que compete al Estado.

2. La nulidad de los actos procesales

La nulidad es la consecuencia establecida para aquellos actos en los que falte uno de los requisitos a los que la ley anuda este efecto. A pesar de que muchos Códigos siguen distinguiendo entre nulidades absolutas y relativas, es lo cierto que, al quedar todas ellas sujetas a su apreciación con anterioridad a la firmeza de la resolución o sentencia que ponga fin al proceso, que convalida toda nulidad, no existen otra cosa que meras anulabilidades, es decir, susceptibles de apreciarse en un plazo determinado. Salvo excepciones muy contadas.

Es común a toda nulidad, su subsanabilidad, así como su posible convalidación por decisión de las partes y, como nota adicional, es inherente a este concepto la exigencia para su reconocimiento de la producción de efectos en quien la alega, es decir, un perjuicio o indefensión como sucede en el caso del art. 240 LOPJ española. Indefensión o perjuicio, son términos equiparables y dependientes de la lesión denunciada, pero en todo caso afectan a ambas partes y a sus derechos.

Un acto nulo es un acto ineficaz, que no puede producir efectos, pero siempre es subsanable y convalidable, no siendo su apreciación automática, sino sujeta a la generación de perjuicios en quien la aduce.

No hay nulidades, pues, derivadas de infracciones, aunque sean constitucionales, ni se no provocan unos efectos determinados. No hay nulidades abstractas, de modo, pues, que las nulidades no son nunca absolutas.

Sí produce efectos respecto de otros actos, ya que la regla es la validez de los independientes y la ineficacia de aquellos que deriven del nulo, siempre que provoquen el mismo daño y no puedan ser subsanados. El criterio, pues, aplicable, no es el de una mera dependencia natural o fáctica, sino funcional, que atiende, pues, a la realidad y constancia del perjuicio producido.

Con arreglo a estos criterios deben interpretarse los arts. 149 a 154 NCPP penal peruano que, aunque reconocen una especie de nulidad absoluta a la que contraponen otra relativa, incluyendo en la primera los actos practicados con vulneración de derechos fundamentales, luego, a partir del art. 152, reconocen la subsanabilidad de todo acto nulo a través de su renovación. Introduce, sin embargo, un precepto complejo en el art. 152 al parecer afirmar que la nulidad absoluta no es convalidable por el hecho de no ser denunciada, ya que, es evidente, si la sentencia alcanza firmeza no cabrá contra ella recurso alguno por este motivo, de modo que el acto nulo no podrá ser ya denunciado como tal. Esta afirmación, sin embargo, queda vacía de contenido por los preceptos posteriores y porque el propio legislador no ha previsto cauces para hacer valer la nulidad contra sentencias firmes. La firmeza, pues, convalida la nulidad cualquiera que sea su naturaleza.

3. La nulidad en el caso de los procesos iniciados bajo la vigencia de la normativa declarada inconstitucional

Plantea la parte en su denuncia que la sentencia absolutoria de fecha 18 de junio de 1993 debe considerarse —se viene indirectamente a afirmar—, firme, toda vez que se denuncia la nulidad de la emitida por la Corte Suprema «sin rostro» de fecha 27 de diciembre de 1993 que, al estimar el recurso de nulidad (similar a la casación en muchos de sus aspectos y que en la práctica vino y viene aún a ocupar muchos de sus espacios) ordenó la celebración de un nuevo juicio oral. Entiende la denunciante que debe prevalecer la sentencia absolutoria dictada en tanto la sentencia de nulidad debía considerarse nula. Aquí la cuestión reside en determinar si: la nulidad de una sentencia pronunciada por un tribunal «sin rostro» se limita a la que revoca la absolución o si, por el contrario, también alcanza a la absolutoria afectada por el mismo defecto esen-

cial. Y, más concretamente, si la nulidad decidida por el Decreto Ley 926 y por la Sala Nacional produjeron sus efectos desde el momento en que se dictaron y alcanzaron a una sola de las decisiones. No parece posible aceptar, ya se anticipa, una respuesta que omita la nulidad sustancial derivada del derecho a la Jurisdicción y que implique la validez de una sentencia por su contenido respecto a la defensa, ya que la nulidad y la indefensión que constituye su presupuesto, no son correlativos de la defensa, sino del contradictorio, que afecta a ambas partes, también, pues, a la acusación.

Es cierto que el TC peruano, entre otras en sentencias de fecha 10 y 17 de marzo de 2003 y 3 de abril de 2003, decretaron la nulidad de los juicios orales llevados a cabo por tribunales «sin rostro» que condenaron a los recurrentes, no así extendieron la nulidad a la fase de instrucción, pero esa nulidad que incidía en la condena, no implica que no pueda acordarse la misma nulidad de una sentencia absolutoria, cuando concurre el mismo defecto, que provoca un perjuicio, al ser anulada la posterior, en la parte acusadora, en la parte civil y en las víctimas del delito. Porque, además, la sentencia de la Corte Suprema que estimó el recurso de nulidad no fue condenatoria, sino simplemente revocatoria de una absolutoria, una sentencia que dejaba la cuestión imprejuizada.

En consecuencia con todo lo dicho en este preámbulo, se vienen a anticipar unas conclusiones provisionales que serán objeto de desarrollo en las preguntas formuladas por el Estado peruano.

- A) Las nulidades acordadas por la Sala Nacional en 20 de mayo de 2003, tuvieron como fundamento infracciones al derecho al proceso debido o proceso con todas las garantías. Esto es, vicios «in procedendo» que obligan a quien dicta la nulidad a retrotraer las actuaciones al momento de la infracción. No tuvieron como base vicios «in iudicando» que permitieran una resolución de fondo por parte de quien la apreció o que impliquen la firmeza de resoluciones favorables a la defensa. Lo actuado entra, pues, en el ámbito de la normalidad procesal y de la corrección de la aplicación del mecanismo de la nulidad que no es penal o civil, sino procesal y general y que tampoco es de los contratos o negocios jurídicos, sino procesal con sus propias especificidades.
- B) Los actos de acusación y apertura del juicio oral, el dictamen Fiscal acusatorio de fecha 29 de septiembre de 2005 y el auto de apertura del juicio oral de la Sala Penal Especial de fecha 24 de enero de 2006, se han acordado en el seno de un proceso válido en su conjunto. No hay reproche alguno a su existencia y tramitación como proceso.
- C) No debe olvidarse que la nulidad procesal o de los actos procesales es siempre subsanable, incluso la llamada erróneamente «nulidad absoluta», pues las nulidades procesales son más bien anulabilidades, sujetas

a plazo y a determinados requisitos, especialmente, la producción de indefensión cuando tienen su origen en infracciones procesales o de derechos fundamentales procesales. Esa indefensión, se ha dicho, ha de entenderse como respeto del contradictorio y extensible a ambas partes, no como derecho de defensa. Téngase en cuenta que la nulidad es institución de derecho procesal general, no civil o penal aunque cada norma contenga especialidades que nunca difieren entre sí hasta el punto de generar nulidades distintas en cada proceso. Ello en lo que se refiere a la nulidad procesal, lo que no es equiparable a la derivada de situaciones probatorias o de afectación de derechos procesales materiales que provocan otras nulidades, no las procesales, propias de las infracciones de la llamada prueba ilícita o el derecho a la presunción de inocencia.

- D) Cuestión distinta y que no se va a valorar en este informe, es el alcance de la nulidad acordada o de las infracciones originarias de derechos o normas (en su caso) respecto de concretos actos de investigación o pruebas anticipadas o preconstituidas que hayan servido para fundamentar la acusación y la apertura del juicio oral o, incluso, su suficiencia para ser sostenida dicha pretensión hasta el momento del juicio oral o ser procedente, ante las evidencias que se presenten, el sobreseimiento. Porque, una cosa es la validez del proceso nuevamente instaurado, que no es discutible; y otra bien distinta es el alcance de aquellas nulidades en los actos en su momento ejecutados y que hubieran podido serlo con infracción de normas o de derechos o incurriendo en ilegalidades con trascendencia anulatoria. Todo ello no es objeto de este informe, ni ha sido aún tratado en el proceso vigente, en tanto no se ha suscitado; por lo tanto, queda fuera de toda apreciación y será, en tanto no se ha aducido en la instrucción, objeto de tratamiento en el juicio oral por el órgano competente para el enjuiciamiento, sin que quepa anticipar resultado alguno o exclusión previa por la Corte.
- E) En todo caso, esto último, es competencia exclusiva del Estado peruano, de sus tribunales, que son los que deben decidir, una vez se avance en el proceso, acerca de la validez o nulidad, de la suficiencia o insuficiencia de lo actuado. En suma, actuando la potestad jurisdiccional.

Carece de competencia la Corte para evidenciar violaciones de derechos que no se han producido, pues no ha existido aún una decisión al respecto. Y, en cualquier caso, conforme al art. 63 de la Convención, la competencia de la Corte sólo surge ante violaciones de derechos, no ante meras expectativas o futuros. No tiene la Corte competencia para excluir pruebas o actos de investigación a «priori», sino solo una vez que las mismas hayan producido un efecto que, además, sea definitivo. O, lo que es lo mismo, no puede conocer de un asunto mientras el mismo esté pendiente de conocimiento por las instancias

nacionales y éstas puedan reparar los posibles defectos o las violaciones hipotéticas que pudieran producirse. En este sentido, la Recomendación quinta de la Comisión no es procedente al invadir competencias del Estado y aparecer como una medida previa al uso de los instrumentos a los que se refiere, los cuales, podrán ser en su caso anulados en el seno del proceso y corregidos, si así se hace y se consideran ilícitos, a través de las instancias internas. La Jurisdicción internacional solo opera y puede operar una vez agotadas todas las instancias internas cuando subsistan los defectos o violaciones de derechos, no anticipadamente. No goza de competencia al efecto, ni la tendría en esta fase y este momento procesal ninguna instancia interna hasta cuando se reanude el proceso y se entre en el acto procesal correspondiente. La denunciante cuenta con mecanismos procesales idóneos para hacer valer su denuncia ante quien es el órgano competente, en este caso, la Sala Penal Nacional a la cual no se puede hurtar su propia competencia.

4. La competencia de la Corte

Es de apreciar en el asunto sobre el que se informa dos hechos que deben ser objeto de análisis por parte de la Corte. Por un lado, la conducta claramente de mala fe de la demandante que pretende ser juzgada por la Corte eludiendo la competencia de los tribunales peruanos. Por otro lado, el informe de la Comisión, que invade las competencias internas atribuyéndose un papel que excede del que le corresponde, actuando como instancia interna, exigiendo medidas que forman parte de la potestad jurisdiccional y, en muchas ocasiones, actuando con carácter previo a la posible e hipotética, que se anuncia no obstante, violación de unos derechos que no se ha producido aún, ni es necesario que se produzca. Todo ello manifestado en el terreno de la pura hipótesis, pues quien informa no ha analizado los actos que pudieran, según la Comisión ser considerados como ilícitos. A tal efecto, serían necesarios más datos que los que aporta la Comisión, pues la prueba ilícita no es una mera nulidad procesal y exige para su declaración de muchos más requisitos que una aparente vulneración de derechos materiales, no procesales, que no se identifican en el caso.

En este informe se rechaza, pues, con rotundidad, que la Corte se pronuncie respecto de esta cuestión interna.

De este modo, la demandante, insta a la Corte a pronunciarse sobre cuestiones que forman parte de la legalidad ordinaria, tales como el principio de legalidad en el caso que exige comparar tipos penales vigentes y derogados, la exclusión de actos de investigación y pruebas de las que no se ha pedido la nulidad o la validez de una sentencia absolutoria que fue declarada nula, así como la inva-

lidez de un recurso interno, el de nulidad por motivos ordinarios, no constitucionales.

La demandante, pues, renuente a mostrarse parte ante los tribunales ordinarios peruanos pretende que sea la Corte la que se pronuncie sobre cuestiones ordinarias o hipótesis de vulneraciones de derechos, toda vez que los que denuncia ya han sido subsanados y los que entiende violados han de ser denunciados en el seno del proceso por los medios legalmente previstos. Esto es, la demandante desea ser juzgada por la Corte, no por los órganos competentes, buscando una sentencia absolutoria donde no puede hallarla.

En suma, no habiéndose producido violación alguna de derechos, dada la nulidad de lo que se denuncia, es en el seno del proceso donde deben manifestarse las correspondientes pretensiones, no ante una Corte internacional.

Por otra parte, como se ha dicho, el informe de la Comisión invade claramente las competencias del Estado peruano y atenta contra el art. 63 de la Convención, en tanto la competencia de la Corte solo dimana de la efectiva violación de los derechos y una vez agotadas las instancias internas en las cuales, si se opera una vulneración determinada, puede subsanarse. La competencia de los Tribunales internacionales es siempre subsidiaria de la que corresponde a los internos, no preferente.

No puede la Comisión, que implícitamente acepta la validez del nuevo enjuiciamiento previa la anulación de los anteriores y remediados los vicios denunciados, exigir al Estado medidas que le corresponden en previsión de posibles lesiones no producidas y menos hacerlo sustituyendo la conducta rebelde de la demandante que tiene a su disposición la posibilidad de actuar ante los tribunales peruanos y obtener, en su caso, como ya sucedió, una sentencia absolutoria y, en principio, denunciándolo, la nulidad o no de los actos de investigación y pruebas que entienda deben ser así calificadas. Y, frente a lo que se decida, hacer uso de los recursos internos en su caso.

No puede la Comisión obligar al Estado a reformar leyes cuando no se ha producido una violación efectiva de derechos, cual sucede con el Decreto Ley 25475, el cual, dada la rebeldía de la demandante, no le ha afectado. No es la Corte un Tribunal Constitucional que pueda anular leyes, sino sólo decretar que se oponen a la Convención cuando se apliquen concretamente afectando a derechos. Y esa violación ha de ser efectiva, lo que no sucede cuando el proceso se ha anulado y no ha producido efectos. Un círculo vicioso que solo tiene como solución la celebración ordinaria del juicio oral válido y el control, en su caso, posterior de lo actuado.

5. ¿Cuáles son las características del proceso penal en los casos de terrorismo?

En la actualidad, básicamente, su enjuiciamiento por la Sala Penal Especial y algunas especialidades procesales contenidas en diversas normas, sobre todo el Decreto Ley 25475, conformes en buena medida con la legislación existente en otros países y en su mayoría compatibles con los Tratados Internacionales. El proceso penal peruano para los casos de terrorismo no comporta especialidades que puedan representar normas y excepciones que puedan considerarse claramente atentatorias a la Constitución peruana o a los Tratados Internacionales.

La STC de fecha 3 de enero de 2003, vino a subsanar las deficiencias de constitucionalidad que presentaba la legislación antiterrorista, de modo que las especialidades previstas hoy en el Decreto Ley 25475 encuentran similitudes y referentes, así como decisiones jurisprudenciales de Tribunales nacionales e internacionales que las avalan.

Así, se permite la intervención de Abogado desde el momento inicial, permitiéndose la entrevista reservada. Téngase en cuenta que en España, el art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, avalado por el TC, ha entendido ajustado a la Constitución: que los incomunicados no puedan nombrar abogados de confianza, siendo en todo caso de oficio y que en caso alguno se de la posibilidad de la entrevista reservada. La norma peruana no tiene este alcance, ni se le aproxima.

De la misma manera, la duda que podría presentar el art. 13,1 del Decreto Ley, en relación con la prisión obligatoria, quedó subsanado al entender el TC aplicable el art. 135 CPP y la atención a los supuestos que justifican la adopción de la medida cautelar.

Ninguna duda de inconstitucionalidad presenta la detención policial en caso de flagrancia, toda vez que la Constitución la permite. Y se debe recordar que en España la policía puede detener sin que sea necesario el requisito de la flagrancia y que el CEDH nada dice al respecto.

Tampoco plantea dudas de inconstitucionalidad la detención incomunicada, avalada en España por su TC, máxime cuando no se limita el derecho de defensa permitiéndose la relación con el Abogado.

Surge la duda sólo acerca de la prohibición de limitación de servirse como testigos de quienes intervinieron en el atestado policial, lo que el TEDH, en el asunto «Barberá, Messegué y Jabardo» contra España, de fecha 6 de diciembre de 1988, no estimó adecuado al CEDH.

El resto de especialidades procesales, especialmente las referidas a la sumariación, no plantean problemas sustanciales. Menos las referidas a una cierta restricción de la publicidad, los poderes de policía del Tribunal o las medidas de protección de las víctimas.

6. ¿Cuál fue la normativa procesal aplicada en el caso J?

Deben considerarse dos momentos muy diferentes, que han dado lugar a resoluciones que han subsanado los defectos originarios.

La detención de «J» se produjo en fecha 13 de abril de 1992, estando entonces vigente una legislación antiterrorista de muy dudosa constitucionalidad, representada por el Decreto 046 (11 marzo 1981), la Ley 24651 (20 marzo 1987) o las leyes 24700 (24 junio 1987) y 25031 (2 junio 1989). Todas estas normas fueron anuladas como consecuencia de sendas sentencias del TC arriba citadas, dando lugar a otras que superaron los defectos constitucionales en que aquéllas incurrieran, tales como la Ley 27913 (9 enero 2003), los Decretos 921 a 927 de principios de ese mismo año 2003 o la Ley 26671 (12 octubre 1996).

En consecuencia, la normativa aplicada al momento de la detención y del enjuiciamiento de «J», así como la que regía el conocimiento del recurso de nulidad, podía considerarse nula por afectación de los derechos a la Jurisdicción, Juez legal o natural y proceso debido.

No obstante, anulado el proceso, retrotraídas las actuaciones e iniciado el mismo sobre la base de lo actuado que se ha considerado válido, al menos momentáneamente dada la incomparecencia de la imputada y su nula participación en el mismo, lo actuado a partir de la sentencia de fecha 20 de mayo de 2003 de la Sala Penal antiterrorista, es plenamente respetuoso con las reglas y principios que informan el derecho al proceso debido, siendo válidos, pues, los actos de acusación y apertura del juicio oral deducidos y pronunciados en fechas 29 de septiembre de 2005 y 24 de enero de 2006.

En todo caso y aunque me he pronunciado por la constitucionalidad del Decreto Ley 25475, las posibles deficiencias que pudieran hallarse en la norma citada no han afectado hasta el momento a la denunciante «J», toda vez que ha permanecido en rebeldía durante la fase de instrucción, en la cual se concentran la inmensa mayoría de las especialidades o excepciones que contiene el Decreto Ley. No habiéndole afectado, no parece que goce o pueda gozar de legitimación para impugnar una normativa, pues las denuncias de violación de derechos por parte de particulares han de basarse en violaciones efectivas, no gozando de legitimación para impugnar leyes. Y lo mismo cabe decir de la

Corte a salvo que se denuncie en el caso la aplicación concreta y efectiva de las normas violatorias de los derechos, lo que no ha sucedido habida cuenta la nulidad de todo lo actuado anteriormente y la plena validez de lo realizado posteriormente en ausencia de la denunciante.

Habiéndose anulado los actos violatorios de derechos que se dice afectaron a la denunciante, no existe vulneración de derechos con efectividad para producir indefensión alguna. Y, estando «J» en rebeldía, tampoco ha sido objeto de limitaciones derivadas del Decreto Ley citado. Ni la demandante, ni la Corte son instancias que diriman la constitucionalidad de las leyes, siendo su competencia meramente revisora de violaciones a los derechos producidas efectivamente. La Recomendación de la Comisión, siendo así que las vulneraciones alegadas fueron ya declaradas nulas, carece de justificación y constituye una invasión en el ámbito competencial del Estado peruano.

El proceso instaurado, más allá, como se ha dicho, del alcance que puedan tener las denuncias que en su seno pudieran formularse frente a actos de investigación y prueba utilizados para sostener provisionalmente la pretensión penal y de las decisiones que se adopten, es válido y eficaz y no atenta frente a derecho fundamental alguno en sí mismo considerado, toda vez que su origen ilícito ha sido subsanado por la nulidad acordada y la reiteración del proceso conforme a normas legales no susceptibles de ser tachadas de inconstitucionales.

7. Diga usted si la conformación de tribunales penales con magistrados con identidad reservada o secreta ha significado en algunos países europeos una restricción arbitraria de las garantías judiciales según la jurisprudencia comparada y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

Debe ponerse de manifiesto, de nuevo, la irrelevancia de esta cuestión a los efectos de valorar la validez del proceso en curso, toda vez que las decisiones de los tribunales «sin rostro», fueron anuladas. Se insiste, sin embargo, en la eventualidad de que pudieran ser ineficaces otras resoluciones judiciales que se pronunciaran en su momento y que tuvieran su reflejo en actos de investigación o prueba utilizados para conformar la acusación, toda vez que la nulidad produce efectos reflejos en aquellos actos a los que se transmite funcionalmente la misma. En todo caso, como ha manifestado el TC peruano en sentencias, entre otras, de fecha 10 y 17 de marzo de 2003 y 3 de abril de 2003, la nulidad derivada del enjuiciamiento por Jueces «sin rostro», no se extiende a la fase de instrucción. De modo que cualquier nulidad de la prueba preconstituida, derivaría de otras violaciones de derechos hipotéticas, nunca de este defecto.

Ésta es la única cuestión que, entiende quien informa, tiene relevancia, no las decisiones anuladas y pronunciadas por Jueces «sin rostro» y menos, como se dirá, atender a una cierta discrecionalidad que anude la nulidad a un tipo determinado de resolución absolutoria o anulatoria con efectos de ordenar un nuevo enjuiciamiento por razones, incluso, de fondo. Máxime cuando el recurso de nulidad ordinario lo permitía, siendo el mismo válido y sólo afectado por la infracción derivada de la desconocida identidad de los Jueces. No se trató de un recurso de nulidad que pudiera declararse nulo por su contenido, sino por quien lo resolvió, lo que permitía la retroacción de las actuaciones y su reiniciación conforme a normas válidas.

En todo caso, se insiste, la sentencia de la Corte no fue condenatoria, sino meramente anulatoria y la absolutoria dictada por Jueces «sin rostro» era nula, aunque no condenara a la demandante, pues su convalidación afectaría directamente a los derechos de las víctimas y al Estado. La nulidad, se insiste de nuevo, no deriva de una sentencia condenatoria cuando lo es de actos procesales, sino del perjuicio provocado y de la incidencia del defecto en el fallo. De la condena derivan nulidades probatorias, la prueba ilícita o la infracción del derecho a la presunción de inocencia, conceptos autónomos que no cabe confundir para llegar a soluciones contradictorias con las instituciones procesales.

La pretensión de la demandante que busca la validez de la sentencia absolutoria derivada de la nulidad de la dictada por la Corte, no es compatible con la figura de la nulidad procesal derivada de infracciones procesales, sino de violaciones de derechos materiales con incidencia probatoria, lo que no es el caso presente en el que las nulidades son estrictamente procesales.

En ningún caso podría llegar a sostenerse la validez de la sentencia absolutoria, dictada por Jueces «sin rostro» por ser absolutoria, ya que el vicio que la provocó era procesal e independiente del contenido de la sentencia. Y, en todo caso, afectó a ambas partes procesales.

Pero, en todo caso, el análisis que se propone no puede ser automático, ni es competencia de la Corte, en tanto forma parte de la potestad jurisdiccional. La nulidad de los actos procesales, en tanto no es automática, exige analizar sus efectos en la parte, su posible subsanación y convalidación. No es automática. Por tal razón, la Corte no puede dictaminar la exclusión previa de actos de investigación y pruebas, bien por su nulidad procesal o bien por constituir prueba ilícita, figuras no equiparables, ni sujetas a los mismos presupuestos y que la Comisión, no obstante, parece confundir en un mismo tratamiento y naturaleza jurídica.

Dicho esto, debe decirse que, en España y entiendo que en Europa, no se han producido casos de Tribunales cuyos Magistrados hayan quedado en el anoni-

mato y su identidad se haya ocultado a las partes. La solución europea, tampoco general, ha sido la creación de Tribunales especializados y centralizados, como en España la Audiencia Nacional u otras similares como las francesas o alemanas.

Sin duda alguna, un Tribunal «sin rostro» sería plenamente inconstitucional, por afectación al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Un Juez ordinario es un Juez en el que concurren todas las garantías propias de la Jurisdicción, esto es, la independencia, la imparcialidad y su sometimiento a la ley, así como la responsabilidad. Y es claro que estas condiciones no pueden ser controladas por la parte si se desconoce la identidad del Juzgador, especialmente porque no puede hacer uso de la recusación que es la garantía instrumental de la que disponen las partes para hacer eficaz aquellas condiciones sustanciales.

El derecho al Juez ordinario, es distinto al del Juez legal o natural, pues hace referencia a las condiciones de los Magistrados, por lo que en muchas ocasiones se incardina en el derecho a un proceso con todas las garantías. Y así lo entiende el TS español.

TS español, Sala Segunda, de lo Penal, S de 18 Abr. 1995

5.º No cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al «órgano» que a sus «titulares» dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos (TC S 47/1983 de 31 May.), y si bien, en un sentido muy amplio, el derecho al Juez predeterminado por la Ley», puede decirse que comprende el «derecho a recusar» a aquellos funcionarios en quienes se estime concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad, en realidad dicho derecho afecta al fundamental a «un Juez imparcial» que forma parte del «derecho a un proceso con todas las garantías (TC SS 164/1988 de 26 Ene., 11/1989 de 24 Ene., 138/1991 de 20 Jun. y 151/1991 de 8 Jul.).

No obstante, tampoco se garantiza el derecho al Juez natural o legal, en tanto, al desconocer la composición de cada tribunal o Juzgado, no puede asegurarse que el Poder Ejecutivo o los órganos de gobierno del Poder Judicial, manipulen cada uno de ellos situando en cada caso a quienes entiendan más propicios para una determinada resolución.

Un proceso en el que existan Jueces con identidad secreta o reservada es nulo de pleno derecho.

La existencia de órganos especializados, como sucede con la Sala Penal Especial, es suficiente para garantizar la integridad de las decisiones de los Magis-

trados, no sujetos a las presiones o miedos que pudieran efectuarse frente a los ordinarios de cada lugar.

En este sentido, debe afirmarse, frente a la denuncia que se articula, que dicha Sala Penal Especial, con las condiciones que la jurisprudencia establece, esto es, la imparcialidad, la inamovilidad y la especialización, es plenamente respetuosa con el derecho interno peruano y puede considerarse Juez legal o natural en materia de terrorismo.

— La designación de los Magistrados integrantes de las Salas Penales.

No obstante todo lo dicho, los poderes de que dispone el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en orden al nombramiento de los Magistrados que componen cada una de las Salas, la constante modificación de sus integrantes que no gozan de inamovilidad y la frecuencia con la que se deciden cambios en la composición de cada Sala a instancia de aquel Consejo Ejecutivo y bajo argumentos genéricos en muchos casos, obligan a adoptar precauciones y a analizar en cada caso el respeto al derecho al Juez legal, pues, siendo el órgano constitucional, dicho derecho puede afectarse mediante decisiones que invadan la imparcialidad de los Magistrados mediante ceses y nombramientos discrecionales o incluso arbitrarios. Y debe afirmarse que el Consejo Ejecutivo procede anualmente a la alteración de las Salas bajo criterios genéricos poco contrastados e innecesarios que afectan a la inamovilidad y pueden esconder razones no admisibles, manipulaciones en suma y tendencias hacia direcciones determinadas. Pero, no es el Consejo Ejecutivo tampoco prudente a la hora de designar individualmente, ante procesos singulares, nuevos Magistrados removiendo injustificadamente a los que constituyen la Sala, sin razonamientos particulares, sino genéricos que aparentemente no justifican la decisión.

Debe la Corte, pues, pronunciarse emitiendo una decisión al respecto, que clarifique el alcance de la inamovilidad de los Magistrados que integran cada Colegiado. Siempre que, en el caso, se aprecie dicho defecto.

Este perito entiende que constituye una lesión al derecho al Juez legal, toda decisión de alteración de la composición de una Sala que no responda a razones concretas y motivadas en atención al Magistrado cesado, especialmente, su propia petición, su jubilación, enfermedad o permiso o la exigencia de responsabilidad. No puede ser admisible alterar la composición de una Sala, ante enjuiciamientos incluso públicamente notorios con la finalidad o la sospecha encubierta de garantizarse una decisión determinada o impedir otra que no desea el Consejo Ejecutivo penetrando en la independencia judicial. O, al menos, generar la sospecha al respecto, pues basta esa mera sospecha para que proceda la admisión de una queja por infracción del derecho fundamental mencionado.

Especialmente, debe declararse la nulidad del nombramiento de Magistrados no especialistas en derecho penal para esta Sala, ya que como ha manifestado el TC es la especialización la que justifica su existencia misma (Sentencia de 9 de agosto de 2006).

No es un problema que derive de la legalidad, pues la competencia del Consejo Ejecutivo no afecta al derecho mencionado, sino del uso que se hace por parte de dicho órgano, que debe ser controlado y analizado cada caso atendiendo a sus peculiares características y prohibiendo toda alteración no justificada en razones particulares.

Garantizada la inamovilidad, la Sala Penal Nacional constituiría un tribunal especializado plenamente respetuoso con el derecho al Juez legal. Porque, es claro y un riesgo para el sistema peruano que puede afectar a la validez de las resoluciones dictadas por la Sala Penal Nacional la conducta del Consejo Ejecutivo. Como perito entiendo mi obligación realizar esta advertencia cuya solución no exige modificar la ley, sino establecer normas que vinculen a dicho Consejo Ejecutivo al cumplimiento de las exigencias constitucionales derivadas del derecho al Juez legal.

Se anotan las siguientes sentencias de los Tribunales Supremo y Constitucional español, que vienen a ilustrar, por un lado, la constitucionalidad de la Sala Penal Especial en el ámbito del terrorismo y, por otro lado, las dudas que suscita el sistema de designación de los Magistrados que componen, en cada caso, sus diferentes Salas sin sujeción a inamovilidad y sin garantías, al menos aparentes, de imparcialidad o de independencia frente al Consejo Ejecutivo que actúa su competencia con escaso respeto al derecho al Juez natural del que la inamovilidad es requisito sustancial.

TS español, Sala Segunda, de lo Penal, S de 30 May. 2008

El principio constitucional de predeterminación legal del juez, derivación del que se conoce como principio del juez natural, responde a la finalidad de evitar la elección ad hoc de juez para el caso, efecto buscado mediante la distribución aleatoria de las causas entre los jueces en principio habilitados para conocer a tenor de las reglas generales de competencia.

TS español, Sala Segunda, de lo Penal, S de 10 Dic. 2003

Respecto al derecho al Juez predeterminado por la Ley se hace preciso recordar la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala en supuestos en los que se ha hecho semejante invocación.

....en el ATC de 7 de abril de 1997 se recuerda que constituye reiterada jurisprudencia de este Tribunal que el derecho al juez predeterminado por la Ley, recono-

cido en el art. 24.2 CE, configura la garantía de que el órgano judicial llamado a conocer del asunto haya sido creado previamente por la norma, esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motiva su actuación y de que su régimen orgánico no permita ser calificado de especial o excepcional (entre otras muchas, SSTC 47/1983, 148/1987, 39/1994 y 6/1997).

En la Sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1999 se declara que en modo alguno ha sido vulnerado el derecho al Juez predeterminado por la ley, en concordancia con la doctrina de la Sala, recordándose la sentencia de 20 de febrero de 1995 y del Tribunal Constitucional (cfr. Sentencias 64/1997, de 7 de abril, y 4/1990, de 18 de enero, en cuanto el derecho al Juez predeterminado por la ley «exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional». Y el mismo Tribunal Constitucional, en su Sentencia 193/1996, de 26 de noviembre, declara que el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del Juez «ad hoc», excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de ley en la materia (vid. STC 38/1991, con cita de otras muchas).

Y en la Sentencia también de esta Sala de 13 de enero de 1999 se declara que el conocimiento cierto con carácter previo a la iniciación de todo proceso penal de los órganos jurisdiccionales que han de intervenir en él es requisito necesario para dar satisfacción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE) cuyo contenido esencial viene integrado por tres pilares básicos: la prohibición de instituir órganos jurisdiccionales a no ser por una ley en sentido estricto, pero no necesariamente mediante ley orgánica (STC 95/1988, de 26-5 y 101/1984, de 8-11; la prohibición de Tribunales especiales, y la posibilidad de determinar con absoluta certeza el órgano llamado a resolver sobre un hecho delictivo desde el momento de su comisión. Estos criterios de generalidad y anterioridad constituyen la garantía de la inexistencia de Jueces «ad hoc» (SSTC 199/1987, de 16-12 y 47/1983, de 31-5 y prohíben la aplicación retroactiva de normas modificadoras de la competencia. El concepto de Juez ordinario predeterminado por la ley, a que se refiere el art. 24.2 de la CE, guarda, según recogen las SSTC 75/1982, de 13-12 y 4/1990, de 18-1), una innegable conexión con las cuestiones de competencia y puede quedar vulnerado cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente de la jurisdicción ordinaria y se atribuye a una jurisdicción especial. Cuando la disputa se centra en cuál debe ser el órgano jurisdiccional, al que, dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelve tal disputa, aunque pueda entenderse contraria a las normas procesales, no entraña por sí misma una vulneración del derecho constitucional garantizado.

TEDH, S de 29 Mar. 2001

Ciertamente, el artículo 5º, apartado 4 del Convenio, que consagra el derecho a presentar un recurso ante un Tribunal, no exige explícitamente que este Tribunal

sea independiente e imparcial, y difiere pues del artículo 6º.1 que habla especialmente de un Tribunal independiente e imparcial. Sin embargo, el Tribunal ha juzgado que la independencia representa uno de los elementos constitutivos más importantes de la noción de Tribunal que se encuentra en varios artículos del Convenio. El Tribunal estima que sería inconcebible que el artículo 5º apartado 4 del Convenio, que puede concernir a cuestiones tan sensibles como la privación de libertad de un enajenado, en el sentido del artículo 5º apartado 1 e), no contemple igualmente como condición fundamental la imparcialidad del Tribunal en cuestión.

Al pronunciarse sobre la imparcialidad de R.W. en el ejercicio de sus funciones de ponente, el Tribunal recuerda que la imparcialidad debe apreciarse según una vertiente subjetiva, en la que se determina la convicción personal del juez en la ocasión, y otra objetiva, dirigida a asegurar que se ofrezcan garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto.

En lo que concierne al criterio objetivo, se trata de determinar si, independientemente de la conducta personal del juez, existen ciertos hechos verificables, susceptibles de plantear dudas en cuanto a su imparcialidad. Hay que tener en cuenta especialmente al respecto, la organización interna de la jurisdicción concernida, bien entendido que el simple hecho de que los funcionarios resuelvan por razón de su experiencia particular, no puede someterles a caución en cuanto a la independencia e imparcialidad del Tribunal.

En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia. Va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, y especialmente a las partes en litigio. Debe así recusarse a todo juez del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Para pronunciarse sobre la existencia en un asunto determinado de una razón legítima para apreciar respecto de un juez una falta de imparcialidad, la óptica de las partes concernidas entra en cómputo, pero no juega un papel totalmente decisivo. El elemento determinante consiste en saber si las aprehensiones en cuestión pueden considerarse objetivamente justificadas.

TS español, Sala Segunda, de lo Penal, S de 18 Abr. 1995

4.º El «derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley», implica, ni más ni menos, que el Juez o Tribunal que debe conocer de un caso ha de ser previo, ordinario y no excepcional, y designado por una norma legal (TC S 55/1990 de 28 Mar.), exigiéndose concretamente y en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional, pero exige también, en segundo término, que la composición del órgano judicial venga determinada por la Ley y que, en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente para garantizar la necesaria independencia e imparcialidad (TC SS 47/1983 de 31 May., 44/1985 de 22 Mar. y 147/1987 de 28 Sep.) y cuya infracción surte efectos de inmediato, por lo que la misma ha denunciarse «cuando se produce» y no cuando recae la resolución que pone fin al proceso (TC S 30/1986 de 20 Feb.).

5.º No cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al «órgano» que a sus «titulares» dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos (TC S 47/1983 de 31 May.), y si bien, en un sentido muy amplio, el derecho al Juez predeterminado por la Ley», puede decirse que comprende el «derecho a recusar» a aquellos funcionarios en quienes se estime concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad, en realidad dicho derecho afecta al fundamental a «un Juez imparcial» que forma parte del «derecho a un proceso con todas las garantías (TC SS 164/1988 de 26 Ene., 11/1989 de 24 Ene., 138/1991 de 20 Jun. y 151/1991 de 8 Jul.).

TC español, Sala Primera, S de 12 Jun. 2000

Es cierto, como se hace constar en la demanda, que el contenido primigenio del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley consiste en que «el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional» (STC 47/1983, de 31 May., FJ 2, por todas). Más específicamente, se entiende que este derecho exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente, de manera que se garantice la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta, la cual quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse. Y aunque no quepa exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público —las llamadas «necesidades del servicio»— de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar su independencia e imparcialidad, que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario legalmente predeterminado (SSTC 193/1996, de 26 Nov., FJ 2; 238/1998, de 15 Dic., FJ 5; y AATC 108/1984, de 22 Feb., FJ 3; 343/1984, de 6 Jun., FJ 2; 138/1989, de 13 Mar., FJ 1; y 42/1996, de 14 Feb., FJ 2).

Sentado lo anterior, es preciso no olvidar que, como ha señalado este Tribunal en otras ocasiones (SSTC 238/1998, de 15 Dic., FJ 5, y ATC 419/1990, de 28 Nov., FJ 2), «esta garantía respecto de las personas físicas que encarnan el Tribunal llamado a juzgar la causa o litigio no vela por la pureza de los procedimientos gubernativos seguidos en la designación. Su finalidad es más modesta, y más importante: asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces que forman la Sala de justicia, evitando que se mantenga el Tribunal, pero se alteren arbitrariamente sus componentes.»

8. ¿La intervención de una sala superior o suprema integrada por magistrados con identidad reservada o secreta constituyó un vicio insalvable de nulidad del proceso penal abierto contra J?

Como antes se ha sostenido, los procesos llevados a cabo por tribunales «sin rostro» son nulos. No obstante, nulidad no implica, cuando de derechos procesales se trata, un vicio que impida un proceso posterior subsanado el defecto, sino la retroacción de las actuaciones al momento de la falta. La propia Comisión así parece entenderlo cuando exige que el nuevo proceso se tramite sin contar con las pruebas afectadas por los vicios procesales.

O, lo que es lo mismo, nulidad no significa la exclusión de toda actuación, sino exclusivamente de las afectadas por el vicio.

Y, en este sentido, siendo el vicio imputable sólo a los tribunales enjuiciadores, no es posible imputar el mismo defecto a la instrucción, que permanecería válida, al margen de las posibles ilicitudes probatorias, de existir y que compete al Estado resolver en su fuero interno y en el momento procesal oportuno.

9. ¿La anulación de una sentencia dentro de un proceso penal por delito de terrorismo implica una afectación a las garantías judiciales o al debido proceso?

La anulación de una sentencia, sea en el caso de un proceso por terrorismo, o lo sea en uno ordinario, no afecta a ningún derecho fundamental, siempre que derive de una decisión adoptada por el órgano competente y se haga en el marco de un recurso legalmente establecido. El derecho a los recursos es de configuración legal.

La sentencia de fecha 27 de diciembre de 1993, dictada por la Corte Suprema, se pronunció en el marco de un recurso de nulidad y decidió, en el ámbito de su competencia, anular la sentencia absolutoria al apreciar errores en la dictada en fecha 18 de junio de 1993 y entender que procedía un nuevo enjuiciamiento para su subsanación. El recurso de nulidad aparecía en el ACPP como una especie de recurso extraordinario, cuyo ámbito de conocimiento venía establecido legalmente y que la jurisprudencia ha integrado, siendo posible en su aplicación revisar los errores «in iudicando», si bien, por la propia especialidad del recurso, en estos casos no se procedía a emitir una nueva sentencia por la Corte Suprema, cual sucede en la casación, sino a retrotraer las actuaciones y remitirlas a otro tribunal a efectos de evitar prejuzgamiento. Una situación extraña, pero propia de un procedimiento, entonces vigente, en el

que no existía la casación y no procedía otra revisión que la de los errores «in procedendo».

No es éste el momento de analizar la constitucionalidad del recurso de nulidad, ni el mismo parece que pueda ser puesto en duda en términos generales, toda vez que, mediante la casación puede hacerse y llegarse al mismo resultado cuando la parte acusadora recurre, siendo posible modificar una sentencia absolviendo al condenado o condenando al absuelto. No es la casación, ni tampoco la nulidad un recurso constitucional, sino que, aun siendo extraordinario, puede entrar a resolver sobre la aplicación de la ley material y procesal e, incluso, en la valoración de la prueba. En todo caso, la regulación de los recursos es materia que compete a cada Estado y sólo viene impuesta en el proceso penal por el art. 14 del Pacto de Nueva York, la obligación de la doble instancia penal. Más allá de estas previsiones, los recursos se regulan por cada Estado como éste entienda que deba hacerlo, sin que exista excepción alguna a la posibilidad de revocación de sentencias absolutorias.

Más aún, en este caso, al no emitir la Corte Suprema un fallo condenatorio, ni siquiera se podría argumentar la infracción del principio de inmediación. Lo que se hace es devolver el asunto a otro tribunal para que vuelva a enjuiciar, de modo que tampoco se asegura una sentencia condenatoria por este último.

No se está, pues, aquí, ante un análisis de los efectos de la nulidad de los procesos, sino ante la viabilidad de que, mediante el recurso de nulidad, se anule una sentencia absolutoria, lo que, al margen de la composición del tribunal «sin rostro», al que ya nos hemos referido y que ha quedado subsanada, es plenamente legal y no cabe apreciar, pues, defecto constitucional alguno.

Una decisión contraria implicaría derogar un recurso existente aún en la legislación peruana, lo que no parece competencia de la Corte si el mismo no atenta a derechos fundamentales, lo que no sucede en el caso ni tampoco en la realidad. El recurso de nulidad es plenamente constitucional y su ámbito de conocimiento viene establecido legalmente.

En el caso la Corte actuó de forma plenamente respetuosa con la competencia y objeto del recurso de nulidad, no de manera especial, entendiendo que la decisión de la instancia era errónea y ordenando la repetición del juicio por otro tribunal. Lo permitía el recurso y se actuó, por tanto, en el marco de la legalidad interna de Perú.

10. ¿Se vulneró el principio de *ne bis in idem* en el proceso penal seguido y abierto contra J?

Ninguna violación cabe apreciar al principio «*ne bis in idem*» en el caso, toda vez que, como la propia Comisión parece admitir, la sentencia absolutoria de fecha 18 de junio de 1993 no alcanzó jamás firmeza al ser anulada por la Corte Suprema.

Los efectos materiales de la cosa juzgada, los negativos, sólo proceden de sentencias firmes y cuando se dan las identidades exigibles. Nunca de una sentencia que no alcanza dicha firmeza.

Para que procediera la infracción denunciada habría que aceptar que la sentencia de la Corte Suprema dictada en el recurso de nulidad fue nula, pero no la anterior y que dicha nulidad, pues, generó la firmeza de aquélla. Pero, como se ha dicho, no hay argumentos que justifiquen esta conclusión.

En primer lugar, porque la sentencia dictada en vía de nulidad fue válida en atención a los motivos evidenciados en el recurso. La nulidad de la misma sólo procedió por la composición del Tribunal y fue pronunciada en fecha 20 de mayo de 2003 por la Sala Nacional de Terrorismo. Y, en este momento mismo, se decretó la nulidad de la sentencia de instancia por iguales motivos en tanto la falta era idéntica. En este sentido, pues, la nulidad de la sentencia de la Corte no generó la firmeza de la sentencia de la instancia en tanto esta última fue anulada igualmente. Y lo nulo no puede alcanzar firmeza.

La nulidad fue decidida en un mismo acto y provocó idénticos efectos para ambas resoluciones.

11. ¿Alguna decisión durante el proceso penal abierto contra J podría ser contraria al artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

El art. 9 de la Convención garantiza los principios de legalidad, así como la irretroactividad de las normas no favorables. En su vertiente procesal se ha vinculado el caso a una infracción del derecho de defensa derivada de la aplicación de diferentes normas penales modificadas en el transcurso del proceso y que afectaron, entre otros extremos, al conocimiento de la imputación.

No se pueden compartir las denuncias formuladas, en tanto la información de la imputación no tiene un contenido determinado exigible que pueda ser equiparado a una acusación formal durante la fase de instrucción y ello porque esta fase, precisamente, sirve para determinar los hechos y la responsabilidad

de sus presuntos autores. En esta fase rige la regla de la divisibilidad, siendo lo esencial que la imputación, no estática, sea objeto de información sucesiva.

La imputación inicial y la que se va conformando exige contar con determinados elementos que impidan procesos prospectivos con afectación del derecho de defensa. Todo inculcado debe ser informado de la imputación a los fines de que pueda defenderse lo que implica, en la fase de instrucción, la de proponer actos de investigación e intervenir en los que se ejecutan a instancias del Juez o del Fiscal. Ese es el criterio que debe inspirar el contenido exigible a la imputación provisional, que contenga hechos o indicios y que los mismos se hagan con referencia a una norma penal. Y, evidentemente, nunca con carácter definitivo, en tanto, concluida la instrucción, la acusación puede variar en atención a lo investigado. Lo esencial será, si se producen modificaciones sustanciales, que las mismas sean comunicadas al imputado a los efectos de que pueda defenderse con anterioridad a ser acusado a los fines de evitar la acusación instando el sobreseimiento.

Como ha establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el imputado tiene derecho a ser informado de la imputación en la fase de instrucción a los fines de poder defenderse y de evitar, en su caso, el juicio oral, lo que no implica que en esta fase, no obstante, sea exigible una de iguales características que la propia del momento de la acusación, toda vez la característica dinámica de la misma y sus funciones:

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S de 11 May. 2011

«La doctrina de esta Sala, reiterada y pacífica establece que, según se afirma en la STC 152/1993, de 3 de mayo (LA LEY 2225-TC/1993), la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: b) en segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la «primera comparecencia», contemplada en el art. 789.4º LECrim (LA LEY 1/1882)

La información al sujeto pasivo del procedimiento penal acerca del objeto del mismo, en lo que pueda afectarle, constituye un elemento esencial para el ejercicio del derecho de defensa, tanto durante la instrucción como en el juicio, pero precisamente por ello tiene sus propios momentos y trámites procesales que no hacen recaer dicha función esencial sobre la resolución que acuerda la conclusión de la instrucción y apertura de la fase intermedia. Dichos momentos son: a) en

fase de instrucción, el traslado judicial de la imputación a la persona afectada, antes o en el momento de recibirle declaración como imputado, instruyéndole de sus derechos y facultándole para intervenir en la instrucción, pudiendo formular las alegaciones que estime oportunas para su defensa y solicitar cuantas diligencias estime pertinentes (art. 118 y 789.4º de la L.E.Criminal). Con ello se posibilita el ejercicio pleno del derecho de defensa, respecto de los hechos que han sido objeto de imputación judicial, durante la instrucción del procedimiento....

Es decir que el conocimiento de los hechos que configuran la imputación debe proporcionarse al imputado desde el comienzo de la instrucción, para que éste pueda ejercitar su defensa durante la misma...»

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S de 24 Oct. 2000

« b) en segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la «primera comparecencia», contemplada en el art. 789.4º L.E.Cr....»

TS, Sala Segunda, de lo Penal, S de 27 Jun. 2008

«Argumenta la STC 19/2000, 31 de enero (LA LEY 4145/2000), que de la amplia doctrina de este Tribunal sobre el derecho constitucional de defensa en el ámbito del procedimiento abreviado como correlativo al de ser informado de la acusación (STC 128/1993, de 19 de abril (LA LEY 2196-TC/1993), reiterada en las SSTC 149/1997, de 29 de septiembre (LA LEY 9936/1997), y 134/1998 (LA LEY 7796/1998), de 29 de junio, entre las más recientes) se desprende con claridad, en primer lugar, que la exigencia de que la acusación venga precedida por una previa imputación en la fase instructora (o de diligencias previas) pretende evitar que se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya otorgado la posibilidad de participación en dicha fase instructora, y facilita que la instrucción judicial siga asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim), imponiéndose una correlación exclusivamente subjetiva entre imputación judicial y acto de acusación. En segundo lugar, la garantía de la audiencia previa es consecuencia de la supresión en esta modalidad de procedimiento del auto de procesamiento e implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente del de designar Abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el art. 789.4 LECrim....».

— En la causa aparecen hechos determinados en los que se hace constar una concreta participación de «J» en hechos referidos al terrorismo. De la misma manera se relacionan tales hechos con tipos penales.

El dictamen Fiscal de acusación de fecha 29 de septiembre de 2005 no afecta en modo alguno al derecho de defensa, ni contiene una acusación abstracta, carente de soporte fáctico asentado sobre hechos típicos penales. Los hechos se corresponden con los tipos penales objeto de acusación, que es por delitos de terrorismo, contra la tranquilidad pública, la paz pública y apología previstos en los arts. 316 y 322 del C. Penal de 1991 y reformados por las sucesivas leyes dictadas en consonancia con los pronunciamientos constitucionales que obligaron a su adaptación. De la misma forma cabe valorar el auto de apertura del juicio oral de fecha 24 de enero de 2006.

Los posibles cambios en la legislación penal no implican en todo caso afectación al derecho de defensa. En primer lugar, porque la calificación jurídica de los hechos en la fase de instrucción no es definitiva, ni vincula a la acusación formal. En segundo lugar, porque ni siquiera el cambio de tipificación afecta al principio de legalidad si la nueva norma no tipifica hechos que no fueran delitos al momento de cometerse los hechos y menos cuando se reduce la penalidad.

Lo mismo cabe decir del principio de legalidad penal y así se pronunció el TC peruano en sentencia de fecha 3 de enero de 2003 en este punto, al considerar que los cambios en los tipos penales y en la ubicación de los delitos no afectan al principio de legalidad en tanto los nuevos no modifican sustancialmente los anteriores y vigentes al momento de comisión de los hechos o, en todo caso, reducen su aplicabilidad. En definitiva, los delitos previstos en el Código Penal contemplan los hechos típicos acusados englobando las conductas que ya se preveían en la época en que fueron cometidos los hechos y, en todo caso, reducen las previsiones normativas, lo que lleva, derechamente, a considerar respetado el principio de legalidad.

Ni en lo que afecta al derecho de defensa, ni en lo que se refiere a la legalidad, se ha producido lesión alguna del art. 9 de la Convención.

En todo caso, en concreto, habrá que analizar las normas que se comparen con los hechos y determinar si alguno de los cometidos no era delictivo en el momento de su realización, lo que es competencia del tribunal nacional en la sentencia o con anterioridad al acordar en su caso el sobreseimiento. No parece que sea así a la vista del pronunciamiento del TC citado, no obstante lo cual, la parte acusada podrá hacer valer sus alegaciones ante las instancias internas en lo que viene referido a un hecho que conforma la potestad jurisdiccional y que no es revisable, con anterioridad a su aplicación, por una instancia inter-

nacional. No puede la demandante trasladar a una Corte, cuya función es la constatación de la vigencia de los derechos humanos, lo que debe hacer ante los tribunales internos por formar parte de la legalidad ordinaria, con independencia de su derecho futuro a instar el correspondiente proceso internacional. No puede la demandante pretender un enjuiciamiento por la Corte prescindiendo del Estado peruano y no puede la Corte atribuirse estas funciones actuando como un tribunal ordinario desapoderando al Estado peruano de sus competencias.

En resumen, pues, hay que avanzar en el procedimiento a los efectos de proceder a analizar las normas sustantivas aplicables y relacionarlas con los hechos imputados, no obstante lo cual, cabe concluir que, procesalmente hablando, ninguna violación se ha producido del derecho de defensa en tanto la imputada fue informada adecuadamente de la imputación. Y, materialmente, tampoco se comparte en este dictamen que se haya podido infringir el principio de legalidad penal por el mero cambio legal, dado que los hechos típicos de la nueva legislación son más restrictivos que los anteriores.

Las resoluciones del Fiscal de fecha 29 de septiembre de 2005 y judicial de fecha 24 de enero de 2006, contienen suficientes elementos como para considerar posible la celebración del juicio oral, sin que el rechazo por parte de la denunciante de la realidad de tales imputaciones pueda implicar que las mismas sean insuficientes para ser enjuiciadas. Es algo que debe discutirse en el juicio oral y resolverse en sentencia.

Y, en fin, los posibles daños cometidos en el derecho a la información de la imputación o a la participación de la imputada en la instrucción, no son imputables al Estado peruano y no pueden ser ahora denunciados por quien, por propia voluntad dejó de comparecer en el proceso. Su decisión debe comportar las consecuencias propias de quien asume la rebeldía como situación procesal.

12. ¿La promulgación y aplicación de normas procesales penales de forma inmediata es una opción legislativa y jurisdiccional compatible con los estándares internacionales del debido proceso y las garantías judiciales, en particular, en la jurisprudencia comparada y de la Corte Europea de Derechos Humanos?

La aplicación del derecho procesal en el tiempo viene determinada por la regla «tempus regis actus» que significa que las normas aplicables en un proceso son las vigentes al momento de producirse los actos procesales que se realicen, al margen, pues, del momento de comisión de los hechos naturales o históricos.

En este sentido, en el proceso que se analiza, tras la anulación de todo lo actuado, se ha aplicado la normativa en vigor, no la anterior, lo cual es coherente con los estándares internacionales en su casi totalidad.

No es aplicable en el ámbito del derecho procesal la norma de la retroactividad de la ley más favorable, de modo que hayan de aplicarse las normas anteriormente vigentes cuando una posterior resulta más gravosa para el procedimiento.

Como excepción, sí es aplicable la retroactividad en materia de derechos fundamentales, en especial, en medidas cautelares en tanto se traducen en una anticipación de los efectos de la hipotética sentencia condenatoria. Por ejemplo, en materia de prisión provisional lo referido a los plazos de duración de la privación de libertad.

En cuanto a los problemas de derecho transitorio es la misma ley que reforma el sistema la que debe decidir la forma en que ha de aplicarse la nueva legislación en procesos en trámite. De esta forma puede optar por mantener la anterior y derogada, por aplicar íntegramente la nueva o por mantener la compatibilidad por fases o actos de ambas, siendo todas las soluciones posibles y legalmente admisibles en derecho.

Ningún reparo de ilegalidad cabe apreciar en el caso, toda vez que las nuevas normas han venido a superar restricciones más amplias, a amparar los derechos de los imputados.

Y, en todo caso, en el nuevo proceso se han aplicado las normas en vigor al momento de su incoación.

V | Modelo procesal de adaptación de la víctima menor en el proceso penal

Raquel Castillejo Manzanares
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela
Letrada. Jefa de Sección de Estudios e Informes Consejo General Poder Judicial

SUMARIO: 1. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LOS MENORES DE EDAD EN EL PROCESO JUDICIAL. 2. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD EN PROCESOS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. 2.1. PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA FUERA DE LOS SUPUESTOS DE MUERTE, INCAPACIDAD Y AUSENCIA DE LA PENÍNSULA. 2.2. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA. 2.3. PILARES ARGUMENTALES DE PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA. 3. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA COMO REGLA GENERAL EN EL PROCESO JUDICIAL CON MENORES DE CATORCE AÑOS O PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1. Fundamento de la protección especial de los menores de edad en el proceso judicial

En España, las políticas y servicios de atención y protección de menores no comenzarán su andadura hasta los años ochenta, tras la promulgación de nuestra Constitución. Cambios legislativos significativos serán la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras reformas de protección de menores. Tras ello, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, con relación al paso del menor por el proceso judicial, en su artículo 9 señala que las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. Todo ello debido a que, cualquiera que fuere la víctima, pero especialmente en los menores, el daño que se les causa no se agota con el delito, sino que se agrava frecuentemente tras su paso por el largo camino del proceso penal y su relación con el sistema policial y judicial, que en numerosas ocasiones incrementa el daño ocasionado dando lugar a lo

que se conoce como «*victimización secundaria*»¹, provocando situaciones de estrés, angustia, depresión o miedo. Una contribución de especial trascendencia lo suponen la participación en el proceso penal a través de diligencias de identificación del presunto autor del delito, la reiteración de sus declaraciones, exploraciones o exámenes médicos, o incluso, la publicación de datos o circunstancias que obren en la causa relativas a la víctima o al hecho delictivo.

En este contexto cabe destacar las víctimas menores que participen en actuaciones judiciales en el seno de un proceso, quienes son objeto de especial protección, debiendo tenerse en cuenta su nivel de desarrollo biológico, psicoafectivo y cognitivo, que determina una mayor necesidad de tutela por parte de todos los poderes públicos en los distintos aspectos de su vida social, y también en sus relaciones con el sistema judicial, quien deben prestar una destacada atención a sus preocupaciones y necesidades específicas². De esta manera, el párrafo 2º de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad establece que «*todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo*».

No podemos obviar que la intervención de la persona menor de edad en el proceso, en cualquier posición y ante cualquier jurisdicción, puede constituir una fuente de consecuencias negativas sobre sus derechos y bienes jurídicos, con mayor incidencia normalmente en el proceso penal. De ello se hacen eco los diferentes instrumentos internacionales, y así las Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a Niños Víctimas y Testigos de Delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución 2005/20, reconocen que «*los niños son vulnerables y requieren protección especial apropiada para su edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales*», y añade que «*las niñas son especialmente vulnerables y pueden ser objeto de discriminación en todas las etapas del sistema de justicia*».

1. Se entiende por victimización secundaria según SOTOCA, A., MUÑOZ, J.M., GONZALEZ, J.L, MANZANERO, A.L., *La prueba preconstituída en casos de abuso sexual infantil: desde la psicología jurídica*, La Ley, núm. 102, Sección Práctica Penal, Mayo-Junio 2013, La Ley 3024/2013, todos los efectos negativos adicionales que puede sufrir el menor durante su paso por el Sistema de Justicia. En relación a los menores víctimas de abuso sexual, el principal factor de victimización secundaria sería la sobreexposición del menor a distintas evaluaciones-entrevistas desde la eclosión de los hechos. De esta situación se derivan distintos efectos negativos: por un lado, la continua re-experimentación de emociones negativas asociadas a la vivencia traumática; y por otro, la sensación de descrédito, principalmente si sus declaraciones son fuertemente cuestionadas por la defensa del acusado, que afectará a su estima y favorecerá el mantenimiento o desarrollo de sentimientos de culpa. Ambas cuestiones interferirán con una evolución terapéutica positiva.

2. Vid. DELGADO MARTÍN, J., *Un proceso amigable y adaptado a las necesidades de las personas menores de edad*, en «La participación del menor en el proceso judicial», edición núm. 1, La Ley 12771/2021.

Desde el plano del Derecho Europeo, por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, también se trata de evitar la victimización secundaria, *«en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración de las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales»* —art. 24—.

También en el marco del Consejo de Europa, la Convención sobre la protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, que autoriza la declaración de la víctima ante el Tribunal sentenciador sin su presencia física y mediante el uso de las nuevas tecnologías.

A nivel nacional se ha creado por Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, un órgano consultivo con alta representación nacional, el Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas, el que tiene encomendada, entre otras funciones, asesorar sobre el funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito y promover la elaboración de protocolos de actuación.

Conscientes de la mayor vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes menores de 18 años, víctimas directas y/o indirectas en la comisión de un delito, para evitar la llamada victimización secundaria durante el procedimiento judicial se constituyó un Grupo de trabajo sobre ellos con el firme propósito de fijar unas directrices básicas, comunes al territorio nacional a fin de ofrecer a todas aquellas que acudan a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito «protección y cuidados especiales» y, en particular, «protección contra toda forma de abandono, crueldad y explotación.

A su vez, la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia³, y el papel atribuido en el apartado 4 de su artículo 9 a las OAVD como mecanismo de coordinación del resto de recursos y servicios de protección de las personas menores de edad, para garantizar el adecuado ejercicio de los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes en esta ley, ha compelido al Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas a la constitución de un grupo de trabajo para la actualización y mejora de la Guía de recomendaciones para la asistencia a las víctimas en el ámbito de la atención a las víctimas del delito en la infancia y en la adolescencia.

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

Y así es que el 22 de julio de 2022, el Pleno del Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas aprobó la creación de un grupo de trabajo para la actualización de la Guía de recomendaciones para las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y del Delito en el ámbito de la atención a las víctimas del delito en la infancia y la adolescencia, tras la aprobación de la LO 8/2021. Importante destacar a lo que a nuestro estudio afecta que las Oficinas son las encargadas de valorar si procede o no la conveniencia de emitir informe de especial vulnerabilidad, cuando la víctima del delito se halle en la franja de edad comprendida entre los catorce a los diecisiete años de edad inclusive. Y en él se tendrán en cuenta las siguientes premisas: a. Desaconsejará más de una exploración de la víctima, interesando que en la medida de lo posible se agrupen en una única actuación procesal diversas diligencias de investigación en unidad de acto (testimonio de la víctima menor de edad, examen físico y psicológico), reduciendo así el riesgo de victimización secundaria. b. Deberá especificar las peculiaridades del testimonio con respecto a cada niña, niño y adolescente, individualizando sus necesidades personales, y ello tras su evaluación y estudio por el personal de las Oficinas. Y c. Esa concreción será lo que justifique en cada caso la necesidad de la prueba preconstituida de prescindir del testimonio de la víctima en el acto del juicio o audiencia.

Especialmente difícil se muestra la situación de la víctima menor de edad en delitos contra la libertad sexual⁴, no sólo por el tipo de delito⁵ sino por el desarrollo del proceso para evitar su impunidad. Sobre ello se pronuncia el Tribunal Europeo de derechos Humanos en sentencia de 24 de mayo de 2016, & 47 y 48, caso Przydział v. Polonia *«El Tribunal observa que las disposiciones pertinentes del Derecho internacional y del derecho de la Unión Europea (apartados 29 a 32 supra) contienen recomendaciones sobre el procedimiento penal, en particular con miras a tener en cuenta la vulnerabilidad particular de las*

4. Según datos del Ministerio de Interior en su informe sobre delitos contra la libertad sexual: 2022, hubo 18.731 denuncias por delitos contra la libertad sexual; 8337 era la víctima un menor de 18 años. Pero preocupante también es que según el Instituto Nacional de estadística en 2022 ha aumentado en número de personas menores de edad condenadas por delitos sexuales.

Los instrumentos internacionales de referencia para la adopción de las medidas de protección de las personas menores de edad son el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre Ciberdelincuencia; así como la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021).

5. Se pone de manifiesto en el Preámbulo de la LO 10/2022, de 6 de septiembre que *«las violencias sexuales no son una cuestión individual sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada. Al mismo tiempo que se inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, niñas y niños que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal. Por ello, la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado».*

víctimas menores durante el proceso y a impedir que el niño sufra un nuevo perjuicio como resultado de la investigación.

El Tribunal tiene en cuenta las particularidades de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales. Este tipo de procedimiento se suele experimentar a menudo como una dificultad para la víctima, especialmente cuando ésta se enfrenta a su voluntad con el acusado. Estos aspectos son tanto más relevantes en asuntos que impliquen un menor. Para apreciar si un acusado ha tenido o no un juicio justo en ese tipo de procedimientos, debe tenerse en cuenta el derecho de la presunta víctima al respeto de su vida privada. En consecuencia, el Tribunal admite que, en los procedimientos penales relativos a la violencia sexual, se adopten determinadas medidas para proteger a la víctima, siempre que dichas medidas puedan conciliarse con un ejercicio adecuado y efectivo de los derechos de la defensa. Ello subraya la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos del acusado y los derechos del menor presentado como víctima. Para garantizar los derechos de la defensa, las autoridades judiciales pueden ser llamadas a adoptar medidas que compensen los obstáculos a la defensa».

Tan complicado es y tan delicado resulta el cuidado del menor que existe actualmente un Plan de Acción para el impulso del modelo Barnahus⁶ en España que se enmarca en el proyecto conjunto de la Unión Europea y el Consejo de Europa «Fortalecimiento de la justicia adaptada a la infancia a través de la cooperación y coordinación efectiva entre diferentes servicios Barnahus en las regiones de España», instaurado durante el período de 6 de julio de 2022 al 30 de octubre de 2024 por el Consejo de Europa en colaboración con el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, actual ministerio de Juventud e Infancia, y del Gobierno de España. Se busca con él garantizar que todos los niños y niñas víctimas de violencia, incluida la explotación y el abuso sexual infantil, se benefician de un acceso a la justicia amigable y de unos servicios de protección de la infancia reforzados en España y en sus Comunidades y Ciudades Autónomas. En el Plan de Acción, en concreto, se recogen las propuestas dirigidas a los poderes públicos de ámbito nacional, entre ellos, al servicio público de Justicia, el cual adquiere un carácter vertebral.

6. El modelo Barnahus nace en Reykavik, Islandia en 1998 para atender de manera integral, interdisciplinar y centralizada a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual. El modelo Barnahus aporta el carácter integral y especializado de la atención que ofrece a los niños, niñas y adolescentes afectados por la violencia sexual (VSI), así como a sus familias. Este modelo se ha implementado en Suecia (2006), Noruega (2007), Dinamarca (2007), Groenlandia (2011), Lituania (2015) y Hungría (2016), entre otros.

En 2020 vio la luz en Tarragona y hoy varias Comunidades han empezado a trabajar para instaurarlo en sus territorios, adaptándose en ellos de distintas maneras, en algunos lugares podrá atender únicamente a niños/as víctimas de algún tipo de violencia sexual, mientras en otros a las víctimas de cualquier forma de violencia.

Para ello, Barnahus trabaja de forma multidisciplinar e interdepartamental en la atención del menor víctima de agresiones sexuales, de forma que, para evitar el peregrinaje por hospitales, comisarías, juzgados..., son los profesionales los que se trasladan o contactan por medios telemáticos con la Barnahus, donde, con todas las garantías, tanto legales como de todo tipo, pueden desarrollar su tarea profesional en un entorno pensado para proteger y cuidar a la víctima menor de edad.

2. Pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tratamiento de la víctima menor de edad en procesos de delitos contra la libertad sexual

2.1. Preconstitución de la prueba fuera de los supuestos de muerte, incapacidad y ausencia de la península

El desarrollo de un proceso con víctimas menores de edad en delitos contra la libertad sexual, muestra tres vías principales para probarlos a fin de evitar su impunidad: los indicadores conductuales, la inspección médica y el testimonio de la víctima. Desde luego que las peculiaridades fenomenológicas del abuso sexual infantil hacen que su confirmación sea complicada porque los hechos, con carácter habitual, ocurren en la intimidad, no hay testigos visuales y las evidencias médicas no permiten la identificación del específico agresor. Es por ello que el testimonio de la víctima se revela como fundamental, y como resultados poco a poco se fue extendiendo la convicción de que era necesario buscar un punto de equilibrio, que permitiera proteger al menor víctima del delito, y evitar su victimización en el seno del proceso sin que las garantías procesales del acusado se vieran afectadas. En este marco la Ley 4/2005, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, vino a recoger la exigencia de evitar la victimización secundaria en la Administración de Justicia, en línea con los derechos consagrados en los arts. 2, 11, 13 y 17 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. El artículo 17 señalaba el deber de toda autoridad y funcionario de evitar la revictimización de los menores de edad a los que se les reciba declaración o deban testificar en juicio; su artículo 21 incide en la necesidad de que la toma de declaración de la víctima se practique sin dilaciones injustificadas el menor número de veces posible; sus artículos 25 y 26 se refieren a la necesidad de proteger especialmente a menores en sus declaraciones en fase de instrucción, contemplando a tal efecto la posibilidad de que sean grabadas para ser reproducidas, como prueba preconstituida, en el acto del juicio.

Pues bien, un instrumento adecuado para proteger a la víctima en la práctica de su declaración era la prueba preconstituida en fase sumarial practicada con

pleno respeto del principio de contradicción. A pesar de lo cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que la presencia en juicio de los testigos es una obligación legal ineludible, también en los casos de testigos menores víctima del delito. Sólo en casos muy excepcionales, de imposible o extremadamente difícil reproducción de la prueba en juicio, ha admitido el Tribunal Supremo la prueba preconstituida en la fase de instrucción o la posibilidad de evitar la presencia del menor en el plenario para acudir a la prueba indirecta o de referencia. Así como señala la STS 1229/2002, de 1 de julio *«el hecho de que a una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpatorias de testigos de referencia y no presenciales, da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal. Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que sólo puede entenderse desvirtuada mediante una prueba de cargo apreciada por el Tribunal competente en el acto del juicio oral y, por tanto, en condiciones de inmediación, el testimonio de referencia tropieza con la lógica dificultad que supone para el tribunal formar juicio no sólo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre la del testigo presencial en cuyo lugar aquél se subroga. Ello, no obstante, tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia de esta Sala han admitido la posibilidad de que la prueba testifical indirecta sustituya excepcionalmente a la directa, con la posibilidad de que su valor probatorio sea apreciado por el tribunal, cuando se acredite la imposibilidad material de que comparezca en el juicio oral el testigo presencial»*.

Es cierto, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo, que, en nuestro ordenamiento procesal, por regla general los medios de prueba con validez e idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el juicio oral, bajo los principios de inmediación ante el mismo tribunal que ha de juzgar; de contradicción entre las partes del proceso; y de publicidad. Y sigue diciendo que en lo relativo a la concreta prueba testifical, el artículo 702 LECr dispone que quienes están obligados a declarar *«lo harán concurriendo ante el tribunal»*. Y el art. 446 LECr, establece la obligación que el testigo que declaró en el sumario tiene que *«comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello»*. Excepcionalmente, sin embargo, cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite prescindir de su personal comparecencia en el propio juicio oral, sustituyéndola por otras soluciones. Así sucede, salvándose plenamente la inmediación, con la llamada prueba anticipada en sentido propio. Se admiten en el procedimiento ordinario por el art. 657 apartado 3, que, al regular los escritos de conclusiones provisionales, faculta a las partes para pedir que se practiquen *«desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión»*. Norma que en el procedimiento abreviado tiene su

correspondencia en los arts. 781.1 apartado tercero y 784.2. En uno y otro procedimiento la excepcionalidad se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. Pero también se admite, con sacrificio de la inmediación, en la prueba preconstituida o también llamada anticipada impropia. En ella la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. Se llame de una u otra forma este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio oral. Estos supuestos se dan en el procedimiento abreviado, y en el ordinario. En el abreviado se rigen por lo dispuesto en el art. 777 LECr según el cual *«cuando por razón de lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes»*. En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se hallan en el art. 448 y 449 LECr, cuyas exigencias son que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, o bien que el testigo al hacerle la prevención referido en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el tribunal competente cuando se cite para ello, manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la península. En definitiva, la imposibilidad se ha venido tradicionalmente ciñendo a los supuestos de muerte, incapacidad y ausencia de la Península.

En los supuestos en los que ha aceptado la preconstitución de prueba fuera de los casos enunciados, exige el órgano juzgador que resulte indiscutible el respeto a las garantías de contradicción. Así, en su sentencia de 10 de marzo de 2009, en la que trata un caso de abusos sexuales a una menor de 5 años. La Sala de Instancia fundamentó su declaración de hechos probados esencialmente en la diligencia realizada durante la instrucción en la que el Juez acordó practicar la exploración de la menor como prueba preconstituida, valorando la gravedad de los hechos, la edad de la niña, y la reticencia de los padres a someter a su hija a actuaciones procesales tendentes al esclarecimiento de los hechos. Es por ello que acordó la exploración como prueba preconstituida ordenando asegurar la contradicción de las partes y documentar la diligencia en la forma legal prevista. La exploración la realizó una psicóloga y en la sala adjunta, separadas por un cristal, estaban el magistrado-juez de instrucción, el Letrado de la Administración de Justicia, el letrado del imputado, el letrado de

la acusación particular y el Ministerio fiscal, quienes pudieron pedir las precisiones que tuvieron por conveniente en relación con cuanto había manifestado la menor. Todo fue filmado y recogido en el correspondiente soporte audiovisual. La diligencia así practicada fue en el día del juicio oral vista y escuchada por el tribunal juzgador, con intervención de las partes.

El Tribunal Supremo, aplicando la normativa comunitaria⁷ en orden a la protección de los menores víctimas de delitos, expone de manera precisa la doctrina procesal de la prueba preconstituida o prueba anticipada en sentido impropio que supone una excepción a las mínimas exigencias que deben reunir las pruebas testificales, esto es, que se practiquen en la fase del juicio oral amparadas por los principios de inmediación, contradicción y publicidad, incluyendo el testimonio de la víctima, para ser consideradas válidas, idóneas y suficientes como medios de prueba y así desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello validó el que se practicara la prueba preconstituida manifestando que la imposibilidad de su realización fue precisamente la preservación de la incolumidad psíquica de la niña, evitando los graves riesgos que para su estabilidad hubiese supuesto la exploración en la fase del plenario, amparándose no sólo en la aplicación de las normas de derecho interno, sino también de carácter internacional. Esta línea jurisprudencial se consolidó con el aval de un nutrido grupo de sentencias posteriores, así las SSTs de 8 de noviembre de 2012, de 20 de diciembre de 2013, de 9 de enero de 2013, de 5 de junio de 2013.

En este marco también se movió la Circular 3/2009, de la Fiscalía General del Estado sobre protección de menores víctimas y testigos, la cual tiene como propósito principal impulsar a través de las Fiscalías la implementación de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, sobre estatuto y protección de las víctimas en el marco europeo y de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, de reforma de la LECr en el ámbito de los menores víctimas y testigos. La Circular proclama que se hace necesario tomar en consideración los derechos y necesidades de los menores que son víctimas de delitos o actúan como testigos en los procesos penales, ya que la psicología muestra que la intervención de un niño en un juicio es vivida generalmente como una experiencia estresante potencialmente provocadora de efectos a largo plazo. Los menores pueden pade-

7. A partir de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, reforzada posteriormente por la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, señalando en su artículo 24.1.a) con relación a los menores de edad que «en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad pueden ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales». También son referenciales la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la exploración y el abuso sexual (Convención de Lanzarote), firmadas por España el 12 de marzo de 2009, así como las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, adaptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010.

cer una gran ansiedad antes, durante e incluso después de la celebración del acto procesal. Además, la confrontación ante adultos inculpados y las preguntas agresivas de las partes son las situaciones que más secuelas traumáticas pueden dejar en los niños.

Es por ello que entre las medidas concretas que promueve la Circular, destaca la conveniencia de no repetir las declaraciones de los menores en la fase de instrucción y promover la prueba preconstituida y los testimonios de referencia. Además, la Circular otorga especial importancia a la labor que han de desempeñar los expertos y, en especial, los psicólogos. Así, establece que los fiscales no solicitarán la declaración del menor cuando los expertos consideren que existe un riesgo psicológico.

La jurisprudencia del TEDH⁸ también acepta la validez de la prueba preconstituida, estableciendo determinados requisitos:

- a) Quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor
- b) Debe tener la oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual.
- c) Debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta a través del experto, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior, indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados.
- d) Para la incorporación del resultado probatorio preconstituido al juicio oral la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el tribunal del juicio pueda observar su desarrollo en el que se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.
- e) Exige también que en el mismo se acredite el presupuesto de la causa legítima que impida que allí sean oídos los menores.

2.2. Requisitos para la validez de la prueba preconstituida

La necesidad de protección del menor y de evitar su victimización secundaria en un proceso judicial y también el hecho de que el menor, cuando es de corta edad, pueda olvidar los hechos, modificar su recuerdo a medida que progresa

8. SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril 2007, caso W. contra Finlandia; o de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia.

su desarrollo madurativo o incluso alterar su relato por influencias externas, ha obligado a una adaptación de las decisiones judiciales.

Un hito al respecto lo supuso los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la primera sentencia fue la núm. 174/2011, de 7 de noviembre, en la que se señala que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio, que puede llevarse a efecto a través de un experto incluso evitando la confrontación visual con el acusado mediante dispositivos físicos de separación, la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia.

En similares términos se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 57/2013, de 11 de marzo *«El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. Hemos señalado ya que «en tales casos excepciones es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido inculpativo de las manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre; 153/1997, de 29 de septiembre; 12/2002, de 28 de enero; 195/2002, de 28 de octubre; 187/2003, de 27 de octubre; 1/2006, de 16 de enero). Como destacamos entonces, recogiendo los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los intereses de la víctima han de estar protegidos por cuanto «frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como una auténtica ordalía; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad».*

Y a partir de ahí, el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 28 de febrero de 2013 y de 21 de marzo del mismo año, identifica cuatro órdenes de presupuestos y requisitos que los tribunales deben tener en cuenta a estos efectos:

- a. Materiales. Que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral. En este sentido, cabe aludir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2015, en el que se señala que *«la previsión de imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral,*

exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores». Y sigue diciendo que «Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, porque tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a la ocurrencia de los hechos perseguidos».

- b. Subjetivos. Se hace necesaria la intervención del Juez de Instrucción.
- c. Objetivos. Se ha de garantizar la posibilidad de contradicción, para lo cual debe estar presente la defensa letrada del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio del testigo en la fase de instrucción. A este requisito se refiere expresamente la STS de 8 de junio de 2017, según la cual *«cuando se trata de menores, especialmente cuando según la denuncia han sido víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, es conveniente proceder a su exploración, en sede judicial, mediante el concurso de expertos, adoptando las necesarias medidas de protección, generalmente consistentes en realizar la exploración en sala independiente, con comunicación visual y de audio con la que ocupe el juez y las partes, y garantizando la posibilidad de contradicción, para lo cual es imprescindible dar a las partes la oportunidad de estar presentes y de efectuar las preguntas que consideren oportunas, siempre que sean consideradas pertinentes por el juez, a través del cual se trasladarán al experto para que las formule a la persona explorada en la forma que considere más conveniente. La Ley (art. 433 LECr) exige estas garantías para que, al tiempo que se protegen los intereses de la persona menor de edad, se asegure la eficacia de los derechos del imputado. De forma que la exploración deberá ser grabada por medios audiovisuales, y en el caso de que no resulte posible o procedente el interrogatorio de las víctimas en el plenario, deberá procederse a la visualización de esta grabación»*⁹.

9. STS de 4 de febrero de 2015 «ha estimado que la previsión de imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha compare-

- d. Formales. Debe introducirse en el acto del juicio el contenido de la declaración sumarial a través de soporte que la haya documentado, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECr, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y que sometida a la confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervengan en el juicio oral.

2.3. Pilares argumentales de preconstitución probatoria

Tras las aludidas sentencias del Tribunal Constitucional comienza a consolidarse en el Tribunal Supremo la doctrina sobre la admisión de la exploración de los menores como prueba preconstituida que permite en ciertos casos evitar su presencia en el juicio siempre que la exploración se practique con todas las garantías¹⁰. Así en su sentencia de 5 de junio de 2013, explicita que «la regla

cencia pueda ocasionar daños psicológicos a menores. Y más adelante, se dice que «cuando existan razones fundadas y explícitas, puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a la ocurrencia de los hechos perseguidos».

10. STS de 19 de enero de 2016 donde la exploración se practicó con personal técnico, dirigida por el juez instructor y en presencia del letrado defensor, levantándose la oportuna acta videográfica. El TS considera que la no convocatoria a juicio de los menores estaba más que justificada, pero cuestiona la validez de la denominada prueba preconstituida ya que o respetó el principio de contradicción, y señala que si el tribunal no consideró conveniente la asistencia de las menores a juicio debió arbitrar una solución alternativa razonable que equilibrase la posición del acusado en el juicio, por lo que aprecia déficits de defensa contrarios al derecho a un proceso con todas las garantías. En consecuencia, se anula la prueba preconstituida consistente en la exploración de las menores y se absuelve al acusado del delito de abusos sexuales.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2016 se declara la validez de la prueba preconstituida ya que la exploración fue más que justificada, pero cuestiona la validez de la denominada prueba preconstituida ya que no respetó el principio de contradicción, y señala que si el tribunal no consideró conveniente la asistencia de las menores a juicio debió arbitrar una solución alternativa razonable que equilibrase la posición del acusado en el juicio, por lo que aprecia déficit de defensa contrarios al derecho a un proceso con todas las garantías. En consecuencia, se anula la prueba preconstituida consistente en la exploración de las menores y se absuelve al acusado del delito de abusos sexuales.

En la STS de 21 de diciembre de 2016 se enjuició un delito de violación a una menor de 16 años de edad con ligero retraso mental, trastorno psicótico inespecífico y déficit de atención por hiperactividad. Los médicos forenses desaconsejaron su citación a juicio dada la posible victimización secundaria debido a la alta probabilidad de que la comparecencia de la menor la desestabilizara totalmente y llegara a provocar graves conductas autolesivas o autolíticas. Se practicó exploración en fase de instrucción como prueba preconstituida con intervención de las partes y pleno respeto de las garantías procesales. El TS declara la plena validez como prueba de cargo de la exploración practicada como prueba preconstituida.

El 25 de enero de 2017 el Tribunal Supremo admite la validez de la prueba preconstituida consistente en la toma de declaración de una menor que había sido sometida a un delito continuado de agresión sexual, practicada así por los costes que podría tener para su integridad psíquica.

En la STS de 29 de mayo de 2017 se conoce de un delito continuado de abusos sexuales a una menor de 8 años, en donde la defensa cuestionó en el recurso la exploración de la menor practicada como prueba preconstituida considerando que la técnica empleada por los expertos fue deficiente, fundamentalmente porque

genera debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal Sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa. Declaración del menor que ha de practicarse en el juicio con todas las prevenciones necesarias para proteger su incolumidad psíquica, expresamente previstas en la Ley...

Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos».

Ya es con la STS de 14 de octubre de 2015 donde se extracta y resume la doctrina legal y jurisprudencial, exponiendo que los pilares argumentales son:

- a. Existencia de una doctrina consolidada acerca de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se plantea la cuestión relativa a la declaración en el proceso de menores víctimas contra la libertad e indemnidad sexual, en atención a la necesidad de preservar la integridad psíquica del menor sin afectación de los derechos de defensa del acusado.
- b. El necesario respeto de las garantías procesales, esto es, necesariamente se han de respetar los derechos del acusado en el proceso ya que la justicia penal no puede obtenerse a cualquier precio, no avalándose el desplazamiento del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho que la víctima sea un menor de edad.
- c. La protección de las víctimas supone una matización a lo anterior, pues el proceso ha de contemplar medidas de protección a las víctimas en especial cuando se trata de menores.
- d. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado constantemente que la incorporación de declaraciones sumariales al proceso no lesiona los derechos del acusado siempre que exista causa legítima que impida la declaración en juicio oral y se respete el derecho de contradicción dando ocasión al acusado para contestar a los testimonios

se indujeron las respuestas de la menor y no se valoraron posibles motivos espurios. El Tribunal Supremo rechaza tales alegaciones de la defensa ya que consideró que la prueba se preconstituyó respetando todas las garantías del acusado y los requisitos que exige la ley y la jurisprudencia.

de cargo e interrogar a su autor en el mismo momento o con posterioridad. En particular y en lo que a menores víctimas de delitos sexuales se refiere, dado que la declaración del menor suele ser la única prueba directa, el centro de atención debe recaer sobre las garantías que han de rodear la declaración del menor y en la forma en que debe introducirse el debate en el juicio oral garantizando la protección de las víctimas y las garantías procesales (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril 2007, caso W. contra Finlandia; o de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia).

- e. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el valor probatorio de las diligencias Sumariales, por la que sólo se entienden válidas para enervar la presunción de inocencia, como regla general, las pruebas practicadas en el juicio oral, aunque se admiten excepciones que permiten conferir validez como prueba de cargo a la prueba preconstituida en fase sumarial bajo ciertos presupuestos y requisitos: a) Materiales, en cuanto exista causa legítima que impida reproducir la declaración el juicio oral; b) Subjetivos, para exigir la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos, que imponen garantizar la posibilidad de contradicción, para lo cual habrá de ser convocado el abogado del imputado; y d) formales, introduciendo el contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta.
- f. El concepto de imposibilidad de asistencia a juicio de menores víctimas de delitos sexuales con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, cuando sea previsible que dicha comparecencia en juicio puede comportar daños psicológicos, debe ser explícita y acreditada ordinariamente mediante un informe psicológico que alerte de un posible riesgo para los menores en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes, aunque salvaguardando siempre el derecho de defensa del acusado.
- g. La utilidad de la preconstitución probatoria obedece a razones no sólo victimológicas sino epistémicas que aconsejan dicha práctica, ya que se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de su contaminación, a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. Por otro lado, la intervención de un experto en la exploración tiene un valor especial y añadido, aunque resulta renunciable si el juez decide estar presente junto con las partes en el interrogatorio.

En resumen, la doctrina jurisprudencial relativa a la forma de practicar la audiencia al menor víctima de un delito se concreta en:

- a. Que la prueba se realice a través de un experto con formación adecuada.

- b. Evitar la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación, espejos unidireccionales, utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia).
- c. Si se quiere evitar la asistencia del menor al juicio oral, la audiencia que se le practique ha de ser grabada para que el órgano judicial pueda visionar su desarrollo.
- d. En garantía del respeto al principio de contradicción, a la defensa se le debe dar la posibilidad de presenciar dicha audiencia y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que considere necesarias para su defensa, bien en el momento de realizarse la audiencia, bien en un momento posterior.

3. La prueba preconstituida como regla general en el proceso judicial con menores de catorce años o personas con discapacidad

El tratamiento jurisprudencial de la prueba preconstituida en el proceso judicial en el que la víctima sea un menor provoca que la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia¹¹, suponga un punto de inflexión de cara a posibilitar que la ausencia física del menor víctima de un delito, acordada durante el desarrollo del plenario, sea reemplazada por su presencia virtual mediante la reproducción del soporte digitalizado en el que se contiene su testimonio prestado durante la fase de investigación¹². Con esta norma el recurso a la prueba preconstituida deja de ser excepcional en determinados supuestos¹³.

De hecho, como se explica en su Exposición de Motivos, la actuación policial se ha de regir por unos criterios de actuación obligatorios, entre los que cabe destacar como obligación, la de evitar, con carácter general, la toma de declaración a la persona menor de edad, salvo en aquellos supuestos que sea absolutamente necesaria. Ello lo enlaza con pactar como obligatoria, con la conse-

11. La norma entiende por violencia «toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital».

12. Vid. Sánchez Melgar, j., *Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021*, La Ley Derecho de familia, núm. 32, Sección A Fondo, Cuarto trimestre de 2021, La Ley 13403/2021.

13. En el artículo 35.2 del Convenio de Lanzarote se establece que «cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para que las entrevistas a la víctima o, en su caso, a un niño testigo de los hechos, puedan ser grabadas en vídeo y para que dicha grabación sea admisible como medio de prueba en el procedimiento penal, de acuerdo con las normas previstas en el derecho interno».

cuenta reforma de la LECr, la práctica de la prueba preconstituida por el órgano instructor, a fin de que el o la menor realice una única narración de los hechos ante el juez instructor, haciendo innecesario que lo haga con carácter previo o posterior a ese momento.

Es por ello que la Disposición Final primera está dedicada a la modificación de la LECr y el CC. Así se introducen los artículos 449 bis y ter, 703 bis, y se modifica el segundo párrafo del 707 y el 730 para el procedimiento ordinario, así como el 777.3 y 788.2 para el abreviado. En el primer precepto se regula la práctica de la declaración testifical como prueba preconstituida. Se refiere fundamentalmente a la posibilidad de practicarla por razones de urgencia que exijan la práctica inmediata, en cuyo caso se sustancia con un abogado de oficio expresamente designado al efecto, y a la documentación de las actuaciones, pues las mismas deben documentarse por soporte de grabación audiovisual, cuya calidad debe comprobar el letrado de la Administración de Justicia, y por acta sucinta autorizada por este. Por tanto, se trata de una regulación más detallada, que contempla el caso en que existe una situación de urgencia en la que no puede comparecer por cualquier causa la defensa del investigado, estableciendo la garantía de contradicción en la intervención de abogado de oficio, siguiendo el criterio aplicativo que se ha venido observando en estos casos. Por otra parte, se excluye el sistema de documentación por acta extensa, sin perjuicio que pueda acudir al mismo si es imposible la grabación audiovisual, y se refuerza la seguridad jurídica con la prescripción de que se compruebe la calidad de la grabación realizada y se extienda acta sucinta de la declaración autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia. Además, se exige básicamente el respeto al principio de contradicción en la práctica de la declaración, aunque cabe la ausencia de la persona investigada, siempre que hubiere sido debidamente citada y su defensa letrada se halle presente. Aunque también cabe excepcionar esto último, en cuanto se prevé que en los supuestos de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente al acto, se podrá sustanciar con el abogado de oficio expresamente designado al efecto¹⁴. En definitiva, este precepto hace mención expresa al principio de contradicción y a la necesidad de garantizar la defensa de todas las partes en el proceso.

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

Por su parte en los artículos 449 ter y el 777.3, relativos al procedimiento ordinario y abreviado respectivamente, se regula la obligatoriedad de la prueba preconstituida como instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son menores de catorce años o con discapacidad necesitada de especial protección. En efecto, se exige que cuando una persona menor de catorce años o con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir como testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral¹⁵, trata de seres humanos, contra la libertad o indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, el órgano judicial deba acordar practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de la prueba en el juicio oral, y los apoyos de los que pueda valerse el juez para llevar a cabo la misma, en concreto, los medios tecnológicos y los profesionales especializados. Ya no es necesario realizar un juicio de madurez por parte del juez de instrucción, y se establece de forma concisa el modo de realizar esa audiencia al menor y los apoyos de los que puede valerse el juez para llevar a cabo la misma, en concreto, los medios tecnológicos y los profesionales especializados. Para ello será preciso que la misma se realice con todas las garantías, esto es, garantizándose el principio de contradicción en la práctica de la declaración; con la asistencia de la persona investigada, no impidiéndose la práctica de aquélla si fue debidamente citada y su defensa letrada se halla presente, aunque también será posible la incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o que se realice sin ella por existir razones de urgencia para proceder inmediatamente, siempre y cuando el acto se sustancie con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

15. El párrafo primero del artículo 181.1 CP regula el tipo básico de agresión sexual a menores de dieciséis años en los siguientes términos: «El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años». A diferencia del derogado artículo 183 CP, la regulación operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, no distingue entre abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Esta circunstancia, unida al hecho de que el apartado segundo del artículo 181 CP prevea un subtipo agravado de agresión sexual a menores de dieciséis años en el que se castiga de forma más severa la realización de actos de carácter sexual cuando concorra alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178 CP, permite concluir que el tipo básico castiga supuestos en los que el menor haya prestado su consentimiento, aunque este sea considerado un consentimiento inválido o carente de relevancia jurídica.

El actual artículo 182.1 CP castiga la conducta consistente en hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos. Esta modalidad delictiva era regulada anteriormente en el párrafo primero del artículo 183 bis CP, que también tipificaba el hecho de determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual.

La LO 10/2022, modifica la descripción típica del delito de acoso sexual del artículo 184.1 CP ampliando su ámbito de aplicación objetiva. El artículo 184.1 CP exige que la solicitud sexual, para que sea delictiva, tenga lugar en el contexto de una determinada situación típica, habiendo ampliado las situaciones típicas en las que puede enmarcarse la solicitud sexual.

Los elementos a tomar en consideración son los siguientes:

- a. Persona menor de 14 años o con discapacidad necesitada de especial protección.
- b. Que deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de los citados en el precepto. Esta condición tanto se dará si el menor o discapacitado es víctima como si es un testigo de la agresión a un tercero.
- c. Que se trate de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo.
- d. Es precisa la decisión judicial pues la autoridad judicial habrá de acordar, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo 449 bis. Es decir, no hay margen para una decisión personalizada, en tanto que el precepto refiere «en todo caso» a los efectos de practicar la declaración mediante el sistema de preconstitución.
- e. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios. Por accesibilidad hemos de entender que tenga una buena audición y visión, lo que la ley encarga al Letrado de la Administración de Justicia, y los apoyos, tanto será personales como materiales.

Semejante prescripción la recoge en sentencias recientes el Tribunal Supremo, así en la de 10 de noviembre de 2022, que resuelve frente al recurso interpuesto por el hombre condenado por atentar de forma continuada, durante 4 años, contra la indemnidad sexual de su hija, en el que denuncia, entre otras cuestiones, la denegación por parte del tribunal de la práctica de la prueba testifical tal y como la defensa había propuesto, es decir, con presencia en el juicio oral de la menor, y no como fue admitida, mediante la reproducción y visionado de la exploración de la niña, realizada como prueba preconstituida, que *«este tema ha sido ya superado en virtud de la Ley 8/2021, de protección de la infancia, que ha fijado en varios preceptos la mecánica a seguir en estos casos ya que ya está en vigor para cualquier juicio oral, recogiendo el criterio que ya se ha mantenido jurisprudencialmente de que las declaraciones de menores de edad es preferible que se lleven a cabo por prueba preconstituida, lo que ha sido declarado ex lege en virtud de los artículos 449 ter LECr..., art. 703 bis LECr..., art. 730.2 LECr...»*

... la clase es que en casos de menores de edad el tribunal podrá razonar que es válida la prueba preconstituida de la declaración del menor y en estos tér-

minos reproducirla en el plenario, para evitar que los menores de edad tengan que repetir lo expuesto en sede sumarial en prueba preconstituida perfectamente válida con arreglo a derecho mediante su elevación al plenario mediante la reproducción». Y así termina de forma contundente señalando que «Por ello, no se trata de que la parte tenga un derecho a instar que, pese a que exista prueba preconstituida, pueda exigir que el menor declare de forma presencial en el plenario. Esto no existía antes de la Ley 8/2021, de protección de la infancia, y mucho menos después de esta norma que categoriza perfectamente que los menores declaren como prueba preconstituida en casos como el que aquí nos ocupa, y no se adivina a entender cuál es el régimen excepcional que propugna el recurrente en virtud de cual vez era exigible que la menor declarara otra vez en el plenario».

El Tribunal Supremo así quiere dejar claro que a partir de la entrada en vigor de la LO 8/2021, ha cambiado el régimen de excepcionalidad de esta materia para los menores de 14 años. Al respecto cabe también mencionar la STS de 8 de noviembre de 2022, según la cual *«las modificaciones de la ley procesal adoptadas en la LO 8/2021, de 4 de junio, invierten la naturaleza de la excepción de la obligación de declarar en el juicio oral. En la nueva redacción no se dispone la obligación de declaración del menor, salvo que solicitada se entendiera que era debidamente justificada en el caso concreto».*

Al órgano judicial se le permite decidir si acuerda que dicha audiencia al menor se practique a través de equipos psicosociales, a efectos de que apoye al tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes podrán trasladar a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas, quien se las facilitará a las personas expertas, una vez realizado el oportuno control de pertinencia y utilidad.

Tras la audiencia del menor, las partes podrán interesar aclaraciones al testigo. Las declaraciones siempre serán grabadas y el juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Si la persona investigada estuviere presente en la audiencia, se habrá de evitar su confrontación visual con el testigo, para lo que se podrá utilizar cualquier medio técnico. Al respecto manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de febrero de 2022 que, tras examinar la validez de la prueba preconstituida de la declaración de los menores de edad en procedimientos en los que tiene la condición de testigos y de víctimas de actos contra su indemnidad o libertad

sexual, confirma la condena del recurrente por un delito continuado de abusos sexuales a menor de 13 años, no apreciando la indefensión alegada por el recurrente por el hecho de que, aunque la declaración de la víctima en fase de instrucción se recogió en presencia del letrado de la defensa y de dos peritos psicológicos, se hizo sin confrontación visual entre el testigo y la defensa, sin que pudiera preverse que la testifical no fuera a practicarse en el acto del juicio oral, ya que argumenta la Sala que el art. 449 ter LECr introducido por LOPIVI, establece la obligación de la preconstitución probatoria de cualquier testimonio emitido por un menor impúber con la garantía de que su práctica sea contradictoria, evite la confrontación visual con el investigado y se desarrolle con el apoyo técnico de equipos psicosociales.

En estos supuestos, y en el marco únicamente del procedimiento ordinario, la autoridad judicial, practicada la prueba preconstituida, sólo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto de juicio oral, con carácter excepcional, cuando, interesada por una de las partes, se considere necesario, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad. Esta intervención debe acordarse por el órgano de enjuiciamiento y debe entenderse que está condicionada su admisión a que pueda ocasionarse indefensión a la parte, de no acordarse la misma —art. 703 bis pár. segundo LECr—. En el ámbito del procedimiento abreviado, esta misma prescripción se introduce en el artículo 788.2 LECr, que se adiciona por la LO 8/2021, disponiendo que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 703 bis, en cuanto a la no intervención en el acto del juicio del testigo, cuando se haya practicado prueba preconstituida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 449 bis y ss.

Cabe plantearse si una vez practicada la prueba preconstituida es posible una nueva comparecencia en un momento posterior, solicitada a la vista del resultado de otras diligencias. Entra aquí en colisión el derecho de defensa con la protección que se pretende dispensar al menor de evitar su victimización secundaria. La respuesta debe ser afirmativa pues el derecho a la presunción de inocencia del investigado se encuentra concernido y no puede ser vulnerado de modo alguno, si a la vista de informaciones sustanciales obtenidas en la investigación se hace necesario realizar nuevas preguntas al menor. Al efecto se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. v. Finlandia, &56, «... *quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor y, debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior. Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, ha de observarse*».

En aquellos otros supuestos de menores de 18 años y mayores de 14, o bien de menores de 14 fuera de los casos de delitos comprendidos en el art. 449 ter LECr, la autoridad judicial podrá acordar la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida, la cual deberá desarrollarse de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 449 bis. En estos supuestos sería conveniente que, antes de tomar la decisión, solicite un informe al Equipo de asesoramiento técnico penal¹⁶ por si éste la considera adecuada.

En efecto, la previsión de la declaración personal de los menores de entre 14 y 18 años no impide que, conforme a los arts. 703 bis y 730.2 LECr, el Tribunal apruebe la sustitución de esta declaración en el plenario para la reproducción de la grabación audiovisual del testimonio recogido como prueba preconstituida durante la instrucción, pero habrá de ser por razones fundadas. Así bien, la condición de menor, mayor de 14 años, no supondrá descartar la práctica de prueba preconstituida cuando el grado de afectación de la víctima, la presencia de algún tipo de patología mental o stress postraumático importante lleve a considerar como probable una evolución desfavorable de modo que se pueda temer que, llegada la fecha del juicio oral, puede estar en peores condiciones de prestar declaración por presentar una cierta «incapacidad intelectual» para hacerlo —art. 448 LECr—.

Para los juicios orales tramitados mediante el procedimiento abreviado, el artículo 788 LECr dispone de una regla especial, que no supone nada más que la transposición de lo dispuesto en el art. 703 bis, en cuanto a la no intervención en el acto del juicio del testigo, cuando se haya practicado prueba preconstituida de conformidad con lo dispuesto en los arts. 449 bis y ss.

En este sentido, la STS de 22 de febrero de 2022 afirma que existe una doctrina jurisprudencial consolidada que se sintetiza en la necesidad de preservar la integridad psíquica del menor sin perjudicar los derechos de defensa del acusado. Doctrina que era resumida por la STS núm. 70/2013, de 5 de junio en la siguiente forma: *«En los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse excepcionalmente concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral, y en consecuencia que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías.*

16. Los equipos de asesoramiento técnico penal dan respuesta a las demandas oficiadas por los órganos judiciales de dicha jurisdicción y les facilita la toma de decisiones mediante la elaboración de informes en los cuales, al margen de la información pertinente, se hacen constar valoraciones, conclusiones y/o propuestas técnicas en relación a los encausados, las víctimas y los testigos implicados en un procedimiento penal. Son equipos distribuidos territorialmente y formados por profesionales de la psicología y el trabajo social especializados en el ámbito judicial, concretamente en la realización de periciales psicológicas, sociales y psicosociales.

Los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores.

Pero, en estos casos, debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción, en cuyo desarrollo se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias».

En cualquier caso, en estos supuestos la regla general es la declaración personal en el acto del juicio, siendo excepcional el que el juez acuerde su práctica como preconstituida en la instrucción.

De cualquier forma, cuando tenga lugar la declaración personal en el juicio, la previsión de evitar la confrontación visual con el ya encausado igualmente se contiene en el párrafo segundo del art. 707 LECr, siempre que ello resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para él puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia.

Finalmente, y cualquiera que fuere el testigo, cuando en la fase de instrucción se haya practicado como prueba preconstituida la declaración del testigo, se habrá de proceder a efectos de su valoración como prueba en la sentencia, a instancia de parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con lo dispuesto en el art. 730.2 LEC, sin que sea necesario la presencia del testigo en la vista —art. 703 bis—.

VI | Corte Penal Internacional: cuestiones sobre los principios de oportunidad e intangibilidad de la cosa juzgada

Luis Andrés Cucarella Galiana¹
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRINCIPIO DE UNIDAD DE JURISDICCIÓN Y CPI. 2.1. INTRODUCCIÓN. 2.2. JURISDICCIONES ESPECIALES Y ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL. 2.3. TITULARIDAD DE LA JURISDICCIÓN. 2.3.1. En el ámbito interno. 2.3.2. En el ámbito internacional: unidad de Jurisdicción y CPI. 3. PRINCIPIO DEL JUEZ LEGAL O PREDETERMINADO. 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS PARA LA CREACIÓN DE TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES. 3.2.1. Introducción. 3.2.2. Creación en virtud de un tratado. 3.2.2.1. Tribunal penal militar internacional de Núremberg. 3.2.2.2. La CPI. 3.2.3. Creación en virtud de resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. 4. IMPACTO DE LA REGULACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL EN PRINCIPIOS PROCESALES DE INTANGIBILIDAD DE LA COSA JUZGADA Y OPORTUNIDAD. 4.1. INTRODUCCIÓN. 4.2. EN RELACIÓN CON LA COSA JUZGADA. 4.2.1. Competencia de la CPI desde un punto de vista objetivo. 4.2.2. Carácter complementario: posibilidad de juzgar hechos ya resueltos en sentencia firme interna. 4.3. LEGALIDAD, NECESIDAD Y OPORTUNIDAD CRIMINAL. 4.3.1. Tipificación delictiva. 4.3.2. Oportunidad criminal. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

En el presente capítulo pretendemos analizar dos aspectos básicos relacionados con el enjuiciamiento internacional de crímenes de guerra, contra la humanidad, de agresión y genocidio. Para ello vamos a prestar atención a cómo se inserta la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) en la articulación constitucional del Poder Judicial en España. En este sentido, es preciso que analicemos los principios sobre la base de los cuales se estructura ese poder del Estado en el ordenamiento jurídico español, sobre todo, en lo relacionado con la proclamación constitucional del principio de unidad de Jurisdicción y juez

1. Me sumo con este capítulo al merecido homenaje al querido Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas. Sirvan estas líneas y la investigación que comparto, de reconocimiento y gratitud por sus enseñanzas.

legal o predeterminado. En ese contexto, analizaremos los mecanismos jurídicos a través de los cuales se han creado los tribunales penales internacionales y en definitiva, el que permitió el nacimiento de la CPI.

Posteriormente, prestaremos atención a aspectos relacionados con la cosa juzgada y su intangibilidad, en la medida en que la regulación internacional permite que lo resuelto en sentencia nacional firme, pueda ser juzgado de nuevo, bajo determinadas circunstancias, por la CPI.

Una vez realizado dicho estudio, nuestra atención estará dirigida a identificar en qué medida es posible que el principio de oportunidad pueda condicionar la persecución internacional de los delitos mencionados más arriba.

2. Principio de unidad de jurisdicción y CPI

2.1. Introducción

El artículo 117.5 de la Constitución española (CE) indica que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales²». La introducción de este principio en la CE puede comprenderse si atendemos a razones históricas, sobre todo, dada la situación inmediatamente anterior al año 1978³. Con su proclamación, se aspiraba a garantizar la independencia judicial, limitando la libertad del legislador ordinario a la hora de configurar los órganos jurisdiccionales. Por un lado, la CE excluye la posible creación de jurisdicciones especiales distintas a las admitidas expresamente en la CE. Por otro, y dentro de la Jurisdicción ordinaria, se impone al legislador la obligación de que todos los jueces y magistrados integrantes de estos órganos, tengan un mismo estatuto jurídico y que estén sometidos al gobierno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)⁴. Es decir, con la proclamación de este principio pretenden unificarse las garantías de la independencia judicial en los órganos que forman parte del Poder Judicial.

2. Sobre este principio de la Jurisdicción, ORTELLS RAMOS, M., «Introducción al Derecho Procesal» (con BONET NAVARRO, J.; MARTÍN PASTOR, J.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; BELLIDO PENADÉS, R.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Thomson Reuters Aranzadi, 9ª edición, 2019, págs. 87-95.

3. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Notas sobre las jurisdicciones especiales*. Revista de Derecho Procesal 1971, págs. 7-25; MONTERO AROCA, J., *Unidad de jurisdicción y tribunales especiales*, en *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona 1981, págs. 5-71; ORTELLS RAMOS, M., (et. al.), *op. cit.* pág. 90.

4. El art. 117.1 CE proclama que «la justicia emana del Pueblo y administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

Por su parte, el art. 122.2 CE dispone que «el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo (...)».

2.2. Jurisdicciones especiales y especialización judicial

Con el objeto de facilitar la comprensión de lo que estamos sosteniendo, brevemente nos gustaría desarrollar las dos consideraciones introductorias que acabamos de exponer.

Por un lado, como hemos indicado, la proclamación del principio de unidad jurisdiccional impide la creación de jurisdicciones especiales al margen de las que tienen reconocimiento constitucional. Dichas jurisdicciones en España son:

- a) La Jurisdicción Constitucional, atribuida al Tribunal Constitucional (Título IX CE, arts. 159-165), regulado en la Ley Orgánica (LO) 2/1979, de 3 de octubre. Este Tribunal es el intérprete supremo de la CE, controla la constitucionalidad de las leyes y garantiza el respeto a los derechos fundamentales⁵.
- b) La Jurisdicción contable, atribuida al Tribunal de Cuentas (art. 136 CE), que se constituye como el órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público. Este órgano se encuentra regulado en la LO 2/1982, 12 mayo, del Tribunal de Cuentas⁶.
- c) La Jurisdicción Militar (art. 117.5 CE). Esta jurisdicción especial está regulada en la LO 4/1987, 15 julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. La competencia de estos tribunales se limita al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio⁷.
- d) El Tribunal del Jurado (art. 125 CE), desarrollado por la LO 5/1995, de 22 de mayo. Como indica la CE, el jurado queda limitado al enjuiciamiento penal de aquellos delitos que la ley determine⁸.
- e) Los tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 125 CE), en concreto, Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia⁹ (art. 19.3 LO 6/1985, 1 de

5. Sobre la misma, DÍAZ REVORIO, F. J., «Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007», en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009, Madrid, págs. 81-108; CUCARELLA GALIANA, L. A., «La Justicia Constitucional en España», en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo III, volumen I. VC editores, Colombia, 2012, págs. 32-55.

6. Sobre este Tribunal, DE VEGA BLÁQUEZ, P., «La configuración Constitucional del Tribunal de Cuentas en España», en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 1, México, 1999, págs. 215-240; MEDINA, J., «La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», *Análisis local*, núm. 49, 2003 (Ejemplar dedicado a: Los controles de la gestión económica local), págs. 51-58.

7. Sobre esta Jurisdicción, DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de Derecho: garantías constitucionales y organización judicial*, Universidad de Alicante, 2003.

8. Sobre este tribunal, GIMENO SENDRA, V., «El jurado y la Constitución», *La Ley*, Madrid, núm. 2, 1985, págs. 1042-1048; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., «La L.O. 5/1995, del Tribunal del Jurado: sus avatares legislativos y post-legislativos», *Justicia*, Barcelona, núm. 1, 1996, págs. 139-144.

9. Sobre este tribunal, CUCARELLA GALIANA, L. A., *El principio de contradicción y su proyección en el proceso seguido ante el Tribunal de las Aguas de Valencia*. «El Tribunal de las Aguas. Claves jurídicas». Diputación de

julio, del Poder Judicial (LOPJ); el Consejo de los Hombres Buenos de Murcia, conforme a la modificación del artículo 19 LOPJ operada por la LO 13/1999, de 14 de mayo¹⁰; Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela y Pueblos de su Marco y Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia de l'Horta d'Aldaia (art. 19. 5 y 6 LOPJ conforme a la modificación operada por LO 10/2021, 14 diciembre).

La segunda consideración realizada anteriormente y que debemos tener en cuenta es la necesidad de que todos los integrantes del poder judicial tengan un mismo estatuto jurídico y estén sometidos al gobierno del CGPJ. Al respecto, queremos añadir que respetando estas exigencias, el legislador ordinario goza de libertad para la configuración legislativa del poder judicial en España¹¹. Que la Jurisdicción sea única, no es incompatible con la existencia de una pluralidad de órganos jurisdiccionales. No obstante, a todos ellos se les atribuye la potestad jurisdiccional por igual. La existencia de los límites apuntados en cuanto a la configuración de la Jurisdicción ordinaria no excluye que el legislador, respetándolos, goce de libertad para fijar la estructura de la organización judicial, estableciendo qué órganos son unipersonales o colegiados, y cuáles se adscriben a uno u otro orden jurisdiccional¹². Si la Jurisdicción es indivisible, sí puede dividirse el ámbito en el que ésta se desarrolla, ya sea por la materia, o por el territorio. En definitiva, el principio de unidad jurisdiccional no excluye la especialización de los juzgados y tribunales¹³. Al respecto, por ejemplo, podemos citar la existencia de los Juzgados de lo Mercantil¹⁴ o de Violencia sobre la Mujer¹⁵.

Valencia 2014, págs. 287-305; FAIRÉN GUILLÉN, V., «El proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 22-3, 1975, págs. 289-387; FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)*. Segunda edición, corregida y aumentada. Valencia 1988; MASCARELL NAVARRO, M. J., «El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana», *Derecho y Opinión*, núm. 5, 1997, págs. 309-339; MASCARELL NAVARRO, M. J., «El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su proceso jurídico», *El Tribunal de las Aguas de Valencia*, (con TARÍN y SALA), Javier Boronat, Valencia, 2ª ed., 2010, págs. 3-47.

10. Sobre la vigencia del principio de unidad de Jurisdicción y el Tribunal de las Aguas, FAIRÉN GUILLÉN, V., «El principio de la unidad jurisdiccional y el Tribunal de las Aguas de Valencia», *Revista de la Administración Pública*, núm. 85, 1978, págs. 9-28.

11. Véase al respecto, ORTELLS RAMOS, M., (et. al.), *op. cit.*, págs. 91-92.

12. ORTELLS RAMOS, M., (et. al.), *op. cit.*, pág. 91.

13. *Ibidem*, pág. 91.

14. Al respecto, puede verse, PICÓ I JUNOY, J., «Los Juzgados de lo Mercantil». *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 103, núm. 4, 2004, págs. 1017-1030.

15. Sobre los mismos, PILLADO GONZÁLEZ, E., «La competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la mujer: estudio jurisprudencial». *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 27, 2007, págs. 191-221.

2.3. Titularidad de la jurisdicción

2.3.1. *En el ámbito interno*

Por otro lado tenemos que añadir que la configuración del Estado español como un Estado autonómico y la proclamación constitucional del principio de unidad jurisdiccional nos lleva a detenernos en una serie de consideraciones que consideramos de interés.

Ya hemos señalado que el legislador ordinario tiene libertad para organizar el Poder Judicial, siempre y cuando no cree jurisdicciones especiales. Así, dentro de la Jurisdicción ordinaria, puede crear los órganos que considere, ya sean colegiados o unipersonales, y puede adscribirlos al orden jurisdiccional que quiera. Sin embargo, el artículo 152.1 CE, en la medida en que exige que un Tribunal Superior de Justicia culmine la organización judicial en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, impone una exigencia al legislador ordinario que no puede eludir¹⁶. Pero por otro lado, la proclamación constitucional del principio de unidad jurisdiccional también repercute en la determinación de la titularidad de la Jurisdicción, siendo el Estado y no las Comunidades Autónomas (CCAA). En este contexto, debe ubicarse el artículo 149.1.5ª CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «Administración de Justicia». La delimitación de lo que forma parte del núcleo esencial de la Administración de Justicia ha de venir de la mano de la LOPJ, de modo que en ningún caso pueda atribuirse a las CCAA. Así, esta ley debe deslindar las competencias entre el CGPJ y el poder ejecutivo, de modo que las CCAA solamente pueden asumir las competencias atribuidas a éste, en concreto, la «administración de la Administración de Justicia».

2.3.2. *En el ámbito internacional: unidad de Jurisdicción y CPI*

Del artículo 1.2 CE se deduce que «ningún poder fuera del Estado puede configurar una Jurisdicción que tenga eficacia en el ámbito de la soberanía española¹⁷». Ahora bien, nada impide que al amparo del artículo 93 CE pueda celebrarse un tratado internacional que «atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencia derivadas de la Constitución».

Al amparo de estas disposiciones normativas se ha reconocido jurisdicción en España a determinados órganos supraestatales. Así ocurre, por ejemplo, con el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, en el caso que

16. REVERÓN PALENZUELA, B., *Poder Judicial, unidad jurisdiccional y Estado autonómico*. Comares 1996, págs. 179-250.

17. ORTELLS RAMOS, M., (et. al.), *op. cit.*, pág. 88;

nos ocupa, es interesante señalar que España aprobó la LO 6/2000, de 4 de octubre, con la que se autorizaba la ratificación del Estatuto de la CPI. El Instrumento de Ratificación del Estatuto de la Corte fue publicado en el Boletín Oficial el Estado el 27 de mayo de 2002¹⁸.

3. Principio del juez legal o predeterminado

3.1. Introducción

La constitucionalización de este principio se prevé en tres preceptos¹⁹. Por un lado, el artículo 24.2 CE dispone que «todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley²⁰». Por su parte, el artículo 117.3 CE indica que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional (...) corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes según las normas de competencia (...) que las mismas establezcan», añadiendo, el apartado 6, que «se prohíben los tribunales de excepción».

Como ha subrayado la doctrina²¹, el principio del juez legal presenta una doble manifestación. Así, por un lado, «es un principio constitucionalmente formulado que proyecta su influencia sobre la organización de tribunales y atribución de competencia a los mismos», pero por otro, es un derecho fundamental de toda persona.

No vamos a entrar a analizar todas las implicaciones derivadas de la vigencia de este principio. No obstante, queremos detenernos en el análisis de la que consideramos más interesante relacionada con la existencia de la CPI. En concreto, nos referimos a la necesidad de que los órganos jurisdiccionales preexis-

18. En el apartado V de la Exposición de Motivos de esta LO se afirma que «el concurso activo en la creación de la Corte Penal Internacional es, así, una oportunidad histórica para reiterar la firme convicción de que la dignidad de la persona y los derechos inalienables que le son inherentes constituyen el único fundamento posible de la convivencia en cualesquiera estructuras políticas, estatales o internacionales».

19. Sobre este principio, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. Jurisdicción y competencia penal* (VV.AA). Cuadernos de Derecho Judicial 1996, págs. 13-58.

20. Al respecto, BONET NAVARRO, A., *Temas procesales en la Constitución*, en *Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*. Institución Fernando el Católico, 1981, pág. 106, afirma que el principio del juez legal «impone que cada ciudadano sepa en cada momento qué órgano jurisdiccional está llamado a juzgarlo en relación con cada asunto, con sólo leer las normas que establecen la competencia de los tribunales».

21. ORTELLS RAMOS, *op. cit.* pág. 101.

tan al asunto que van a juzgar²², pues se excluye la creación de órganos jurisdiccionales *ad hoc*²³.

3.2. Instrumentos jurídicos utilizados para la creación de tribunales penales internacionales

3.2.1. Introducción

Si prestamos atención a los antecedentes históricos que acabaron propiciando que naciera la CPI podemos destacar que se han utilizado básicamente dos mecanismos para la creación de tribunales penales internacionales. Por un lado, se hecho uso del mecanismo del tratado internacional y por el otro, se han adoptado por decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

La CPI como vamos a poner de manifiesto más adelante, nace fruto de la firma y ratificación de un tratado internacional. Hay que señalar que el tribunal que se constituyó tras el fin de la segunda guerra mundial para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y contra la humanidad en Núremberg, también nació fruto de un tratado. Sin embargo, las diferencias son evidentes. A ellas vamos a prestar atención a continuación. No obstante, para seguir un orden lógico, en primer lugar, nos referiremos al caso del Tribunal de Núremberg y posteriormente, a la CPI. Después analizaremos los supuestos en que un tribunal penal internacional se ha constituido a través de otro mecanismo. Nos referimos a los casos de creación de tribunales penales internacionales en virtud de decisión adoptada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas al amparo del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

3.2.2. Creación en virtud de un tratado

3.2.2.1. Tribunal penal militar internacional de Núremberg

El primer supuesto al que nos queremos referir es el caso del Tribunal penal internacional creado tras el fin de la segunda guerra mundial, en Núremberg.

22. Véase, GIMENO SENDRA, V., «La experiencia de los <juicios de Núremberg> y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional». *La Ley* 1998, núm. 1, págs. 1766-1768; PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.R., «Del juicio de Núremberg al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Estudios de Deusto* vol. 47, núm. 1, 1999, págs. 95-118.

23. En concreto, ORTELLS RAMOS, M., (at. Al.), *op. cit.* pág. 104 afirma que un tribunal de excepción implica «la creación de tribunales *ad hoc* o *ad personam*, con atribución a los mismo de competencia para enjuiciar un caso o a una persona, a pesar de que tal competencia ya correspondía a algún tribunal en virtud de un régimen preestablecido».

El 8 de agosto de 1945, las potencias vencedoras firmaron el Acuerdo para el enjuiciamiento de los criminales de guerra alemanes, de igual modo que definieron los delitos que serían competencia de dicho tribunal: crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad²⁴.

Así, el artículo 1 del Estatuto del Tribunal disponía que «de conformidad con el Acuerdo firmado el día 8 de agosto de 1945 por el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se creará un Tribunal Militar Internacional (de aquí en adelante «el Tribunal») para, aplicando los principios de justicia e intermediación, enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo».

El Tribunal estuvo integrado por cuatro jueces, designados por cada uno de los países vencedores (art. 2 del Estatuto). Por su parte, en el artículo 6 se concretó cuál era la competencia de dicho Tribunal: enjuiciamiento de crímenes de guerra²⁵, contra la paz²⁶ y la humanidad²⁷.

Si bien es cierto que se trató de la primera experiencia de un tribunal penal internacional, y se hizo en virtud de Acuerdo internacional, y sin duda, supuso un paso adelante, no puede dejar de estar exento de críticas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que dicho Acuerdo internacional tuvo un ámbito subjetivo muy limitado. Solamente participaron las potencias vencedoras y fue una imposición de éstas al Estado vencido. Se trataba, en este caso, de un tribunal militar. Es importante que destaquemos esta nota, en la medida en que el Acuerdo o tratado de creación de la CPI tuvo un mayor con-

24. Véase al respecto, URIOS MOLINER, S., «Antecedentes históricos contexto de la creación de la CPI», *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, et. al., (GÓMER COLOMER, J. L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; CARDONA LLORÉNS, J., coords.). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 33.

25. Dichos crímenes se definían así: «A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes».

26. Definidos de la siguiente manera: «A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados».

27. Definidos de la siguiente manera: «A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron».

senso internacional, marcando claramente las diferencias con el de creación del Tribunal penal internacional de Núremberg.

En segundo lugar, no hay que dejar pasar por alto que nos encontramos ante un tribunal creado *ex post facto*, por las potencias vencedoras para juzgar a la vencida. Las garantías de predeterminación y de independencia del tribunal no resultaron debidamente garantizadas. Fue un tribunal de vencedores, para juzgar actos de los vencidos, sin que entraran en el ámbito de competencia del mismo, las violaciones o crímenes cometidos por los vencedores²⁸.

Por otro lado, en tercer lugar, tampoco garantizó adecuadamente el respeto al principio de legalidad penal, en la medida, por ejemplo, procedió a tipificar unas conductas delictivas, como los crímenes contra la humanidad, para que el tribunal pudiera condenar por dichas conductas²⁹.

Esta experiencia fue tomada como referente para constituir el Tribunal Militar Internacional de Tokio en 1946. No obstante, en vez de crearse mediante tratado internacional como el de Núremberg, se creó por orden ejecutiva del general MacArthur de los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU)³⁰. Juzgó sobre los mismos crímenes que el tribunal de Núremberg, si bien, su composición fue más amplia. En concreto, estuvo integrado por «jueces nacionales de los once Estados que habían sufrido la agresión japonesa³¹».

3.2.2.2. La CPI

Entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, tuvo lugar en la ciudad Roma, una conferencia diplomática de plenipotenciarios de Naciones Unidas, en la que se discutió sobre la instauración de un Tribunal permanente internacional, llamado a juzgar los crímenes más graves de trascendencia internacional³².

28. Véase, URIOS MOLINER, S., *op. cit.*, pág. 35.

29. *Ibidem*, pág. 34.

30. Véase sobre estas consideraciones, *Ibidem*, pág. 35.

31. *Ibidem*, pág. 35.

32. Sobre los trabajos relativos a la Conferencia de Roma que condujo a la aprobación del Estatuto de la Corte, *Ibidem* págs. 54-59.

Las discusiones y los trabajos realizados fueron duros y en ocasiones, con bastantes desencuentros. Al respecto, debe tenerse presente que a dicha conferencia asistieron un total de 160 Estados, 20 organizaciones internacionales, 14 agencias especializadas de Naciones Unidas, y alrededor de 200 organizaciones no gubernamentales. Véase sobre estas cuestiones, *Ibidem*, pág. 54.

El Proyecto de Estatuto para la CPI finalmente fue sometido a votación secreta el día 17 de julio³³. Se aprobó por un total de 120 votos a favor, 21 abstenciones y 7 votos en contra. Si atendemos al resultado final, desde un punto de vista cuantitativo, puede decirse que el resultado de la votación fue realmente un éxito. En concreto, 120 votos a favor, frente a 7 en contra, lo evidencian. Sin embargo, no puede pasarse por alto un dato cualitativo de relieve. La votación fue secreta, sin embargo, los representantes de EEUU, China o Israel, desvelaron que habían votado en contra. Este dato es importante desde un punto de vista cualitativo, pues no debe olvidarse que tanto China como los EEUU son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Es cierto, como vamos a poner de manifiesto, que la CPI es un órgano independiente de Naciones Unidas. Sin embargo, no puede pasarse por alto las estrechas relaciones que hay entre la CPI y Naciones Unidas, sobre todo, con el Consejo de Seguridad.

Con todo, la aprobación del ECPI implicó un paso adelante en la historia de la humanidad. Ahora bien, para que entrara en vigor, era precisa la ratificación de al menos, 60 Estados. Así ocurrió el 1 de julio de 2002, fecha que determina, con carácter general, la competencia temporal de la CPI tal y como se regula en el artículo 11 ECPI³⁴.

En el preámbulo del ECPI se recogen las líneas generales que caracterizan al ECPI, las cuales vamos a proceder a ordenar.

Por un lado, en primer lugar, se destaca que los graves crímenes y atrocidades que se han cometido en la historia de la humanidad y que pueden volver a repetirse en un futuro, son una clara amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad³⁵.

33. *Ibidem* pág. 58, pone de manifiesto que, si bien la idea inicial es que fuera aprobado por consenso, la presión de los EEUU llevó a que fuera sometido a votación.

34. En este sentido, el art. 11.1 ECPI dispone que «la Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto».

El apartado 2 dispone que «si un Estado se hace Parte en el Presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer sus competencias únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12».

35. Así se pone de manifiesto en los párrs. 1, 2 y 3 del preámbulo, al afirmar que «conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento».

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres, hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad, Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (...). Estas previsiones se completan con lo previsto en el párr. 11 en el que se afirma que «decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica de forma duradera».

En segundo lugar, se indica que se aspira a que dichos crímenes no queden sin castigo y por lo tanto, debe evitarse la impunidad de sus autores³⁶.

En tercer lugar, se indica que el mecanismo por el que se opta es el de establecer una CPI, permanente e independiente. La forma de resolución de los problemas debe ser mediante el recurso a la heterocomposición, huyéndose de las formas de autotutela entre los Estados³⁷.

Y en cuarto lugar, se pone de manifiesto el carácter complementario de la jurisdicción de la CPI con las jurisdicciones nacionales en la persecución de estos crímenes. En este sentido, y por su interés, reproducimos el contenido del párr. 6 del preámbulo en el que se afirma que «es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales». Y en el párr. 10 se refuerza esta nota de complementariedad al afirmarse que «la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales».

3.2.3. Creación en virtud de resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

Este mecanismo fue utilizado en dos casos particulares. En concreto, para la creación de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda³⁸, con anterioridad al nacimiento de la CPI. En concreto, las guerras entre las antiguas repúblicas de Yugoslavia y los crímenes internacionales cometidos, así como los que tuvieron lugar en Ruanda, llevaron a Naciones Unidas a actuar con el fin de que los crímenes cometidos no quedaran impunes.

36. En este sentido, en los párrs. 4 y 5 del preámbulo se afirma que «afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes (...)».

37. Claramente estas ideas se desprenden de los párrs. 7, 8 y 9 del preámbulo, en donde se afirma que «reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas, Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado, Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (...)».

38. Véase, QUEL LÓPEZ, F.J., «Los efectos de la creación del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el orden interno español». *Revista Española de Derecho Internacional* 1994, págs. 61-98.

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al amparo del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, decidió la creación de un tribunal *ad hoc* para el enjuiciamiento de los crímenes y graves violaciones de Derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia. La misma decisión se toma, un año después, en relación con los crímenes cometidos en Ruanda³⁹. El primero de los tribunales tuvo su sede en La Haya; el segundo, en Arusha, Tanzania.

Creemos que pueden destacarse algunas cuestiones de interés sobre los mismos.

En primer lugar, nos volvemos a encontrar con tribunales *ad hoc*, creados para juzgar determinados hechos.

Por otro lado, es importante subrayar el mecanismo en virtud del cual se crearon: decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Es cierto que se barajaron otras dos opciones, tal y como pone de manifiesto la doctrina⁴⁰. Sin embargo, se consideró más efectiva la que finalmente se adoptó.

En tercer lugar, a diferencia de los tribunales de Núremberg y Tokio, los tribunales penales que ahora analizamos no eran militares.

Por otro lado, en cuarto lugar, en cuanto al delito de genocidio, no debemos olvidar que éste ya había sido regulado y previsto en la Convención de 1948. Por lo tanto, en este caso, se garantizaba la tipificación previa del delito.

4. Impacto de la regulación procesal internacional en principios procesales de intangibilidad de la cosa juzgada y oportunidad

4.1. Introducción

En este apartado queremos hacer referencia brevemente a los principios sobre la base de los cuales se estructura la actuación de la CPI⁴¹. Para ello, en

39. URIOS MOLINER, S., *op. cit.*, págs. 44-51.

40. *Ibidem*, págs. 46-47, el mecanismo del tratado internacional se descartó porque hubiera dilatado mucho en el tiempo la constitución de dichos tribunales, y por otro lado, porque requiere el consentimiento de los Estados para que les vinculara.

La opción de que se hubieran constituido por resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas también presentaba dificultades. Sobre todo, se puso de manifiesto el carácter de recomendación de sus resoluciones, sin que tengan carácter obligatorio (*Ibidem*, pág. 47).

41. En general, sobre aspectos procesales relacionados con la CPI, CUCARELLA GALIANA, L. A., *Derecho Procesal y delitos contra la comunidad internacional (control de convencionalidad y principio de personalidad*

primer lugar, vamos a proceder a determinar la extensión y límites de la Jurisdicción de la CPI desde un punto de vista objetivo, así como su carácter complementario de la competencia de las Jurisdicciones nacionales. Ello nos va a permitir establecer los casos en que la eficacia de cosa juzgada de las sentencias nacionales pueda quebrarse por decisión de la CPI. Posteriormente, analizaremos la existencia de la tensión correspondiente entre los principios de necesidad y oportunidad en la persecución de los crímenes competencia de la Corte.

4.2. En relación con la cosa juzgada

4.2.1. Competencia de la CPI desde un punto de vista objetivo

Con carácter general, dicha competencia se concreta en el artículo 5 ECPI⁴². Así, el apartado 1 dispone que la competencia de la Corte se limite a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

En la elaboración del ECPI se discutió sobre cuáles debían ser los delitos que se encomendaran a la CPI. Se barajó la posibilidad de incluir en su ámbito competencial, delitos de terrorismo, narcotráfico, o delitos cometidos contra funcionarios de Naciones Unidas. Estas propuestas no prosperaron⁴³. Finalmente se incluyen los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y agresión.

pasiva). España, 2022.

42. Sobre la competencia de la CPI, RODRÍGUEZ CEDEÑO, V.; GUERRERO PENICHE, J. N.; «Contribución al estudio de la competencia de la Corte Penal Internacional y su ejercicio», *Derecho Penal y Criminología*, núm. 69, vol. 21, 2000, págs. 77-114.

43. *Ibidem*, pág. 92, afirman que «durante las negociaciones todos los Estados apoyaron la inclusión del crimen de genocidio, una gran mayoría apoyó la inclusión de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad y una mayoría, el crimen de agresión. Otros Estados, en forma minoritaria, plantearon sin éxito la inclusión de crímenes como el narcotráfico, el terrorismo e incluso los perpetrados contra el personal de Naciones Unidas y el personal asociado».

4.2.2. *Carácter complementario: posibilidad de juzgar hechos ya resueltos en sentencia firme interna*

Sin lugar a dudas, ésta es una de las cuestiones más relevantes referentes a la CPI. En el preámbulo claramente se indica que cada Estado tiene el deber de ejercer su jurisdicción contra los responsables de crímenes internacionales (párr. 6). La CPI será «complementaria de las jurisdicciones penales nacionales» (párr. 10). La doctrina señala que la CPI tiene una jurisdicción subordinada o subsidiaria a las jurisdicciones nacionales⁴⁴. Más en concreto, la jurisdicción de la Corte, junto con las nacionales, es concurrente, complementaria, o en definitiva, compartida⁴⁵.

Si atendemos al articulado, dicho carácter ya se prevé en el artículo 1 ECPI. En él se afirma que la Corte «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales».

El artículo 17 ECPI regula este aspecto como cuestión de admisibilidad, determinante de la jurisdicción de la Corte. Al respecto, puede decirse que la Corte es competente cuando el Estado donde se han cometido esos crímenes, o el Estado de donde es originario su autor, no puede o no quiere proceder a su investigación o enjuiciamiento⁴⁶.

El carácter complementario, además de constataarse en el artículo citado, puede apreciarse en los artículos 18, 19 y 20 ECPI. En el último de los citados, se aprecia claramente dicho aspecto. En concreto, dicho artículo regula los aspectos relativos a cosa juzgada en relación con los delitos competencia de la CPI.

44. Véase sobre estas posturas, OLÁSOLO ALONSO, H.; «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero, no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?». *Revista electrónica de estudios internacionales* 2012, núm. 24, pág. 5.

45. *Ibidem* pág. 5, afirma que «el principio de complementariedad (que no de subsidiaridad como algunos autores lo han descrito), desarrollado por los arts. 1, 17, 18, 19 y 20 ER, tiene como fundamento un sistema de jurisdicción compartida entre la CPI y las jurisdicciones nacionales».

Para un examen de la concurrencia de competencias entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales, JIMÉNEZ FORTEA, J., «Hacia una jurisdicción internacional (I)». *Revista Internauta de Práctica Jurídica* 1999, núm. 1; CUERDA RIEZU, A.; RUÍZ COLOMÉ, M^a.A., «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional». *Diario La Ley* 1 febrero 1999, págs. 2-3; ARCOS VARGAS, M., *La imprescindible cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional*, «La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional» (VV.AA). Madrid 2000, págs. 435-454.

46. En el primer caso, es decir, cuando el Estado no puede proceder a investigar o enjuiciar esos crímenes, debe tenerse presente el art. 17.3 ECPI. En dicho párrafo se afirma que «a fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio».

Para el segundo caso, es decir, para determinar si el Estado tiene o no disposición para actuar en un asunto determinado, el párr. 2 del citado artículo, ofrece diferentes criterios.

Pues bien, el párr. 3 dispone que «la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8». Sin embargo, dicho artículo contempla dos excepciones que permiten que la CPI pueda quebrar el valor de cosa juzgada de una sentencia dictada por un tribunal nacional. En concreto:

- a) En primer lugar, cuando la sentencia dictada por un tribunal nacional obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte (art. 20.3 a) ECPI).
- b) Cuando no se hubiere instruido la causa de forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20.3 b) ECPI).

Sin lugar a dudas, esta disposición evidencia el carácter complementario de la jurisdicción de la CPI. No hay una subordinación absoluta a lo que hagan las jurisdicciones nacionales. Y como hemos puesto de manifiesto, la concurrencia competencial se aprecia, hasta el punto de poder hacer quebrar el efecto de cosa juzgada de una sentencia.

Llamamos la atención sobre el hecho de que el legislador nacional no tiene en cuenta la eventualidad que hemos analizado al tipificar las causas de revisión de sentencias penales firmes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim). De hecho, el artículo 954.3 Lecrim prevé expresamente que se pueda solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

Sin embargo, el artículo 954 Lecrim nada prevé para el caso en que se haya dictado sentencia por la CPI en relación con los mismos hechos y la misma persona condenada en sentencia penal firme en España.

4.3. Legalidad, necesidad y oportunidad criminal

4.3.1. *Tipificación delictiva*

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, queremos añadir otras relacionadas con la vigencia de los principios de legalidad y necesidad⁴⁷.

La mayoría de los delitos competencia de la Corte, quedaron perfilados y tipificados en la redacción originaria del ECPI: delito de genocidio (art. 6 ECPI); crímenes de lesa humanidad (art. 7 ECPI) y crímenes de guerra (art. 8 ECPI). Sin embargo, el crimen de agresión quedó inicialmente sin tipificar. La concreción de este crimen tuvo lugar en la primera conferencia de revisión del ECPI, celebrada en la Kampala, Uganda, el 11 de junio de 2010⁴⁸.

Al quedar tipificados los delitos competencia de la Corte, se garantiza el principio de legalidad penal. Así se subraya claramente en el artículo 22.1 ECPI en el que se dispone que «nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de competencia de la Corte».

En esta misma línea, el apartado 2 añade que «la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía». Obviamente, se está prohibiendo el uso de analogía en la determinación de la responsabilidad penal. Ahora bien, compartimos las posiciones doctrinales que critican que en materia de penalidad no se hayan garantizado plenamente las exigencias de predeterminación y legalidad. Al respecto, es cierto que el artículo 23 ECPI dispone que «quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto». Por otro lado, también es cierto que el artículo 77 ECPI concreta las penas que se pueden imponer. Pero, sin embargo, nótese que la concreción no se hace para cada una de las conductas delictivas, sino en general. Esta situación, obviamente puede generar desigualdades y vulneración del principio de seguridad jurídica.

4.3.2. *Oportunidad criminal*

Desde nuestro punto de vista, el principio de oportunidad asoma en la regulación internacional relacionada con la CPI en algunos momentos que exponemos a continuación.

47. En general sobre estos principios, GARCÍA RAMÍREZ, S., *Principios del proceso penal: legalidad y oportunidad*. «La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica: en homenaje a Claus Roxin (ONTIVEROS ALONSO, M.; PELÁEZ, M.; ROXIN, C.)», 2003, págs. 541-569.

48. Sobre la competencia de la CPI para este delito, DÍAZ SOTO, J. M., «Una aproximación al crimen internacional de agresión», *Derecho Penal y Criminología*, núm. 99, vol. 35, págs. 11-60.

Es preciso que tengamos presente el artículo 53 ECPI. En concreto, el principio de oportunidad se puede exteriorizar en dos momentos procesales diferenciados. Por un lado, al decidir sobre el inicio de la investigación. Por otro lado, cuando se decide sobre el inicio del enjuiciamiento o apertura de juicio oral.

Respecto del primero de los momentos señalados, el apartado 1, letra c) dispone que «el Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta que:

(...) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia».

Como puede apreciarse, si la investigación no redundaría en «interés de la justicia», la Fiscalía puede decidir no investigar. No obstante, hay dos parámetros que debe tener en cuenta con carácter concurrente:

- 1º. La gravedad de los hechos.
- 2º. Los intereses de las víctimas.

En el último párrafo del apartado 1 se dispone que si el Fiscal «determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares».

En relación con el inicio del enjuiciamiento, el apartado 2, letra c) permite que no se lleve a cabo el mismo cuando «el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen⁴⁹».

49. Es preciso tener presente que el requisito de la gravedad aparece contemplado en el preámbulo y en diferentes preceptos del ECPI. El artículo 5.1 ECPI, de igual modo que el artículo 1, y los párrs. 3, 4 y 9, subrayan el carácter de la gravedad para determinar la competencia de la Corte. La primera cuestión o duda que puede surgir es la de si basta que se cometa un crimen de los mencionados en el artículo 5, para que pueda entenderse que es un crimen grave y por lo tanto, la Corte sea competente. No obstante, hay que tener presente que la gravedad, además de utilizarse para calificar los delitos en los artículos indicados, es utilizada como un criterio determinante de la admisibilidad de la causa ex artículo 17 ECPI. Por lo tanto, no basta con que se conozca un delito de los mencionados, sino que además el asunto debe ser «de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte» (art. 17.1 d) ECPI. Existe, por lo tanto, una valoración de la gravedad para poder decidir si se procede o no criminalmente en el ámbito internacional.

También en este caso debe comunicar a la Sala de Cuestiones Preliminares la decisión de no sostener la acusación con base al criterio de oportunidad. En este sentido, el artículo 53.2 c) *in fine* dispone que «notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13».

Remitida la decisión de la Fiscalía de no proceder a investigar o acusar por razones de oportunidad, el artículo 53 ECPI pone de manifiesto que la Sala de Cuestiones Preliminares puede revisar la decisión de la Fiscalía en los siguientes casos:

- 1º. A petición del Estado que haya remitido un asunto de trascendencia penal a la Corte (art. 53.3 a) y b) en relación con los arts. 13 a) y 14 ECPI).
- 2º. A petición del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en el caso en que haya sido éste el que haya remitido la comunicación de los hechos presuntamente criminales (art. 53.3 a) y b) en relación con el art. 13 b) ECPI).
- 3º) De oficio. En concreto, el art. 53.3 b) ECPI dispone que «la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c)».

En los tres casos señalados, la decisión de la Fiscalía de archivo o de no abrir juicio oral solamente surtirá efectos si la Sala la confirmara (art. 53.3 b) *in fine* ECPI).

5. Bibliografía

- ARCOS VARGAS, M., *La imprescindible cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional*, «La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional» (VV.AA). Madrid 2000.
- BONET NAVARRO, A., *Temas procesales en la Constitución*, en *Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*. Institución Fernando el Católico, 1981.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., «La Justicia Constitucional en España», *Derecho Procesal Constitucional*, tomo III, volumen I. VC editores, Colombia, 2012.
- El principio de contradicción y su proyección en el proceso seguido ante el Tribunal de las Aguas de Valencia*. «El Tribunal de las Aguas. Claves jurídicas». Diputación de Valencia 2014.
- Derecho Procesal y delitos contra la comunidad internacional (control de convencionalidad y principio de personalidad pasiva)*. España, 2022.

- CUERDA RIEZU, A.; RUÍZ COLOMÉ, M^a.A., «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional». *Diario La Ley* 1 febrero 1999.
- DE VEGA BLÁQUEZ, P., «La configuración Constitucional del Tribunal de Cuentas en España», [Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional](#), núm. 1, México, 1999.
- DÍAZ REVORIO, F. J., «Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007», en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009, Madrid.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Notas sobre las jurisdicciones especiales*. Revista de Derecho Procesal 1971.
- «El principio de la unidad jurisdiccional y el Tribunal de las Aguas de Valencia», *Revista de la Administración Pública*, núm. 85, 1978.
- El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)*. Segunda edición, corregida y aumentada. Valencia 1988.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. Jurisdicción y competencia penal* (VV.AA). Cuadernos de Derecho Judicial 1996.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., *Principios del proceso penal: legalidad y oportunidad*. «La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica: en homenaje a Claus Roxin (ONTIVEROS ALONSO, M.; PELÁEZ, M.; ROXIN, C.)», 2003.
- GIMENO SENDRA, V., «El jurado y la Constitución», *La Ley*, Madrid, núm. 2, 1985.
- «La experiencia de los <juicios de Nüremberg> y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional». *La Ley* 1998, núm. 1.
- JIMÉNEZ FORTEA, J., «Hacia una jurisdicción internacional (I)». *Revista Internauta de Práctica Jurídica* 1999, núm. 1.
- DÍAZ SOTO, J. M., «Una aproximación al crimen internacional de agresión», *Derecho Penal y Criminología*, núm. 99, vol. 35.
- DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y Estado de Derecho: garantías constitucionales y organización judicial*, Universidad de Alicante, 2003.
- MASCARELL NAVARRO, M. J., «El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana», *Derecho y Opinión*, núm. 5, 1997.
- «El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su proceso jurídico», *El Tribunal de las Aguas de Valencia*, (con TARÍN y SALA), Javier Boronat, Valencia, 2^a ed., 2010.
- MEDINA, J., «La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», en *Análisis local*, núm. 49, 2003 (Ejemplar dedicado a: Los controles de la gestión económica local).
- MONTERO AROCA, J., *Unidad de jurisdicción y tribunales especiales*, en *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona 1981.
- OLÁSULO ALONSO, H.; «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar:

¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?». *Revista electrónica de estudios internacionales* 2012, núm. 24.

ORTELLS RAMOS, M., «Introducción al Derecho Procesal» (con BONET NAVARRO, J.; MARTÍN PASTOR, J.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; BELLIDO PENADÉS, R.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Thomson Reuters Aranzadi, 9ª edición, 2019.

PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.R., «Del juicio de Nüremberg al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Estudios de Deusto* vol. 47, núm. 1, 1999.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., «La L.O. 5/1995, del Tribunal del Jurado: sus avatares legislativos y post-legislativos», *Justicia*, Barcelona, núm. 1, 1996.

PICÓ I JUNOY, J., «Los Juzgados de lo Mercantil». *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 103, núm. 4, 2004.

PILLADO GONZÁLEZ, E., «La competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la mujer: estudio jurisprudencial». *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 27, 2007.

QUEL LÓPEZ, F.J., «Los efectos de la creación del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el orden interno español». *Revista Española de Derecho Internacional* 1994.

REVERÓN PALENZUELA, B., *Poder Judicial, unidad jurisdiccional y Estado autonómico*. Comares 1996.

RODRÍGUEZ CEDEÑO, V.; GUERRERO PENICHE, J. N.; «Contribución al estudio de la competencia de la Corte Penal Internacional y su ejercicio», *Derecho Penal y Criminología*, núm. 69, vol. 21, 2000.

URIOS MOLINER, S., «Antecedentes históricos contexto de la creación de la CPI», *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, et. al., (GÓMER COLOMER, J. L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; CARDONA LLORÉNS, J., coords.). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

VII | La acción popular: singularidad y racionalidad (Unas reflexiones de J. Bentham sobre la acusación penal)

Andrés de la Oliva Santos¹

Catedrático Emérito de Derecho Procesal

Universidad Complutense de Madrid

Académico Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Académico no residente de la Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna

SUMARIO: 1. ACUSADORES PARTICULARES EN ESPAÑA: LA ACCIÓN POPULAR EN NUESTRA HISTORIA: BREVE APUNTE. 2. JEREMÍAS BENTHAM Y LA RACIONALIDAD DE LA ACUSACIÓN EN EL PROCESO PENAL. 2.1. BREVE SEMBLANZA DE BENTHAM Y SUS COLABORADORES. 2.2. LOS RAZONAMIENTOS DE BENTHAM TRANSMITIDOS POR ÉTIENNE DUMONT.

1. Acusadores particulares en España: la acción popular en nuestra historia: breve apunte

Hay dos sobresalientes particularidades de la Justicia penal española. La primera es que los sujetos jurídicos directamente perjudicados por un delito pueden impulsar el correspondiente proceso y ser partes acusadoras. La segunda consiste en que, conforme a una larga tradición histórica, también otras personas, aunque no sean ofendidos o perjudicados, pueden jugar el mismo papel, precisamente por el ejercicio de la denominada «acción popular». A diferencia de muchos países, aquí no es monopolio del Ministerio Fiscal impulsar el proceso penal y ser en él parte acusadora (v. arts. 101-105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

1. Trabajo para el Libro en Homenaje al Prof. Dr. D. Manuel Jesús Cachón, queridísimo y muy admirado colega y amigo. La premura de tiempo me impone echar mano de un texto muy escasamente difundido, y del que actualizo algunos elementos fácticos. Como es de esperar que el Libro en homenaje al Prof. Cachón sea difundido y leído también fuera de España (desde luego en Hispanoamérica, pero no sólo en ella), me abstengo de eliminar o abreviar las observaciones previas sobre la acción popular.

Estas peculiaridades nuestras con viejas raíces históricas siempre me han parecido excelentes y me lo siguen pareciendo. La Justicia penal no está, como la civil, para tutelar a los derechos e intereses de determinados sujetos jurídicos, sino para que los comportamientos más reprobables no queden sin la respuesta legalmente prevista: las penas o ciertas medidas sustitutorias. Que todo ciudadano tenga derecho a acusar es por completo coherente con el predominante interés social inherente al Derecho Penal y a su ineludible instrumento, el proceso penal. Y la acusación particular de los perjudicados resulta muy adecuada a la moderna preocupación por las víctimas de los delitos. Además, el ejercicio de la «acción popular» ha sido decisivo en nuestra historia contemporánea para la persecución procesal y posterior sentencia condenatoria de hechos delictivos graves cometidos por personas poderosas (el carácter notorio de este extremo excusa que no nos detengamos en él).

La «acción popular» en el proceso penal no es cosa de los Austrias, de los Borbones, de Azaña, de Franco o de la, ahora denostada, Transición Democrática. La acción popular, que parte del Derecho Romano, es reconocida en España desde el Código de las Siete Partidas (concretamente, en la Ley 2 del Título I de la 7ª Partida). Dejando a un lado discusiones históricas sobre fechas de redacción, autores que intervinieron, propósito principal de Las Partidas, etc., hay acuerdo en que fueron elaboradas entre los siglos XIII y XIV. Y se admite que adquieren plena vigencia con Alfonso XI, al ser incorporadas al orden de prelación de fuentes jurídicas que establece la Ley 1ª del título 28 del Ordenamiento de Alcalá, de 1348. Estamos hablando, pues, de una institución jurídica con más de seis siglos de historia de España, sin contar con que Las Partidas son una obra de compilación del Derecho anterior.

Es verdad que en el siglo XIV la «acción popular» se aplica casuísticamente y que posteriormente desaparece y reaparece en nuestro ordenamiento jurídico-positivo o es limitada respecto de pocos delitos (por cierto, siempre los más relacionados con intereses generales). Pero con el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, de 1835, y con la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), de 1872, ya se establece legalmente la «acción popular» respecto de toda clase de delitos (salvo los pocos perseguibles sólo a instancia del ofendido), lo que se reafirma en la LECrim vigente, de 1882. Por tanto, ya llevamos más de 181 años de ininterrumpida vigencia de la «acción popular» penal, bajo toda suerte de regímenes políticos. Y, por si fuera poco, el art. 125 de la vigente Constitución Española (CE) dispone 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.» Nótese los términos rotundos y absolutos de la referencia constitucional a la «acción popular», distintos de los relativos al Jurado. El día 8 de enero de 2008,

mi muy querido amigo y compañero, Enrique GIMBERNAT ORDEIG publicaba en el diario EL MUNDO un texto titulado «Cerco a la acción popular», en el que calificaba de «tremenda» la Sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre, coincidía conmigo en el sentido en que la LECrim siempre había empleado y aún emplea la expresión «acusación particular» y repasaba con detalle el proceso constituyente respecto del art. 125 de la vigente Constitución de 1978. GIMBERNAT añadía a este examen un estudio de las vicisitudes constituyentes, para concluir así: «El *único* sentido de la incorporación a la Constitución de la en nuestro sistema procesal tan esencial acusación popular es precisamente la de *hacerla inatacable* en el sentido *ya conocido* con el que figuraba en la LECrim, en 1978, y desde hacía casi un siglo, y no la de dejarla en manos del legislador ordinario...»

Hace años relacioné explícita y públicamente la «acción popular» con la democracia.² ¿Por qué? Porque la idea de *participación* pertenece a la entraña de cualquier sistema democrático, junto con la de la igual dignidad de las personas. Así, además de muchas otras pruebas históricas (hechos y letras, manifestadas en obras cumbre de nuestra literatura), la «acción popular», que ni Monarquías ni Repúblicas se atrevieron a tocar, manifiesta la tradición democrática de España.

Acogida constitucionalmente sin reservas la «acción popular» en 1978, ha venido luego una persistente acción para recortar derechos, neutralizar la división y separación de los poderes, aumentar el del Ejecutivo y reducir al mínimo el control jurídico del ejercicio de cualquier poder. Llevamos décadas asistiendo a la expansión y consolidación del denominado «Estado de partidos», con corrupción del poder legislativo y con una pervisión del «poder judicial» cuasidiabólicamente paradójica, porque, llamado por esencia este poder a ser ejercido para hacer efectivo el imperio de la ley y controlar la legalidad de la actuación de los poderes públicos, la potestad atribuida a Jueces y Magistrados ha sido y está siendo sometida a muy poderosos controles y menoscabos. Pues bien, el intento de un monopolio de la acusación por el Ministerio Fiscal, en detrimento de la acción popular, encajaría perfectamente con la «lógica» del «Estado de partidos».

2. Jeremías Bentham y la racionalidad de la acusación en el proceso penal

Como la propaganda y la moda, estrechamente aliadas, no suelen dar tregua a la ciudadanía y tercamente siguen insistiendo en nuestras singularidades es-

2. En «Historia, Democracia y Acción Popular», artículo publicado en ABC, Tercera, de 25 de mayo de 2011.

pañolas en punto a la acusación en los procesos penales, me pareció de mucha importancia e interés descubrir que uno de los grandes del razonamiento y, más en concreto, del análisis de instituciones jurídicas, Jeremías BENTHAM, no sólo había escrito una magistral obra contra las tasas judiciales, que tuve el privilegio de hacer traducir, comentar y editar en 2013, sino que había fundamentado racionalmente el mejor sistema de acusación en el proceso penal. Es un texto de mucho interés.

2.1. Breve semblanza de Bentham y sus colaboradores

No todos Vds, tienen por qué conocer suficientemente la personalidad y la obra de BENTHAM, de manera que es oportuno que reitere ahora una breve semblanza suya y de sus colaboradores.

Jeremy BENTHAM, nace en Houndsditch, Londres, el 15 de febrero de 1748 y fallece también en Londres, el 6 de junio de 1832. Fue y sigue siendo una personalidad mundialmente conocida por muchas razones y motivos, de entre los que destacan, junto a una trayectoria vital riquísima en intensas experiencias de incomparable relevancia histórica (la Revolución francesa, la independencia de las colonias americanas, la ebullición de la misma Inglaterra que se dirige lentamente hacia la democratización), el número, la diversidad y la importancia de sus obras, aún en buena medida por descubrir.³

BENTHAM es conocido, desde el punto de vista de la filosofía, como el padre del utilitarismo. Pero, con ser tan rica en inquietudes y actividades su muy singular personalidad, pienso que cabe afirmar que, ante todo y sobre todo, Jeremy BENTHAM es un hombre de Derecho. Su padre, un próspero y culto abogado londinense, con excelentes conexiones en los núcleos más influyentes de la vida jurídica británica, puede ofrecer y ofrece a su hijo la mejor educación, en Westminster School. Las extraordinarias dotes del pequeño Jeremy, que a los tres años estudia latín y lee ávidamente una voluminosa Historia de Inglaterra y que dos años después aprende violín y francés, son poderosísimos estímulos para que sus padres adopten, con grandes esperanzas, lo que en todo caso hubiese sido su decisión educativa sobre Jeremy. No es de extrañar que con trece años esté ya matriculado en el Queen's College de Oxford y que dos años después, en 1763, obtenga el Bachelor of Arts (B.A.).

3. En 1959 se creó en la *University College of London*, depositaria de los manuscritos de Bentham, el *Bentham Committee* para realizar una nueva edición de las obras completas del autor de la Protesta, de las que se han publicado 35 volúmenes desde 1968; iniciativa que en la actualidad comprende asimismo la transcripción de los manuscritos dentro del «*Bentham Project*» que desarrolla la *Faculty of Laws* de dicha universidad.

Ingresa de inmediato en Lincoln's Inn, la más prestigiosa escuela de Derecho y ocupa un asiento como estudiante en el llamado Queen's Bench (King's Bench, si el monarca es varón), denominación del tribunal superior para Inglaterra e Irlanda. Pero enseguida regresa al Queen's College de Oxford para obtener el Master of Arts (M.A.) en 1766. (18 años) Consta que BENTHAM ejerce brevemente la abogacía, pero todas las biografías coinciden en que, desde muy temprano, siente un intenso inconformismo hacia la constitución y la justicia británicas, y no menos disgusto ante la situación de la inmensa mayoría de sus conciudadanos. Su espíritu libre y extremadamente racional y su sensibilidad ante la pobreza y las hirientes desigualdades, le conducen a cuestionar las reglas y la praxis establecidas, sin cohibirse ante autoridades tan imponentes y respetadas como, por ejemplo, la del eminente jurista y magistrado sir William BLACKSTONE, «Professor of English Law» de BENTHAM en Oxford, y autor a su vez de una de las obras capitales de la historiografía jurídica inglesa, *Commentaries on the Laws of England*, (1766-1768), que sería duramente criticada por nuestro autor. Porque BENTHAM se siente muy pronto fuertemente inclinado, casi empujado, a desarrollar su inquietudes y capacidades como «private scholar» para poder dedicarse a pensar libremente en las reformas que considera necesarias, mientras que, a diferencia de, por ejemplo, el mismo BLACKSTONE, carece por completo del interés o la ambición personales para dominar las técnicas que podrían garantizarle una exitosa —y lucrativa— carrera como abogado, con vistas a alcanzar el cargo de Lord Canciller con el que había soñado para él su padre.

Así, en 1776, BENTHAM publica el *Fragment on Government*⁴, un escrito sin firma e incompleto pero de tal categoría que es atribuido durante cierto tiempo a personajes como Lord MANSFIELD, Lord CAMDEN y Lord ASHBURTON. Se trata de una fuerte y convincente crítica a los tópicos benévolos o panegíricos sobre el sistema inglés, que eran paradigmáticos precisamente en BLACKSTONE. El *Fragment* causa impacto. Y, a partir de 1781, las opiniones de BENTHAM, tras la aparición de una primera emisión (que no publicación) de *Introduction to Principles of Morals and Legislation*⁵, en 1780, empiezan a tener un eco influyente en los círculos del poder. A su vuelta en 1788 de Italia, Turquía y Rusia, BENTHAM experimenta de nuevo una fuerte decepción ante la situación británica y, en la idea de que se le requiere para colaborar en amplios cambios legislativos, prosigue sus reflexiones sobre los fundamentos en que deberían basar-

4. *A fragment on Government: being an examination of what is delivered, on the subject of government in general, in the introduction to Sir William Blackstone's Commentaries, with a preface, in which is given a critique on the work at large.* London: Printed for T. Payne, P. Elmsly, and E. Brooks, 1776, con una «Pirate Ed.» del mismo año, impresa en Dublín (eUCLid Library Catalogue: Bentham Collection: 2.F 1, 2.F 5)

5. *An introduction to the principles of morals and legislation: printed in the year 1780, and now first published.* London: Printed for T. Payne and Son, Ltd., 1789 (eUCLid Library Catalogue: Bentham Collection: Strong Room Ogden B.78).

se esos cambios. Pero no sólo piensa, sino que quiere escribir y enseñar. En 1789 publica sus *Principles of Morals and Legislation* y, a partir de esta obra, nuestro autor alcanza una enorme relevancia mundial.

BENTHAM trabaja y escribe incansablemente siempre conforme a sus preocupaciones por una organización social mejor y una vida humana más decente. En 1790 publica en Londres algo verdaderamente excepcional: el *Draught of a New Plan for the Organization of the Judicial Establishment in France; Proposed as a succedaneum to the draught presented, for the same purpose, by the Committee of Constitution, to the National Assembly, December 21st, 1789*. Ha estado siguiendo muy de cerca la Revolución francesa y se atreve, pensaríamos nosotros, a proponer un borrador de organización judicial en Francia, como alternativa al presentado por el Comité constitucional a la Asamblea Nacional. Pero no hay, pese a la apariencia, ningún atrevimiento ni arrogancia impertinentes en su propuesta, porque BENTHAM es ya, desde sus *Principles*, una autoridad mundial, a la que consultan importantes dirigentes de varios países. Así se entiende que en 1792, la Asamblea Nacional de Francia le otorgue por aclamación la ciudadanía francesa.

En los años finales del siglo XVIII y en el primer cuarto del siglo XIX, nuestro autor, casi siempre desde su misma casa de Queen's Square Place (Westminster, Londres), donde vive apaciblemente, desarrolla una labor inconmensurable, que parece increíble sin los medios actuales, Pero BENTHAM sigue un riguroso método de trabajo y cuenta con la ayuda de un selecto conjunto de colaboradores: un increíble *think tank* (James y John Stuart MILL; el célebre e influyente jurista John AUSTIN; Étienne DUMONT, el gran Sir John BOWRING, que llega a ser Gobernador de Hong Kong y superintendente jefe del comercio con China, más una serie de secretarios y amanuenses). Es verdad que ha heredado una amplia fortuna que le libera de quebraderos de cabeza en cuanto a su sustento, pero también es admirable el buen uso de sus recursos: BENTHAM es una persona sin problemas económicos, pero no es precisamente un hombre adinerado, de gran riqueza. Lo que se organiza en Londres en torno a BENTHAM es, en nuestros términos, un asombroso «think tank» de constante funcionamiento y producción, desprovisto de cualesquiera subvenciones.

Con esos excelentes colaboradores, BENTHAM se ocupará, mucho más allá de exponer sus ideas filosóficas, de asuntos constitucionales británicos, franceses, americanos y rusos, con el añadido de propuestas que hoy llamaríamos globales: de los delitos, de las penas y de las instituciones penitenciarias (incluido su original *Panopticon*); de la organización judicial, en su país y en Francia; de la prueba, tanto en su clásico *Traité des preuves judiciaires*, en dos volúmenes, de 1823, como en la obra, más extensa, *The Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to English Practice*, en cinco volúmenes, que edita John STUART

MILL en 1827 sobre la base de manuscritos de BENTHAM desde 1802 a 1812; de las leyes y de la codificación; de la economía; de la educación; de la religión y el juramento; de la pena de muerte; de la libertad de prensa, etc., sin contar las breves pero contundentes denuncias de causas y sentencias que consideraba injustas y erróneas.

Conforme a sus convicciones, BENTHAM no sólo escribe, sino que actúa. Sigue de cerca los acontecimientos en Francia, América del Norte y del Sur, Rusia y España. Se dirige varias veces a la Asamblea francesa, se cartea, entre otros muchos, con los estadistas John QUINCY ADAMS y James MADISON (uno de los «*Founding Fathers*») y se ofrece a colaborar y colabora en la redacción de constituciones; se relaciona con el Zar de Rusia, al que ofrece planes concretos de progreso y mantiene correspondencia con próceres como Simón BOLÍVAR o Francisco DE PAULA SANTANDER. España es también objeto de su atención y así lo revela su relación epistolar con el Conde de Toreno, entre otros.

No me parece exagerado afirmar que muy pocas personas, en la Historia moderna, han ejercido más influencia y han visto reconocida mayor autoridad en todo el mundo que Jeremy BENTHAM. A causa de esta realidad y de la diversidad, el número y el contenido de sus obras, siempre enderezadas a diferentes reformas, BENTHAM ha sido frecuentemente envidiado y su vida, torcidamente presentada como la de un eremita idealista, un «teórico», en el sentido hoy superlativamente peyorativo con que tantos (generalmente, muy ignorantes) tiñen ese término.

No responde a la realidad presentar a BENTHAM como un visionario misántropo y excéntrico, con el carácter hosco y difícil que suele asociarse a tales individuos. Además de que, si así hubiese sido, resultaría impensable la constante compañía y colaboración de los MILL, DUMONT, BOWRING, etc., está suficientemente documentado que su conversación era afable y sencilla, que disfrutaba haciendo que sus amigos disfrutaran y que su retiro en *Queen's Square Place*, una casa con jardín, de gran belleza en sus detalles, obedece a un designio de intenso trabajo, que consideraba más interesante y también, por supuesto, más útil que darse a una vida social que, por sus obligadas relaciones y su prestigio, hubiese consumido gran parte de sus días.

Todos los citados colaboradores de BENTHAM merecen un apunte biográfico. Aquí me limitaré al que es relevante para nuestro asunto: Pierre Étienne Louis DUMONT.

En 1788 BENTHAM había conocido a Pierre Étienne Louis DUMONT (1759-1829), pastor protestante ginebrino muy reconocido entre sus conciudadanos por sus cualidades personales, tanto morales como intelectuales. DUMONT aban-

dona la convulsa Ginebra y, tras una estancia en San Petersburgo, llega a Inglaterra invitado por Lord SHELBOURNE (primer Marqués de Landsdowne) para hacerse cargo de la educación de su hijo. Esta posición de DUMONT, al que SHELBOURNE aprecia grandemente, le pone en contacto, entre otros personajes, con nuestro autor. Y en 1790 encontramos ya a DUMONT entusiasmado con el genio de BENTHAM y plenamente entregado a ayudarlo, tras haber superado, en buena medida gracias a BENTHAM, la depresión que le habían producido los últimos horrores de la Revolución francesa. DUMONT había viajado a Francia donde llegó a tener una muy estrecha amistad con MIRABEAU⁶. Será el ginebrino de suma importancia para la difusión de las obras de BENTHAM, tanto por darlas a conocer fuera de Inglaterra, como por traducir bastantes de ellas al francés⁷, pero, sobre todo —y mucho más relevante aún que lo anterior— por trabajar constantemente en los manuscritos de nuestro autor, de modo que le facilitaba su refundición y posterior edición. No han faltado quienes, a base de destacar y subrayar la gran labor de DUMONT, han infravalorado duramente a BENTHAM (su prosa difícil, sus escritos fragmentados e incompletos e inconexos, etc.). Por lo que he averiguado y lo que se desprende de las obras, el papel de DUMONT no ha sido exagerado⁸, pero, en cambio, el mismo DUMONT nunca fomentó o aprobó una devaluación de su maestro, con quien sí mantuvo algunas fuertes discrepancias, que, sin embargo, no resquebrajaron nunca su devota admiración.

Pues bien, es este Étienne DUMONT quien fielmente nos transmite los razonamientos de BENTHAM sobre la acusación procesal penal. Veamos, en efecto, el capítulo XX, titulado «De la persecución de los delitos» («De la poursuite des délits»), en la obra «De L'Organisation Judiciaire, et de la Codification: Extraits de divers ouvrages de Jérémie Bentham», por E. Dumont, Paris, 1828.

2.2. Los razonamientos de Bentham transmitidos por Étienne Dumont

Tras un breve proemio, se lee: «Que l'accusateur soit nécessaire, personne ne le conteste: toute la difficulté gît à le trouver. Il y a quatre moyens d'y pourvoir. — 1° Admettre tout accusateur volontaire. — 2° Offrir des récompenses pour

6. En 1832 se publica en Londres una obra de Dumont titulada *Recollections of Mirabeau and of the two first Legislative Assemblies of France*. 451 págs.

7. Algunas obras de J. Bentham aparecen primero en la traducción francesa de E. Dumont. Así, por ejemplo, los *Traité de législation civile et pénale*, 3 volumes, Boussange, Masson & Besson, 1802, o la *Théorie des peines et des récompenses*, 2 volumes, London, B. Dulau, 1811.

8. Como suele ocurrir —*nemo propheta in patriam suam*—, el reconocimiento en Gran Bretaña de la importancia de las obras de Bentham y de su autoridad se debió, especialmente en tiempos iniciales, al eco exterior de la persona y el trabajo del londinense. En esto, sin duda, Étienne Dumont fue decisivo.

ce service. — 3º Instituer un magistrat chargé spécialement de la poursuite des délits. — 4º Réunir ces trois méthodes.»⁹

Afirma de inmediato BENTHAM que «les trois premiers moyens, pris séparément, ne pourraient pas remplir le but de la justice»: «los tres primeros medios, tomados por separado, no podrían alcanzar la meta de la justicia»

Analiza primero BENTHAM el método consistente en hacer depender la persecución procesal de los delitos de un acusador voluntario. Muestra la lógica de la intervención del ofendido,¹⁰ pero pone de relieve, muy expresivamente, los inconvenientes del acusador voluntario como único mecanismo de acusación.¹¹

Después, nuestro autor se ocupa críticamente del sistema de recompensas y denuncia sus graves inconvenientes. Y llega así al punto que nos interesa:

9. «Que el acusador es necesario no lo discute nadie: la dificultad reside enteramente en encontrarlo. Y hay cuatro medios para lograrlo. 1º. Admitir a cualquier acusador voluntario.— 2º. Ofrecer recompensas por ese servicio.— 3º. Instituir un magistrado, una autoridad oficial, especialmente encargado de la persecución de los delitos.— 4º. Reunir estos tres medios.»

10. «...l'admission de tout accusateur volontaire, est le plus naturel comme le plus simple. Puisqu'il faut une information pour commencer une poursuite, ne convient-il pas que celui qui se presente pour informer soit chargé de poursuivre? C'est la simple continuation de son entreprise: il désire que le délit en question soit puni puisqu'il le dénonce: il a déjà quelques preuves acquises de son existence, puisqu'autrement son accusation n'aurait point de base.»

11. «Tout cela est vrai, mais si vous vous bornez à attendre des informateurs volontaires, et si vous leur imposez l'obligation de poursuivre, l'état habituel des choses sera la violation des lois et l'impunité des délits. Quant aux délits privés qui affectent des individus, je vois bien que les parties lésées ont un intérêt naturel à les poursuivre: particulièrement le vol, la fraude, les injures personnelles: mais il y a aussi des classes nombreuses de délits qui ne blessent que le public, sans affecter un individu plus spécialement qu'aucun autre. Le tort est pour tous, mais il n'est pas senti: le danger est pour tous, mais il est à peine aperçu: le public entier est en perte, mais aucun des individus dont il se compose ne peut distinguer sa part de mal et réclamer une indemnité. Prenez pour exemple des fraudes sur le revenu public, des actes par lesquels on élude le paiement des impôts, la contrebande, certes si on se fiait aux accusations volontaires et gratuites pour arrêter ces délits, on les verrait bientôt marcher la tête haute et se multiplier avec une progression effrayante.

D'ailleurs la bonne volonté toute seule ne suffit pas pour conduire une affaire juridique. La poursuite est une œuvre qui demande de l'aptitude, de la dextérité, de la persévérance, du loisir. Que feront les femmes, les enfants, les malades, les personnes d'un esprit faible ou timide, et ceux qui sont commandés par des occupations indispensables? Ne leur donner que la ressource de la poursuite volontaire, c'est ne leur en donner aucune, et si même ils essayaient de conduire eux-mêmes leur plainte, quel avantage n'auraient pas des délinquants experts sur des accusateurs si novices? Le crime vigilant et alerte, épiant les circonstances favorables, se jetterait sur le faible comme sur une proie que la loi lui abandonne.

Mais un autre inconvénient bien grave me frappe dans ce système: il donnerait aux individus lésés le pouvoir arbitraire de pardonner, c'est-à-dire d'accorder l'impunité au crime et de rejeter le danger qui en résulte sur la société entière. Dans la première émotion que fait éprouver un délit dont on est l'objet, on court porter une information au juge par un sentiment de justice ou par un mouvement d'irritation: mais si ce premier service entraîne l'engagement odieux ou onéreux de continuer une *poursuite*, sans pouvoir s'en retirer, n'est-il pas naturel de réfléchir sur les conséquences? On hésite, on délibère, et bientôt une pitié mal entendue, une apparence de générosité, des sollicitations, la crainte de ne pas réussir, l'indolence toute seule et beaucoup d'autres motifs, agissant ensemble ou séparément, détermineront l'individu lésé à dissimuler l'injure, à se tenir en repos, sans aucun scrupule sur le mal que cette impunité peut produire.»

«Al demostrarse la insuficiencia de esos dos medios, se sigue como resultado la necesidad de una institución que los complemente, una parte pública. La equidad prescribe establecer esa institución. Un individuo ya está suficientemente gravado por el delito: ¿se debe empeorar su mal con las inquietudes y las dificultades inherentes a la acusación? ¿Deberíamos dejarle sin ayuda si no puede por sí mismo lograr la reparación de sus daños? El castigo del criminal sin duda interesa a la parte perjudicada, pero es la sociedad la que obtiene de ese castigo el mayor beneficio. A la sociedad, por tanto, le corresponde hacerse cargo de todas las operaciones necesarias para el cumplimiento de la ley.»

«Desde el momento en que existe una parte pública, las leyes dejan de depender de los acusadores voluntarios: ya no están sometidas a la impotencia de la que no podrían salir sino por la voluntad acusadora de una parte ofendida. El público ya no está expuesto al escándalo de delitos de insultante notoriedad, que quedan impunes porque nadie aparece para perseguirlos. La ley tendrá junto al juez un representante que habla por ella, que actúa en su nombre, que observa, que escucha, que recoge cuidadosamente cuanto puede de las huellas del crimen, que es superior a los miedos y a las enemistades individuales y que está armada con toda la autoridad necesaria para actuar con prontitud y firmeza. Si se considera a los informadores y acusadores voluntarios como simples soldados en esta guerra intestina entre la justicia y el crimen, el acusador público desempeña la función de un jefe que reúne sus fuerzas dispersas, dirige sus esfuerzos hacia el mismo fin y ataca a los enemigos del orden social con una sabia táctica que perfecciona día tras día.»

Y ahora llega lo que más nos interesa. Prosigue BENTHAM: «Pero, al establecer un acusador oficial, ¿hace falta excluir a los acusadores voluntarios? No: tal exclusión no serviría para nada bueno y decir esto no basta: la exclusión sería muy peligrosa.» De inmediato enumera los peligros, los inconvenientes de excluir a los acusadores voluntarios o, con otras palabras, de atribuir un monopolio del acusador público:

«1º Supondría disminuir la certeza de la pena y, por consiguiente, debilitar la eficacia de las leyes. Cuantas más personas admitáis a concurrir para la ejecución de la ley, más posibilidades tiene ésta de ser ejecutada; cuanto más restringís el número de esas personas, más posibilidades tiene la ley de no ser cumplida: las matemáticas carecen de una proposición más evidente que ésta.»

«2º Es dar al acusador público un poder arbitrario sobre todas las leyes penales. Tener él solo el derecho de iniciativa para la persecución de los delitos es en realidad tener un derecho de negativa sobre toda la legislación. Si toda acusación no puede comenzar más que por él, él posee un poder absoluto de perdonar; y este perdón es muy superior al de un rey que ejercita el derecho de gracia. El perdón del príncipe, que no se produce sino tras la condena, se limita a modificar la pena legal o librar de ella, pero deja que subsista la infamia que corresponde al delito; mientras que el acusador público, al prevenir la acusación misma, hace mucho más que excluir la pena, puesto que excluye también la infamia. El perdón directo es un certificado del crimen, pues ¿quién querría ser perdonado si pudiera ser

absuelto? El perdón directo, sometido a juicio público, no es susceptible de grandes abusos, porque la infamia del delito alcanzaría por igual a quien recibe el perdón y a quien lo otorga. Pero ese poder indirecto de perdonar por abstenerse de perseguir es tanto más grande cuanto menos ruido hace. Una prevaricación clandestina, consistente, no en hacer, sino en no hacer, escapa fácilmente a la vigilancia y a la responsabilidad. La capacidad de hacer daño que deriva de ese poder se extiende más allá de lo que se piensa: a primera vista, creeréis que se limita a una indulgencia venal o caprichosa, pero igualmente puede servir para la opresión: en efecto, bajo un gobierno arbitrario o corrupto, quien tiene en su mano la efectividad de las leyes naturalmente hará de eso el instrumento del despotismo. Puesto que puede agraciarse a todo opresor, tiene el poder de una opresión total; es el propietario de un fondo de indulgencia con el que puede recompensar los servicios de sus criaturas. 'Agentes del poder, atrevedos a todo: tenéis una protección que os coloca al abrigo de toda acusación'»

«Así, dar a este funcionario el derecho exclusivo de abrir o cerrar el acceso a los tribunales es darle, a él o a sus superiores, el derecho de suspender las leyes y de procurar una denegación absoluta de justicia a quien buenamente le parezca.»¹²

Un poco más adelante, BENTHAM prosigue y cierra su propuesta en estos términos: «Admitid los acusadores voluntarios y el acusador oficial: he aquí dos potencias rivales que se servirán mutuamente al observarse, estimularse y contenerse. ¡Qué potencia la de esta liga contra el crimen! Mire el malhechor donde mire, ve siempre motivos de temor y ninguno de esperanza.»

12. [Es nota de la obra que citamos] «Il faut voir dans l'ouvrage de Meyer (*Esprit des institutions judiciaires*), comment en Hollande les magistrats municipaux se rendirent maîtres des accusations criminelles, et firent tomber le droit qu'avaient eu les particuliers sous la monarchie espagnole de poursuivre en justice ceux qui se rendaient coupables à leur égard. Le premier droit de la liberté individuelle se trouva supprimé dans le gouvernement républicain. «Le bailli communal se trouva chargé exclusivement de la poursuite et de l'instruction des crimes, et les parties offensées se virent réduites au rôle de simples spectatrices des démarches que le bailli voulait bien faire. Un officier municipal se trouva le maître de délivrer des brevets d'impunité, soit aux criminels qu'il voulait protéger, soit aux offenseurs d'un habitant qui ne jouissait pas de sa bienveillance. Il pouvait, d'après son caprice, donner suite à la plainte rendue, ou la négliger; il instruisait d'après son opinion, entendait les témoins, prenait les informations qu'il jugeait lui convenir, et abandonnait les autres, ce qui obligeait les juges les plus intègres à acquitter ceux que le bailli désirait ne pas voir condamnés, etc.» Tom. IV, p. 289.» «M. Meyer complète ce tableau de tyrannie en nous disant que les lois et usages de Hollande autorisaient les baillis à informer, lors même que les lésés ne portaient aucune plainte, et sans égard pour les conséquences qui pouvaient en résulter pour eux. Le bailli, par exemple, poursuivait les adultères dans le cas même où le mari avait expressément ou tacitement pardonné. Ce sont ici des cas où le délit vous a fait une égratignure, et où le ministère public la convertit en blessure mortelle.»

«M. Meyer observe encore que le bailli, étant chef de la police, tous ses subalternes, se couvrant du nom de leur chef, se permettaient en toute occasion les vexations et les concussions les plus révoltantes.»

Es imposible encontrar en español una traducción exacta del término «bailli». Es éste el término históricamente utilizado para referirse, en Francia y otros ámbitos geográficos, a una autoridad pública, representante del Rey en un determinado territorio (*bailliage*), encargada de promover la acción de la Justicia y de impartirla, así como de otros cometidos, como recaudar tributos, imponer multas y recibir quejas. Nótese cómo Meyer contraponen el poder de acusar atribuido exclusivamente en Holanda a estas autoridades con el derecho de acusar que todos tenían bajo la monarquía española.

«En la mayor parte de los Estados de Europa se ha adoptado la sabia institución de una parte pública junto a cada tribunal, pero, desdichadamente, al instituir ese poder se ha hecho de él un monopolio. Las leyes violadas no pueden hacerse oír sino por la voz de un solo hombre, mientras que debería dotárselas de tantos defensores como ciudadanos capaces de servirlos.»

He aquí, en los argumentos de BENTHAM suministrados por DUMONT, una justificación racional de nuestra peculiaridad histórica de los acusadores particulares y, específicamente, de la acusación particular a cargo de cualquier ciudadano, de la acción popular. Debe tenerse en cuenta que esa argumentación de BENTHAM, de imposible refutación, es por completo ajena a factores históricos, a elementos propios de una concreta cultura. La argumentación benthamiana no está escrita para defensa de un determinado sistema en funcionamiento, lo que por lo demás sería enteramente legítimo, sino que es el resultado de una reflexión general sobre la Justicia y de su mejor funcionamiento; una reflexión que aspira a ser considerada razonable, justa y, desde luego, universalmente viable. A mi parecer, BENTHAM debiera dejar muy claro a todo espíritu no fanático que nuestra subsistente peculiaridad está perfectamente justificada y que defender esa peculiaridad no es ningún empecinamiento en una reliquia histórica de origen y pervivencia oscuros e irracionales, desprovista de sentido en nuestros días. Con la acusación por el ofendido o por cualquiera, la acción popular, no estamos ante un elemento «typical spanish» mal ideado, sino, al contrario, ante algo plenamente acorde a la lógica de una acción jurídica eficaz frente a la criminalidad. A veces, lo peculiar propio no es vergonzoso, sino envidiable¹³.

13. Esto no lo pueden apreciar los ignorantes, que desconocen por completo la historia y la realidad de lo peculiar suyo. Pero también les resulta muy difícil verlo a sujetos no completamente iletrados, pero sí catetos, paletos, que frecuentemente se refieran a lo extranjero, que les deslumbra, pero que no poseen suficientes conocimientos de las realidades foráneas a que se refieren. Es llamativo, por ejemplo, el número de ocasiones en que se aducen sin ningún fundamento en la regulación y en la realidad pretendidos ejemplos positivos estadounidenses o británicos.

VIII | El derecho a guardar silencio y las manifestaciones espontáneas autoincriminatorias de sospechosos y detenidos ante los agentes policiales

Juan José Duart Albiol¹

Abogado. Profesor colaborador
Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO: 1. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA. 2. LAS MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS AUTOINCRIMINATORIAS DE SOSPECHOSOS Y DETENIDOS ANTE LOS AGENTES POLICIALES. 2.1. CONCEPTO Y REQUISITOS. 2.2. FORMALIDADES Y GARANTÍAS. 2.3. VALOR PROBATORIO. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. El derecho a guardar silencio como garantía del derecho de defensa

En un anterior trabajo sobre el derecho a guardar silencio², sosteníamos la necesidad de regular expresamente y sin reservas tal derecho a fin de respetar su contenido esencial³, para lo cual sería necesario establecer, a su vez, cuando menos, el interrogatorio del acusado en el juicio oral únicamente como medio de defensa.

Una regulación explícita y sin reservas del derecho a guardar silencio como garantía del derecho de defensa que debería venir acompañada de la regula-

1. En agradecimiento perpetuo al Prof. Dr. Manuel Cachón Cadenas por dirigir mi tesis doctoral y en reconocimiento a su maestría indiscutible como erudito procesalista.

2. DUART ALBIOL, Juan José: «La ley del silencio en el proceso penal», *Justicia*, núm. 2, 2021, págs. 339-398.

3. Contenido esencial definido positivamente por el Tribunal Constitucional desde su sentencia 11/1981, de 8 de abril como «aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo» y, a la vez delimitado negativamente, como «aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga» (f.j.10).

ción de la declaración del investigado/acusado durante la fase de instrucción y en el juicio oral únicamente por su propia voluntad o a instancias de su defensa, y no como acto de investigación o medio de prueba a instancias del juez instructor o a petición de la acusación⁴.

Y para que el derecho a guardar silencio sea un verdadero medio de defensa es necesario ser informado previamente a cualquier interrogatorio no solo de la posibilidad de su ejercicio⁵, sino también, debidamente asistido por abogado⁶, ser advertido de las consecuencias que puede tener guardar silencio, negarse a declarar o, en su caso, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se formulen, ya sea durante la fase de instrucción o, fundamentalmente, en el juicio oral.

4. En este sentido, BARRIA DE QUIROGA LÓPEZ, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 549, considera que la declaración del acusado debe ser prueba de la defensa y únicamente realizarse cuando ésta lo considere oportuno. No en vano, como pone de relieve MORENO CATENA, Víctor: *Derecho Procesal Penal*, 11ª ed., con Valentín Cortés Domínguez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 250, sin menospreciar la naturaleza de las declaraciones del imputado en la instrucción como actos de investigación, «las declaraciones que pueda prestar el imputado, sea en una instrucción preliminar, sea ante el juez de instrucción, tienen esencialmente naturaleza de un acto de defensa y, como tal, han de ser consideradas». También para el Tribunal Constitucional, la declaración del imputado en el proceso penal acusatorio, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa (STC 197/1995, de 21 de diciembre, f.j.6).

5. Obligación de información que, según VELAYOS MARTÍNEZ, M.ª Isabel: «El derecho del imputado al silencio», *Justicia*, núm. I-II, 1995, pág. 81, recae tanto en los funcionarios de la Policía Judicial como del Ministerio Fiscal que procedan a tomar declaración al imputado en fase de instrucción, como en el propio juez instructor y, en la fase decisoria, en el tribunal sentenciador. Así también, BANACLOCHE PALAO, Julio: «El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto 2000, págs. 195-196, subrayando cómo el art. 520.2 a) y b) de la LECrim es palmario al exigir que tal información se produzca desde el instante mismo de la detención. Con todo, precisamente porque el citado precepto prevé la necesidad de informar del derecho a guardar silencio en los casos de detención, REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto: *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 41, echa en falta, entre las normas procesales que disciplinan la declaración, una norma que determine que al comienzo del interrogatorio debe informarse del derecho a no declarar, así como de las consecuencias que pudieran derivarse de una tal falta de advertencia.

6. Téngase en cuenta en este sentido que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que durante la etapa de investigación el acusado se encuentra en una posición particularmente vulnerable y que esta vulnerabilidad puede solo ser debidamente compensada por la asistencia de un abogado cuya tarea es, entre otras cosas, ayudar a que se respete el derecho del acusado a no inculparse a sí mismo (STEDH de 28 de noviembre de 2013, caso Dvorski c. Croacia, §92). Para el TEDH, el acceso inmediato a un abogado es parte de las garantías procesales a las que debe prestarse atención a la hora de examinar si un procedimiento ha extinguido o no la esencia misma del derecho del acusado a no contribuir a su propia inculcación (STEDH de 27 de noviembre de 2008, caso Saldut c. Turquía, §54). Igualmente ha advertido de la necesidad de notificar debidamente las consecuencias de ser interrogado a los detenidos, dada la situación estresante en la que se encuentran, máxime desde el momento en que su declaración puede servir de base para su procesamiento (STEDH de 18 de febrero de 2010, caso Aleksandr Zaichenko c. Rusia, §55).

Y ello es así porque, pese a que, en principio, del derecho a guardar silencio no debería poder derivarse resultado perjudicial alguno⁷, lo cierto es que, en la práctica, como expusimos en el referido trabajo, el ejercicio de este derecho puede comportar consecuencias adversas en el proceso penal⁸.

En efecto, en la práctica, en determinadas circunstancias, lo que no se dice o, para ser más precisos, lo que no se explica en aquellas situaciones que exigen una explicación, puede comportar consecuencias⁹, sin olvidar que, por otra parte, el silencio del acusado en el juicio oral va a permitir, además, traer a colación las declaraciones prestadas con anterioridad como material valorable dentro del conjunto probatorio.

Por eso sosteníamos que para salvaguardar el contenido esencial de tal derecho es imprescindible advertir al detenido no solo de su existencia, sino de sus consecuencias. Prevención que el Tribunal Supremo norteamericano consideró imprescindible para salvaguardar el privilegio de la Quinta Enmienda, esto es, para evitar la autoincriminación del detenido (*Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966))¹⁰.

7. Así, VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984, pág. 143: «...desde el punto de vista constitucional, si se reconoce un derecho a guardar silencio, no deberían poder derivarse consecuencias perjudiciales para el imputado que usa de su derecho...», pues, como advierte MORALES, Óscar: «El poder de las costumbres, ¿réquiem por el derecho al silencio?», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 36, 2014, pág. 54, disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4079/documento/art04.pdf?id=5041> [consulta 05/03/20]: «si el silencio puede tener consecuencias negativas para el acusado, no se trataría ya del ejercicio de un derecho, sino de una trampa procesal».

8. Precisamente porque pueden generarse consecuencias lesivas del derecho a guardar silencio, a fin de que su ejercicio no se vea mermado, NAVARRO MASSIP, Jorge, y MARTÍNEZ NOGUÉS, Clara: «¿Vulnera el derecho de defensa proponer la declaración del acusado para el acto de juicio oral?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2019, proponen que solo sea la defensa quien pueda proponer la declaración del acusado.

9. En cambio, en el Derecho norteamericano cualquier alusión al silencio del acusado, ya sea por el tribunal o por el fiscal, ha sido considerado una violación del principio constitucional que prohíbe obligar a una persona a declarar contra sí misma. Así, CARRIÓ, Alejandro: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 473, nota 10, con cita del caso *Griffin vs. California*, 380 U.S. 609 (1965). Sentencia que vino a establecer, recuerda MORALES: «El poder de las costumbres, ¿réquiem por el derecho al silencio?», cit., pág. 58, la doctrina de la prohibición de *adverse inference* iniciada con el caso *Malloy vs. Hogan*, 378 U.S. (1964) y que culminaría con el caso *Carter vs. Kentucky*, 450 U.S. 288 (1981) que ratificaría la prohibición de inferencias perjudiciales del silencio trasladando al presidente del tribunal la obligación de ilustrar al Jurado sobre dicha prohibición.

10. «In the absence of other effective measures, the following procedures to safeguard the Fifth Amendment privilege must be observed: the person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him». Síntesis de los Pp. 467-473 de la citada sentencia cuyo texto completo puede verse en la página web <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>, de la cual hemos extraído el párrafo transcrito [consulta 10/11/19]. Sobre el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse en Estados Unidos y, más particularmente, sobre la polémica genera-

Advertencia sobre el uso como prueba en un tribunal de lo que se diga que también debería realizarse en nuestro proceso penal, puesto que lo que se declara en sede policial, asistido de abogado y con información de derechos, pero, también sin presencia de letrado e, incluso, antes de ser advertido de tales derechos, puede llegar a ser objeto de valoración por el tribunal, aunque posteriormente el acusado se acoja a su derecho a guardar silencio o no ratifique su «espontánea» declaración.

Y, si bien es cierto que el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2006 que admitía que las declaraciones válidamente prestadas ante la policía podían ser objeto de valoración por el tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia, ha sido superado por la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo mediante el Acuerdo del Pleno de fecha 3 de junio de 2015 al establecer que las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio, no pueden operar como corroboración de los medios de prueba, ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 de la LECrim, sin que quepa tampoco su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 de la LECrim, ni su incorporación al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron, no lo es menos que, al mismo tiempo, se prevé que cuando los datos objetivos¹¹ contenidos en la autoinculpación sean acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias, en cuyo caso, a estos exclusivos efectos, para constatar la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron¹².

da y los problemas jurídicos a que dio lugar la citada sentencia, vid. BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, Jacobo: «El derecho a guardar silencio y a no inculparse», en *Derechos Procesales Fundamentales*, Madrid, 2004, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Manuales de Formación continuada, núm. 22, págs. 608-614. Y, también, MERKEL, Laura: «Apuntes clave sobre el origen, sentido y futuro del derecho al silencio», *Justicia*, núm. 1, 2016, págs. 448-454. Para una perspectiva histórica del derecho a guardar silencio y a no inculparse, así como un estudio del mismo en los EEUU, en el Reino Unido y en Alemania, véase ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: *El derecho a no inculparse*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 28-121.

11. Por «datos objetivos» explicita la STS de fecha 20 de febrero de 2017, núm. 98/2017, «nos referimos, por ejemplo, al reconocimiento de un homicidio, indicando donde se encuentra el cadáver, que efectivamente es hallado en el lugar señalado, o bien el arma, que también es encontrada en el lugar indicado, o un alijo de droga, es decir a elementos de carácter claramente objetivo. Pero no a supuestos en los que el investigado se auto inculpa policialmente sin que los agentes que presenciaron la declaración aporten ningún elemento manifestamente objetivo que, desconociendo previamente su existencia o localización, haya sido encontrado por la manifestación del investigado, limitándose la declaración de los policías en el juicio a dar cuenta de la inculpación. Si esta técnica se acogiese estaríamos nuevamente ante la reproducción del problema, admitiendo veladamente la validez probatoria de la declaración policial» (f.j.3).

12. Un completo análisis de la jurisprudencia que discurre de uno a otro Acuerdo puede verse en el fundamento jurídico 2º de la STS de fecha 20 de julio de 2015, núm. 487/2015, de la que fue ponente el Magistrado

Acuerdo relacionado con el valor probatorio de la autoincriminación en la declaración oficial incorporada al atestado¹³, esto es, con las declaraciones efectuadas en sede policial, con asistencia letrada y previa lectura de derechos, que no comprende, sin embargo, según la propia Sala Penal del Tribunal Supremo, las manifestaciones espontáneas de un sospechoso o detenido ante los agentes policiales.

En efecto, según puso de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de julio de 2020, núm. 418/2020, de la que fue ponente el Magistrado D. Manuel Marchena Gómez, el referido Acuerdo no fue concebido para dar respuesta a las manifestaciones espontáneas u oficiosas, respecto de las cuales hay que manejar otra doctrina para aclarar su virtualidad probatoria¹⁴.

¿Cuál es, entonces, el valor probatorio de las manifestaciones espontáneas autoincriminatorias si las declaraciones realizadas ante los agentes policiales carecen, en principio, de cualquier valor probatorio? ¿Y qué papel juega en ellas el derecho a guardar silencio y a no inculparse, en su caso?

2. Las manifestaciones espontáneas autoincriminatorias de sospechosos y detenidos ante los agentes policiales

A pesar de que jurisprudencial y doctrinalmente se encuentra asentada la expresión «declaraciones espontáneas» y que suelen denominarse también las mismas indistintamente como «manifestaciones espontáneas», parece más adecuado emplear esta locución¹⁵ para distinguir tales manifestaciones de las declaraciones realizadas en sede policial previa información de derechos y asistencia de letrado, las cuales se califican también como declaraciones «oficiales»

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

13. Como pone de relieve MAGRO SERVET, Vicente: «El valor probatorio de las declaraciones en sede policial», *La Ley*, núm. 9177, 13/04/2018, conforme al Acuerdo adoptado, para otorgar valor probatorio a la declaración policial se exige la concurrencia de cuatro elementos de forma consecutiva: declaración policial, datos objetivos, medios de prueba e inferencia.

14. Así también, recientemente, la STS de fecha 7 de marzo de 2024, núm. 228/2024 (f.j.2).

15. Utilizan también la expresión «manifestaciones espontáneas» en lugar de «declaraciones espontáneas», CAMPANER MUÑOZ, Jaime: *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, (2.ª edición revisada, actualizada y adaptada a las reformas procesales de 2015 y al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pág. 141; BARJA DE QUIROGA LÓPEZ en su *Tratado de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 626, y ZAMARRA ÁLVAREZ, Carmen M.ª: *Derechos y garantías del investigado en el proceso penal (Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Editorial Colex, 2021, pág. 109, obra coordinada, precisamente, por Jacobo Barja de Quiroga. Por su parte, ORMAZABAL SÁNCHEZ: *El derecho a no inculparse*, cit., pág. 209-211, aunque emplea también la locución «manifestaciones espontáneas» utiliza preferentemente la fórmula «autoinculpaciones espontáneas» o bien, en otras ocasiones, «manifestaciones autoinculpatorias».

frente a las que, simplemente, serían «oficiosas», dado que, como hemos expuesto, para el Tribunal Supremo, en la citada STS 418/2020, de 21 de julio, son «supuestos netamente diferenciados» (f.j.3).

Diferencia entre lo que es una declaración oficial efectuada en sede policial, con asistencia de letrado y previa advertencia de derechos, de lo que son manifestaciones espontáneas de un sospechoso a terceros o ante los agentes de la Policía, a la que ya hacía referencia la STS de fecha 22 de noviembre de 2011, núm. 1236/2011, de la que fue ponente el Magistrado D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, estableciendo en cuanto a éstas que no existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los terceros o funcionarios policiales que hayan recibido esas manifestaciones espontáneas del acusado, si bien aclarando que en cualquier caso se trata de un testimonio de referencia —*auditio alieno*— y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación del acusado:

«No puede aportar fehaciencia en cuanto a la realidad o veracidad del contenido de lo manifestado, lo que evidentemente queda ajeno a su conocimiento, pero es directo —*auditio proprio*— en cuanto al hecho en sí de haberse producido o exteriorizado por el acusado y de las circunstancias en que se produjo» (f.j.5)¹⁶.

Dichas manifestaciones espontáneas realizadas por los sospechosos o detenidos a los agentes policiales son, precisamente, el objeto de nuestro estudio en tanto que suponen una autoinculpación realizada sin garantía alguna. Por supuesto, sin asistencia letrada y, la mayoría de las veces, sin previa información de derechos, omitiendo, en particular, el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, no habiendo sido informado el declarante del mismo y, menos aún, de las consecuencias de sus «declaraciones».

Pero, ¿qué se entiende, pues, por «declaraciones espontáneas», conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo?

2.1. Concepto y requisitos

MUÑOZ CUESTA distinguiendo entre declaraciones del imputado en sede policial y declaraciones espontáneas del detenido ante la policía definía éstas como «aquéllas que hace el detenido ante los agentes policiales cuando se encuentra

16. Doctrina reiterada posteriormente en otras muchas resoluciones como, por ejemplo, las SSTS 03/12/13, núm. 878/2013; 30/01/14, núm. 16/2014; 24/07/17, núm. 597/17.

privado de libertad y que no son prestadas en el contexto formal ante un instructor y secretario, con lectura de derechos y con presencia de letrado»¹⁷.

Para BARJA DE QUIROGA LÓPEZ se definen por la propia jurisprudencia como «las manifestaciones autoincriminatorias que una persona realiza ante funcionarios policiales de una manera libre y voluntaria y al margen de cualquier interrogatorio policial o de cualquier indagación previa por parte de estos funcionarios»¹⁸.

A la luz de la jurisprudencia dictada sobre las mismas, refiriéndose a la «confesión espontánea», GOYENA HUERTA, con cita de la STS 25/03/2014, núm. 229/2014, entiende por tal: «i) una comparecencia por propia iniciativa de una persona ante los agentes de policía, a quienes instantáneamente revela su participación en un hecho delictivo; ii) una manifestación que se produce espontáneamente, sin interrogatorio y sin sugestión ninguna, y que tiene lugar cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar de comisión del delito; o iii) una declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza policial, por ejemplo, cuando un sospechoso es trasladado a dependencias policiales en un vehículo oficial»¹⁹.

MONTORO SÁNCHEZ las define como «todas aquellas que se producen extramuros del acto de la declaración que obedecen a la mera voluntad del sujeto y no son provocadas o inducidas directa o indirectamente por los agentes policiales» y distingue las siguientes modalidades: «a) las que se vierten en una comparecencia voluntaria del sujeto; b) las que se producen de forma espontánea, sin ser interrogado, en el lugar dónde es sorprendido el sospechoso; c) las espontáneas a las que sigue la aportación de un dato fáctico esencial que es desconocido por la policía que se revela como cierto»²⁰.

Salvo la primera modalidad, que se trataría, más bien, de un supuesto de «confesión extrajudicial» a iniciativa exclusiva del declarante que viene a reconocer voluntariamente su autoría o participación en unos hechos delictivos cuando todavía no existe investigación alguna en curso o, cuando menos, no se dirige todavía concretamente contra el confesante (y cuyo valor probatorio descansa-

17. MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier: «Valor probatorio de las declaraciones de imputados ante policía: declaraciones espontáneas del detenido», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013.

18. BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Tomo I), cit., pág. 626.

19. GOYENA HUERTA, Jaime: «La policía judicial y el proceso penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2019.

20. MONTORO SÁNCHEZ, Juan Alejandro: «Las diligencias de investigación practicadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en *Manual de Derecho Procesal Penal para Guardias Civiles*, Raúl Sánchez Gómez y Juan Alejandro Montoro Sánchez (coord.), Dykinson, Madrid, 2021, pág. 98.

ría, en realidad, en la ulterior declaración prestada ante la autoridad judicial con asistencia letrada), en las otras dos modalidades el contexto es absolutamente diferente por cuanto la presencia policial no es meramente pasiva, sino que se produce en el marco formal de la investigación policial o judicial que se está llevando a cabo en la que el declarante figurará, si no se ha procedido ya a su detención, como mínimo, como sospechoso y, en consecuencia, su «espontánea» declaración vendrá condicionada inevitablemente por tal circunstancia²¹.

En estos casos, a nuestro entender, el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse ha de jugar, necesariamente, un papel distinto al que tiene en la confesión extrajudicial porque no es lo mismo, obviamente, autoinculparse de un delito compareciendo voluntariamente en unas dependencias policiales, tras haber decidido así hacerlo, cuando no hay investigación policial o judicial alguna en curso o, cuando menos, no dirigida todavía concretamente contra quien confiesa, que autoinculparse cuando se ha sido sorprendido por la policía en el lugar de los hechos o, incluso, ya se ha sido detenido. Este diferente contexto determina, sin duda alguna, la «espontaneidad» de las manifestaciones de quien se encuentra en tales situaciones.

Por su parte, tras el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 3 de junio de 2015, la Sala Segunda del Tribunal Supremo sintetiza su postura sobre las manifestaciones espontáneas en la sentencia dictada en fecha 3 de noviembre de 2015, núm. 652/2015, reiterada en múltiples ocasiones desde entonces (entre otras, SSTs 24/05/17, núm. 376/2017, f.j.4; 12/06/20, núm. 308/2020, f.j.1), poniendo el acento en aquellos supuestos en los que el declarante aporta datos fácticos esenciales desconocidos hasta ese momento por las fuerzas policiales:

«Esta Sala admite como manifestaciones espontáneas supuestos de declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provo-

21. No se incluyen, por tanto, como «declaraciones espontáneas» otros «supuestos asimilables» como los que trata DEL MORAL GARCÍA, Antonio: «Declaración del delincuente», en *La prueba en el proceso penal*, Antonio Pablo Rives Seva (director), Editorial Aranzadi, 7ª ed., 2021, y que, según dicho autor, guardan analogía con las mismas como puedan ser las declaraciones obtenidas por agentes de la policía actuando como infiltrados o las prestadas por un sospechoso al que se graba por un particular de manera subrepticia tras ganarse su confianza (caso del llamado «padre coraje»), si bien subrayando que es necesario distinguir entre las actuaciones de los poderes públicos, que no pueden obtener confesiones de forma subrepticia, y los particulares. Tampoco cabe tratar como «declaraciones espontáneas» las manifestaciones que haya podido realizar un detenido ante el facultativo o forense que le ha atendido, las cuales, como advierte el referido autor, con cita de la STS 734/2015, de 11 de noviembre, no pueden constituir en ningún caso material probatorio utilizable.

cadav mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que acepta esta Sala que se valoren probatoriamente si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (pero en ningún caso la provocaron)» (f.j.10).

Se exige, pues, inexcusablemente, en primer lugar, que tales manifestaciones sean «espontáneas», esto es, libres y voluntarias, no provocadas ni inducidas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales.

En este sentido, la STS de fecha 12 de abril de 2006, núm. 418/2006, de la que fue ponente el Magistrado D. Andrés Martínez Arrieta, ya estableció que el derecho a no declarar del detenido no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que quiera realizar porque:

«Lo prohibido es la indagación, antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales»²².

Y, con cita de la STS 25/2005, 21 de enero, añadía que «las manifestaciones que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico y pueden ser confluentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social» (f.j.6).

Sentencia relevante por cuanto en el caso enjuiciado el acusado se encontraba detenido y había expresado a los funcionarios de policía su intención de hacer uso de su derecho a no declarar produciéndose las «declaraciones espontáneas» durante su traslado desde las dependencias de una brigada de investigación a una comisaría ante funcionarios policiales ajenos a la investigación «que no requieren una respuesta al trasladado».

Contrariamente, no pueden ser calificadas como «espontáneas» las manifestaciones efectuadas en las dependencias policiales en respuesta a un interrogatorio policial preliminar sobre los hechos presuntamente delictivos.

En efecto, tal como establece la STS de fecha 25 de marzo de 2014, núm. 229/2014, «no es espontáneo lo que se manifiesta en respuesta a unas pregun-

22. Doctrina reiterada en múltiples ocasiones desde la STS de 5 de noviembre de 2008, núm. 667/2008, hasta la más reciente de 11 de abril de 2024, núm. 314/2024, que recuerda que, a pesar de que tales declaraciones no puedan integrar el material probatorio, ello no es óbice para que posibiliten la investigación de los extremos revelados que no fueran conocidos previamente (f.j.14).

tas específicas sobre los hechos objeto de investigación, realizadas por los agentes policiales responsables de la misma, en las propias dependencias policiales y después de haber sido conducido el sospechoso a dichas dependencias por los agentes actuantes» (f.j.8).

En la misma línea, la STS de fecha 27 de junio de 2014, núm. 534/2014, no considera como «manifestación espontánea» la conversación que tuvo el detenido con el funcionario policial que le condujo a los calabozos en la que, ante la queja por su situación, el agente le expuso las pruebas que existían en su contra y fue tras ello cuando el detenido manifestó su participación en los hechos y la cantidad de cocaína que le iba a ser entregada y tenía que trasladar (f.j.1).

En idéntico sentido resuelve también la STS de fecha 15 de octubre de 2014, núm. 721/2014, por haberse realizado el interrogatorio del investigado por el Grupo de Estupefacientes en el mismo lugar donde supuestamente se realizaba el tráfico para, a la vista de sus respuestas, que parecían avalar su participación en el mismo, conducirlo a Comisaría, iniciando un interrogatorio preliminar, sin abogado, en el que se le preguntó específicamente sobre los hechos objeto de investigación, reconocidos los cuales, el detenido fue informado de sus derechos y se llamó a su abogado (f.j.3).

Más recientemente, la STS de fecha 4 de marzo de 2021, núm. 197/2021, expulsa del material probatorio las supuestas manifestaciones espontáneas del sospechoso, realizadas momentos antes de su detención, por cuanto su «confesión» se efectuó voluntariamente, según el propio atestado policial, «al ser preguntado». En la medida que tales manifestaciones se realizaron contestando a preguntas formuladas directamente por los agentes, sin previa información de derechos, no podían considerarse «espontáneas», pero tampoco las efectuadas después, durante su traslado a dependencias policiales por cuanto, pese a estar entonces ya advertido de sus derechos, no contaba con asistencia letrada y sus manifestaciones «podrían estar condicionadas por las revelaciones iniciales» (f.j.2).

En estos casos, se produce una flagrante vulneración de derecho de defensa y, tal como establece la primera de las sentencias mencionadas (STS 25/03/14), «constituiría un verdadero fraude procesal que, no constituyendo prueba de cargo la autoincriminación policial con asistencia de abogado, no ratificada en sede judicial, se admitiese como prueba de cargo válida la misma incriminación en un interrogatorio preliminar, sin abogado y sin previa información de derechos» (f.j.8).

Las manifestaciones espontáneas han de haberse prestado, pues, de forma voluntaria y libre, sin haber sido provocadas o inducidas, directa o indirectamente, por los agentes policiales. Con todo, la garantía de que ello ha sido así

queda en manos de los mismos agentes policiales que estaban presentes cuando se llevaron a cabo y las escucharon, circunstancia que plantea graves problemas cuando tales manifestaciones no son posteriormente ratificadas en sede policial y tampoco en sede judicial, acogiéndose entonces el detenido e investigado a su derecho a guardar silencio o, simplemente, negando haber realizado tales manifestaciones.

Sin perjuicio de no desconocer la reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos premisa general de que las autoridades públicas de los Estados miembros actúan de buena fe en la actividad destinada a la obtención de evidencias (entre otras, STEDH 26/09/20223, caso Yüksel Yalçinkaya c. Turquía) y de que no existe, a priori, razón alguna para dudar de la veracidad de los agentes policiales, precisamente en función de su profesionalidad, formación y la inserción de la Policía Judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho, conforme a los artículos 104 y 126 de la Constitución (entre otras, STS 12/06/2020, núm. 208/2020, f.j.1), no cabe desconocer tampoco que la garantía de que una declaración se ha prestado de forma voluntaria y libre, sin coacción alguna y con pleno conocimiento del derecho a no autoincriminarse, es la presencia de letrado en la misma²³.

Huelga decir que en estos casos los agentes policiales no son meros testigos pasivos que hayan estado presentes durante las manifestaciones del sospechoso o detenido por mera casualidad, sino que su presencia durante las mismas se debe precisamente al hecho de estar desarrollando su función profesional en el marco formal de una investigación policial o judicial y, simultáneamente, la situación del declarante obedece a la que, en concreto, los agentes policiales le hayan atribuido en esos momentos como consecuencia de su intervención²⁴.

23. Conforme a reiterada doctrina constitucional, entre otras STC 252/1994, de 19 de septiembre, con cita de la STC 196/1987, de 11 de diciembre, el derecho a la asistencia letrada del detenido en las primeras diligencias policiales, conforme al artículo 17.3 de la Constitución, funcionalmente, tiende a «asegurar (con la presencia personal del Letrado) que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma» (f.j.4). En definitiva, concluye dicha sentencia, aunque la garantía de la libertad personal que subyace al art. 17.3 de la Constitución, no alcanza a imponer la asistencia letrada en los términos y con la intensidad propios de un proceso en curso, cuando entra en juego el artículo 24.2, en las diligencias policiales y judiciales, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Constitución, la función del letrado consistirá en garantizar la integridad física del detenido y evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten.

24. Surge, en estos casos, de modo inevitable, como señala CAMPANER MUÑOZ: *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, cit., págs. 144-145, una sospecha objetiva de parcialidad en las declaraciones testificales de los investigadores policiales. Para este autor, no existe garantía de que las manifestaciones fueran tales, ni de que fueran espontáneas y voluntarias: «Es más, resulta frecuente en la práctica que los agentes policiales realicen comentarios genéricos —incluso sugerencias— al detenido acerca de la supuesta conveniencia de colaborar con la investigación mediante técnicas más o menos sutiles como

No estamos ante fuentes probatorias obtenidas por particulares sin conexión alguna con la actividad estatal, por utilizar la fórmula de la conocida sentencia del «caso Falciani» (STS 23/02/2017, núm. 116/2017), sino precisamente obtenidas por los agentes policiales encargados de la misma, cuya labor, como señalaba NIEVA FENOLL, «es razonable pensar que con frecuencia pueda verse inevitablemente condicionada psicológicamente por un exceso de celo, o, por el ansia legítima por resolver una investigación, hallar un culpable y presentarlo ante la Justicia»²⁵.

De ahí que se exija, en segundo lugar, que los funcionarios que se encontraban presentes cuando se produjeron tales manifestaciones comparezcan, en su caso, como testigos en el correspondiente juicio oral sometiendo su declaración a debate contradictorio. Testigos que, como advierte CAMPANER MUÑOZ, no son más que testigos de referencia, de modo que solo cabría acudir a su testimonio, en realidad, cuando no fuera posible escuchar al genuino testigo, el directo, quien no es otro que el propio acusado²⁶.

Y, en tercer lugar, introducidas en el juicio oral mediante declaración sometida a contradicción de los agentes que las presenciaron, la jurisprudencia (entre otras, SSTS 25/03/14, núm. 229/2014, f.j.8; 24/05/17, núm. 376/2017, f.j.4; 23/01/20, núm. 679/2019, f.j.5; 20/09/23, núm. 651/2023, f.j.2) admite que se valoren probatoriamente tales manifestaciones espontáneas, no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, «si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen,...», pero, ¿qué formalidades y garantías son esas en el caso de las manifestaciones espontáneas?

pueden ser informar al detenido de la existencia de indicios incriminatorios que en realidad no existen (o no con la intensidad que se le transmite), o de una supuesta delación de otro detenido que en verdad no se ha producido; o incluso que, durante el traslado en el vehículo policial rumbo a la sala de interrogatorios, los agentes conversen entre sí sin dirigirse propiamente al detenido pero provoquen, voluntariamente o involuntariamente, alguna manifestación (¿espontánea?) por su parte».

25. NIEVA FENOLL, Jordi: «El discutido valor probatorio de las diligencias policiales», *La Ley*, núm. 6780, 17/09/2007. Sospecha objetiva de parcialidad de la que ya advertía con anterioridad también CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Tomo I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 253-259, si bien distinguiendo entre las declaraciones policiales derivadas de previas investigaciones realizadas activamente por los mismos policías declarantes, sobre los que pesaría, inevitablemente, tal sospecha, y las declaraciones policiales basadas en la simple percepción de algún hecho relevante para el enjuiciamiento del delito no investigado por el policía declarante, en las que no existiría tal sospecha al ser la conexión con el hecho conocido puramente casual.

26. CAMPANER MUÑOZ: *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, cit., pág. 145.

2.2. Formalidades y garantías

Para GUTIÉRREZ SANZ, tales formalidades y garantías suponen que el deponente ha sido informado de todos sus derechos, aunque no estuviera presente un abogado, de modo que únicamente podrán ser valoradas aquellas manifestaciones que se hagan siendo el detenido o sospechoso conocedor de sus derechos y, sobre todo, de su derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo²⁷.

En apoyo de esta conclusión, cita dicha autora la STS de 3 de noviembre de 2015, núm. 652/2015, de la que fue ponente el Magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Touron, según la cual las manifestaciones autoinculpatorias realizadas por el acusado en presencia de los guardias civiles encontrándose detenido «no pueden ser consideradas como elemento de corroboración pues, en primer lugar, no respetan el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, ya que no consta que el detenido hubiese sido informado de sus derechos y, en segundo lugar, no tienen cabida en la doctrina excepcional de esta Sala sobre las denominadas manifestaciones espontáneas, conforme al cambio jurisprudencial sobre esta materia consolidado en el Acuerdo de 15 de junio del año en curso» (f.j.10).

Sin embargo, lo cierto es que existen otras sentencias que admiten el valor probatorio de tales manifestaciones espontáneas incluso antes de que se haya informado de sus derechos al detenido²⁸. Así, por ejemplo, las SSTS 156/2000, de 7 de febrero, y 844/2007, de 31 de octubre, invocadas por la citada sentencia de 21 de julio de 2020, como doctrina a manejar para aclarar la virtualidad probatoria de las declaraciones espontáneas. Ciertamente, esta sentencia llegar a calificar de «aprovechables» los comentarios surgidos de forma espontánea y no provocada en dependencias policiales por quien ya ha sido detenido y «antes de ser advertido de sus derechos», conforme a las citadas sentencias.

La primera de tales resoluciones, la STS de 7 de febrero de 2000, núm. 156/2000, de la que fue ponente el Magistrado D. Luis Román Puerta Luis, partiendo de

27. GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa: *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal (Ante la Policía y ante el Ministerio Fiscal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 120. En este sentido, ORMAZABAL SÁNCHEZ: *El derecho a no incriminarse*, cit., pág. 300, en tanto que estamos ante manifestaciones con potencial autoincriminatorio, considera insoslayable que, si se pretende dotarlas posteriormente de algún valor probatorio, el detenido ha de haber sido instruido de su derecho a no autoincriminarse.

28. Información de derechos que plantea mayor problema cuando la inicial declaración se presta como testigo y, a raíz de la misma, se pasa a tener la consideración de investigado y, una vez informado de los derechos que como tal corresponden al declarante y asistido de letrado, no ratifica lo declarado previamente como testigo. En este caso, el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 2 de octubre de 2017, núm. 645/2017, ha considerado que la declaración inicial es procesalmente irregular, «privada de credibilidad», aunque ello no supone la anulación de todo el procedimiento penal, sino, en todo caso, la imposibilidad de ser tenida en cuenta a la hora de enjuiciar y fallar los hechos delictivos por el tribunal (f.j.2).

las circunstancias de que «ninguna ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, determinadas manifestaciones a la autoridad o a sus agentes, confesando su culpabilidad e incluso ofreciéndose a colaborar con ellos —cualesquiera que puedan ser los móviles de su conducta o la finalidad perseguida—», concluye que las manifestaciones hechas por el acusado —tras haber sido detenido y antes de ser informado de sus derechos—, fueron realizadas, voluntaria y espontáneamente, junto con la aceptación de colaborar con los agentes de autoridad en la búsqueda de la patera utilizada y de la droga transportada en ella. Conducta que no considera contraria al ordenamiento jurídico. Lo que no le parece correcto, sin embargo, aunque no constitutivo de infracción constitucional²⁹, es que dichas manifestaciones fueran recogidas por escrito en el atestado instruido con motivo de estos hechos y suscritas por el detenido:

«Los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito —al modo que consta al folio 28 de los autos— este tipo de declaraciones, hechas sin la previa información de los derechos que al detenido corresponden. Mas esta ilegalidad no tiene la categoría de infracción constitucional, precisa para la aplicación del art 11.1 de la LOPJ, sino que debe ser calificada de simple infracción de la legalidad ordinaria (art. 238.3 LOPJ), con la consecuencia de que la diligencia así practicada debe reputarse nula y, por ende, totalmente ineficaz desde el punto de vista de su posible eficacia probatoria —no susceptible, por lo demás, de subsanación—; pero que no afecta a la validez y posible eficacia probatoria de las ulteriores diligencias practicadas con pleno respeto de las exigencias legales y constitucionales (v. art. 242.1 LOPJ)».

Sin necesidad de entrar ahora a cuestionarnos la nulidad de tal actuación que, por cierto, había llevado a la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz a absolver a los acusados en dicha causa como autores de un delito contra la salud pública, por tráfico ilícito de drogas, por entender que todos los elementos de prueba del referido delito traían causa de las declaraciones prestadas por el acusado —detenido—, sin haber sido informado previamente de sus derechos y sin la presencia de letrado, la pregunta que surge en estos casos es obvia: ¿Por qué no había sido advertido todavía de sus derechos el detenido, entre ellos, fundamentalmente, su derecho a guardar silencio? ¿No debe, acaso, informarse inmediatamente de sus derechos a un detenido, conforme al artículo 520.2 de la LECrim?³⁰.

29. Conclusión que MORENO CATENA, Víctor: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 251, califica como «una más que dudosa doctrina jurisprudencial».

30. Recuérdese que dicho artículo, en su actual redacción, vigente desde 2015, establece que el detenido debe ser informado por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyen y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten, entre otros, de sus derechos a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez; a no

Es cierto que, como la misma sentencia refiere, los motivos que pueda tener el detenido para efectuar tales manifestaciones e, incluso, prestarse a colaborar con las fuerzas de seguridad pueden ser muy variados³¹, pero no lo es menos que tienen un evidente contenido autoincriminatorio, por lo que ¿no debería la policía, en caso de producirse una situación como la que se plantea, advertir inmediatamente, si no lo ha hecho ya, al sospechoso o detenido de su derecho a no autoincriminarse?³²

Téngase en cuenta, además, que el derecho a guardar silencio, así como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, se reconoce también en el artículo 118 de la LECrim a toda persona a quien se atribuya un hecho punible³³. Reconocimiento que amplía, en definitiva, el que hasta

declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y a designar abogado y, salvo los casos de detención o prisión incomunicada, a ser asistido por él sin demora injustificada. Precepto que, en su redacción anterior, con el derecho a designar abogado establecía poder solicitar su presencia para que asistiera a las diligencias policiales y judiciales de declaración, además de intervenir en todo reconocimiento de identidad de que se fuese objeto.

31. «...para evitar el agotamiento de la acción delictiva (piénsese en la posibilidad de informar de la colación de explosivos programados, de la pretensión de los implicados de matar a determinada persona, etc.), sea para evitar la desaparición de los útiles, de los efectos o de los instrumentos de delito (piénsese en los casos de depósitos de armas o de explosivos, del cuerpo del delito, etc.), sea para evitar la causación de perjuicios a terceras personas o para tratar de disminuirlos efectos de la acción delictiva, por cuanto este tipo de conductas —cuya eficacia puede depender en muchos casos de la intervención urgente de los agentes de la autoridad— están expresamente previstas en la propia ley como circunstancias que pueden atenuar la responsabilidad de los delinquentes y que, en todo caso, procede potenciar en cuanto confluentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social (v. art. 21.4ª, 5ª y 6ª C. Penal).» (f.j.3).

32. Como advierte, ORMAZABAL SÁNCHEZ: *El derecho a no incriminarse*, cit., pág. 300: «En la mayoría de los casos será francamente difícil justificar por qué motivo no se ha advertido al detenido que empieza a mostrarse «locuaz» o «comunicativo» de su derecho a no autoincriminarse.» Contrariamente, para la STS 15/10/21, núm. 784/201, la locuacidad del acusado ante la policía judicial parece que sería suficiente justificación: «...la Sala no aprecia que haya existido infracción constitucional alguna cuando fue el recurrente el que de manera voluntaria estuvo dando explicaciones a los agentes que realizaron la conducción, como señaló el agente que le detuvo, quien afirmó que él no podía hacer callar al recurrente que voluntariamente estaba dando explicaciones.» (f.j.1).

33. 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, establece en su artículo 7 el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo en los siguientes términos: «1. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o se les acuse. 2. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a no declarar contra sí mismos. 3. El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados. 4. Los Estados miembros podrán permitir a sus autoridades judiciales que, al dictar sentencia, tomen en consideración un comportamiento cooperador por parte de los sospechosos y acusados. 5. El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate. 6. 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». Sobre este particular y otros aspectos de la citada Direc-

entonces establecía el artículo 520.2 de la LECrim a toda persona detenida o presa³⁴.

Todo ello sin olvidar que es preceptiva la asistencia letrada, conforme al artículo 767 de la LECrim, desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada. Por tanto, detenido o no, todo imputado tiene derecho a ser asistido de letrado.

Y, por su parte, la segunda sentencia, de fecha 31 de octubre de 2007, núm. 844/2007, de la que fue ponente el Magistrado D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, con cita de la anterior y de la STS de 2 de octubre de 2003, núm. 1266/2003, reitera la validez probatoria de la confesión extrajudicial efectuada sin asistencia de letrado y sin garantía procesal alguna siempre que se incorpore al juicio oral y sea sometida a debate contradictorio con presencia de los agentes policiales ante quienes se realizó, de forma que las partes puedan interrogarles sobre ese extremo, recordando al mismo tiempo que debe ser valorada con cautela y debe estar corroborada por otros elementos probatorios (f.j.2).

Sin perjuicio de insistir en la ineficacia probatoria de las diligencias policiales, ya advertía NIEVA FENOLL del valor privilegiado que por aquel entonces se estaba dando por parte de la jurisprudencia a las declaraciones testificales prestadas por los agentes de la policía en el acto del juicio oral y concluía que las declaraciones de los policías intervinientes en la investigación deben ser valoradas con mucha mayor prudencia que las de cualquier otro testigo, dado que, al

tiva, véase el artículo de Rafael REBOLLO VARGAS: «El derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a estar presente en juicio: Análisis y pautas interpretativas sobre algunas cuestiones de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 128, septiembre 2019, págs. 177-203.

34. En efecto, como advertía ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (Interpretación jurisprudencial del *ius tacendi*)», *La Ley*, núm. 6418, 9 de febrero de 2006, ref. D-37, pág. 1413, la redacción dada al artículo 520 de la LECrim por la LO 14/1983, de 12 de diciembre, resultaba criticable al vincular tales derechos con la detención y la prisión provisional (ap. 1), en lugar de haber establecido los mismos como manifestaciones del legítimo derecho de defensa a favor de cualquier persona detenida o imputada, lo que resultaría más acorde con los artículos 17.3 y 24.2 CE. Precisamente porque la Constitución no realiza tales distinciones, consideraba HUERTAS MARTÍN, M. Isabel: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, José M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1999, pág. 292, que no había mayor dificultad en ampliar el campo de aplicación de tales derechos a toda persona contra la cual se dirigiese un procedimiento penal, hubiere sido o no detenida o presa. Con anterioridad, GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel: *El comportamiento procesal del imputado (Silencio y falsedad)*, Barcelona, 1979, págs. 49-50, ya advertía que el derecho del imputado al silencio y a la falsedad alcanza al sujeto a proceso penal en cualquiera de sus grados y que, en consecuencia, puede hacerse uso de tal derecho no solo en la fase de juicio oral, sino también en la fase de instrucción sumarial e, incluso, en el ámbito de los interrogatorios y declaraciones efectuadas ante la policía judicial.

margen de otras cuestiones, «en su actuación investigadora no concurren, y no pueden concurrir, las características de independencia e imparcialidad»³⁵.

Cautela valorativa que subraya también, entre otras, la sentencia de fecha 7 de octubre de 2014, núm. 655/2014, de la que fue ponente la Magistrada D.^a Ana María Ferrer García, cuando nos encontramos ante un reconocimiento de los hechos realizado por el detenido no efectuado en el curso de una declaración formal ni a presencia de letrado:

«Nos encontramos ante manifestaciones espontáneas del acusado, que no ha ratificado a presencia judicial. Se trata de un material probatorio que ha de ser valorado con cautela, de manera que resulte inobjetable que se ha obtenido sin vulneración de los derechos del acusado» (f.j.6).

Existe, en definitiva, tal como reitera, con cita de otras muchas, la STS de 24 de enero de 2024, núm. 66/2024, todo un corpus jurisprudencial que considera material probatorio utilizable las manifestaciones realizadas por sospechosos y detenidos ante funcionarios policiales no solo antes de contar con asistencia letrada, sino incluso antes de haber sido informado siquiera de su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse.

2.3. Valor probatorio

Se reconoce así valor probatorio a este tipo de manifestaciones autoincriminatorias siempre que sean realmente espontáneas, sean introducidas como medio probatorio en el debate contradictorio que supone el juicio oral a través de la declaración de los agentes que directamente las percibieron y se constate que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento y la Constitución establecen, sin considerar que con ello se esté vulnerando lo establecido en los artículos 17.3 y 24.2 de la misma.

Sin embargo, de este modo, como bien dice CAMPANER MUÑOZ, esta jurisprudencia constituye un lamentable retroceso en materia de garantías del investigado³⁶.

35. NIEVA FENOLL, Jordi: «El discutido valor probatorio de las diligencias policiales», cit.

36. CAMPANER MUÑOZ: *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, cit., pág. 143-144 y, más recientemente: «Con la soga al cuello: Hacia una lectura constitucional del *nemo tenetur* previo a la asistencia letrada», en *El derecho de defensa en la justicia penal digital*, Juan Carlos Ortiz Pradillo y Antonio Abellán Albertos (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 33-60, donde sostiene que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha conferido un «valor hipertrofiado» a las manifestaciones espontáneas de los detenidos a los agentes policiales.

En efecto, a nuestro entender, el respeto al contenido esencial del derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo debería impedir poder hacer uso de las conocidas como manifestaciones o declaraciones espontáneas de carácter autoincriminatorio realizadas por los sospechosos o detenidos ante los funcionarios policiales³⁷.

Antes de la información de derechos, las manifestaciones espontáneas llevadas a cabo por sospechosos o detenidos ante agentes policiales no deberían tener valor alguno y no deberían poder introducirse en el juicio oral mediante la declaración testifical de los agentes policiales que las presenciaron o escucharon³⁸.

En este sentido, aunque se tratase de un mero *obiter dicta*, la sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha 22 de octubre de 2009, núm. 1030/2009, de la que fue ponente el Magistrado D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, en su fundamento jurídico 3º, establecía:

«Las manifestaciones realizadas de forma espontánea a agentes policiales por un imputado, ya detenido, no pueden ser valoradas como prueba de cargo si no son reiteradas ante la autoridad judicial en declaración prestada con todas las garantías (STC nº 51/1995 y STC nº 206/2003, entre otras muchas). En primer lugar, porque la declaración del imputado, y con mayor razón si está detenido, solo es válida, a cualquier efecto, si viene rodeada de las garantías que impone la Constitución y la ley: previa y adecuada información de sus derechos y asistencia letrada, previsiones orientadas a garantizar que la declaración se presta de forma voluntaria y libre. En segundo lugar, porque solamente ante el Juez es posible preconstituir prueba, lo que conduce a negar valor probatorio, propio y autónomo, a cuantas diligencias de declaración sean prestadas ante agentes de la autoridad, si luego no son ratificadas ante la autoridad judicial con todas las garantías exigibles.»

Sin embargo, no es ésta, como hemos expuesto, la doctrina jurisprudencial vigente sobre las manifestaciones espontáneas de sospechosos o detenidos ante los funcionarios policiales respecto de las cuales se admite la declaración prestada por los agentes que las escucharon, si bien, obviamente, no pueden servir para fundamentar una condena exclusivamente sobre ellas como prueba

37. En este sentido, GARCÍA MUÑOZ, Pedro Luis: «Declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados», en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González (directores), Madrid, 2011, La Ley, pág. 224.

38. En caso contrario, como advierte también CAMPANER MUÑOZ: *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, cit., pág. 143-144, los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable quedarán vaciados de contenido real en el proceso subsiguiente, sea cual sea la conducta procesal del inculcado en el mismo.

de cargo, la cual habrá de sostenerse en otros medios de prueba suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.

Medios probatorios de cargo estos en los que ha de basarse, en su caso, la condena sin que puedan servir tales declaraciones testificales más que para reforzar, en su caso, lo acreditado por aquéllos³⁹.

El problema se produciría si tales declaraciones testificales de los agentes policiales fueran la única prueba de cargo existente por no haber obtenido otras fuentes de prueba, en cuyo caso no podría sino dictarse una sentencia absoluta, tal como ocurrió en el caso analizado por la STS dictada en fecha 30 de mayo de 2003, núm. 779/2003 (f.j.5).

Con todo, se trata de supuestos bastante improbables en la práctica por cuanto las iniciales manifestaciones espontáneas, a pocos «datos objetivos» que hayan aportado, habrán dado lugar a la correspondiente investigación policial cuyos resultados se desconectarán jurídicamente de aquéllos pese a su conexión causal, como ya se ha encargado de establecer el Tribunal Supremo en un ejemplo más del desmantelamiento de la doctrina de la prueba ilícita.

En efecto, se admite, asimismo, la validez de las manifestaciones espontáneas cuando operan como denuncia o *notitia criminis* de la que arranca una investigación tendente a comprobar las mismas, negando además que exista conexión de antijuricidad alguna entre lo manifestado y lo posteriormente investigado como «datos objetivos».

Así, entre otras, la STS de 6 de febrero de 2019, núm. 739/2018, de la que fue ponente el magistrado D. Pablo Llarena Conde, tras exponer diversas resoluciones que consideran material probatorio utilizable las declaraciones prestadas espontáneamente por detenidos ante funcionarios policiales, tanto después de haber sido informados de sus derechos procesales como antes de haber sido informados de su derecho a guardar silencio o no confesarse culpables, concluye:

«La expresada doctrina, con las modulaciones propias de cada supuesto específico, viene aún con todo referida a la utilización de las manifestaciones espontáneas del detenido como prueba de cargo, esto es, como instrumento orientado a justificar la concurrencia de cualquiera de los elementos necesarios para sustentar una responsabilidad criminal por los hechos investigados, ya se proyecte sobre el pro-

39. En este sentido, las SSTS 15/06/20, núm. 315/2020 (f.j.4), 07/04/21, núm. 290/2021 (f.j.6) y 22/06/22, 619/2022 (f.j.5), de las que fue ponente la Magistrada D.^a Ana M.^a Ferrer García, subrayan el carácter complementario y residual de esta prueba.

pio detenido, ya lo haga sobre el resto de partícipes involucrados en los hechos sometidos a proceso. Cuando las manifestaciones rompen su conexión respecto a la actividad probatoria en el proceso, operando como denuncia o *noticia criminis* de la que arranca la investigación de hechos distintos y que precisan de sus propios elementos confirmadores, no existe la vinculación del material probatorio con la transgresión constitucional que contempla la anulación del artículo 11 de la LOPJ, por lo que tampoco puede apreciarse ningún impedimento a que se inicie un investigación que revalide las afirmaciones o desvanezca las sospechas. Podrá apreciarse en estas ocasiones una conexión natural entre la declaración y el inicio de un proceso, pero será jurídicamente irrelevante en cuanto a poder anular los esfuerzos de investigación y prueba que despierte la revelación, pues como sostenía el Tribunal Constitucional en su sentencia 259/05, de 24 de octubre, la conexión de antijuricidad desaparece cuando la prueba refleja resulte ajena a la vulneración del derecho y las necesidades esenciales de tutela del derecho no impongan la prohibición de valorarla» (f.j.2).

En idéntico sentido, para la jurisprudencia constitucional, desde la STC 161/1999, de 27 de septiembre, posterior al establecimiento de la doctrina de la conexión de antijuricidad por la conocida STC 81/1998, de 2 de abril, la declaración autoincriminatoria no solo del acusado en el juicio oral (SSTC 136/2006, de 8 de mayo, y 49/2007, de 12 de marzo), sino incluso del imputado en fase de instrucción (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, y 184/2003, de 24 de octubre), ha constituido, en definitiva, una más de las excepciones a la ilicitud de la prueba refleja.

Sin embargo, como ya advertía BARJA DE QUIROGA, para conseguir que se respete el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse sería preciso que se asociase con una regla de exclusión probatoria y con la prohibición de valorar los efectos reflejos a fin de que no pueda ser valorada su declaración en absoluto⁴⁰. No es ésta, lamentablemente, como hemos expuesto, la postura del Tribunal Supremo y, menos aún, la de Tribunal Constitucional que parece haber puesto final a la doctrina de la prueba ilícita tras su sentencia 97/2019, de 16 de julio, degradándola al ámbito de la legalidad ordinaria, a una mera irregularidad procesal⁴¹. Construcción que permitirá, en último término, otorgar eficacia probatoria a las manifestaciones espontáneas autoincriminatorias, incluso cuando se hayan llevado a cabo sin garantía alguna.

40. BARJA DE QUIROGA LÓPEZ: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 541.

41. ASENCIO MELLADO, José María: «La STC 97/2109, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», *La Ley*, núm. 9499, 2019.

3. Conclusiones

Si, conforme al Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2015, las declaraciones prestadas ante los funcionarios policiales, con asistencia letrada y previa información de derechos, no tienen valor probatorio, no pueden operar como corroboración de los medios de prueba, no pueden ser contrastadas por la vía del artículo 714 de la LECrim, no pueden utilizarse como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 de la LECrim y no cabe su incorporación al acervo probatorio mediante la declaración testifical de los agentes policiales que las recogieron, menos aún debería ser posible hacerlo con las manifestaciones espontáneas autoincriminatorias prestadas por sospechosos y detenidos sin asistencia letrada y sin previa información de derechos, no ratificadas posteriormente.

Si los «datos objetivos» contenidos en tales manifestaciones espontáneas han resultado acreditados por otros medios de prueba, no hay necesidad alguna de corroborar los mismos con el testimonio de los agentes que escucharon tal autoinculpación y, si no han resultado acreditados por otros medios de prueba, tampoco podrán servir en ningún caso para fundamentar una posible condena, por lo que no deberían tener entrada en el juicio oral en modo alguno.

Únicamente en el caso de quien confiesa un delito, voluntaria y conscientemente, sin haber sido siquiera considerado formalmente sospechoso por la policía, cabría admitir la «espontaneidad» de su declaración. En los demás casos, cuando la policía ya se ha dirigido a un individuo como sospechoso y, por supuesto, cuando ha procedido a su detención, cualquier declaración que pueda efectuar ha de venir precedida de la correspondiente información de derechos, fundamentalmente, de su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, a fin de que sea consciente de que, a partir de ese momento, «todo lo que diga podrá ser usado en su contra en un tribunal».

Pero no ha de bastar una mera información de derechos, puramente formal, sino que, como venimos sosteniendo, se ha de advertir de las consecuencias que puede tener el no hacer uso de tal derecho, cuando menos, de que lo que se diga a partir de ese momento podrá ser utilizado en la investigación y, en su caso, en el proceso penal subsiguiente y, para ello, es imprescindible la asistencia letrada.

En caso contrario, se produce, a nuestro entender, una flagrante vulneración del contenido esencial del derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse. Y es que la única forma de garantizar realmente el contenido esencial de tal derecho es informar del mismo y de sus consecuencias de forma inmediata no solo a los detenidos, por supuesto, sino también a los sospechosos que «espontáneamen-

te» proceden a autoinculparse de hechos delictivos en presencia de los agentes policiales, quienes deberían proceder, en ese caso, a advertirles de las consecuencias de sus manifestaciones, modificar su condición de meros sospechosos e informarles inmediatamente de su situación y sus derechos, tal como ocurre con un testigo que se autoinculpa en su declaración y pasa a tener la condición de investigado con el consiguiente cambio de su estatus procesal.

Si no se respeta el contenido esencial del derecho a guardar silencio en la fase preprocesal del proceso penal, difícilmente podrá desplegar efecto alguno con posterioridad en la fase procesal y no es sólo en sede judicial donde un Estado de Derecho ha de garantizar el derecho de defensa, sino también, previamente, en sede policial salvaguardando el derecho del imputado a no autoincriminarse, a no constituirse en fuente de prueba, en definitiva, y la única forma realmente eficaz de conseguirlo es mediante la exclusión probatoria de las manifestaciones espontáneas autoincriminatorias realizadas sin asistencia letrada y previa información de derechos.

4. Bibliografía citada

- ASENCIO MELLADO, José María: «La STC 97/2109, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita», *La Ley*, núm. 9499, 2019.
- BANACLOCHE PALAO, Julio: «El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto 2000, págs. 179-201.
- BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, Jacobo: «El derecho a guardar silencio y a no inculpinarse», en *Derechos Procesales Fundamentales*, Madrid, 2004, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Manuales de Formación continuada, núm. 22, págs. 608-614.
- BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Tomo I), 7ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- CAMPANER MUÑOZ, Jaime: *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba* (2.ª edición revisada, actualizada y adaptada a las reformas procesales de 2015 y al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- CAMPANER MUÑOZ, Jaime: «Con la soga al cuello: Hacia una lectura constitucional del *nemo tenetur* previo a la asistencia letrada», en *El derecho de defensa en la justicia penal digital*, Juan Carlos Ortiz Pradillo y Antonio Abellán Albertos (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- CARRÍO, Alejandro: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Tomo I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- DEL MORAL GARCÍA, Antonio: «Declaración del delincuente», en *La prueba en el proceso penal*, Antonio Pablo Rives Seva (director), Editorial Aranzadi, 7ª ed., 2021.
- DUART ALBIOL, Juan José: «La ley del silencio en el proceso penal», *Justicia*, núm. 2, 2021, págs. 339-398.
- GARCÍA MUÑOZ, Pedro Luis: «Declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados», en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González (directores), Madrid, 2011, La Ley, pág. 162-259.
- GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel: *El comportamiento procesal del imputado (Silencio y falsedad)*, Barcelona, 1979.
- GOYENA HUERTA, Jaime: «La policía judicial y el proceso penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2019.
- GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa: *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal (Ante la Policía y ante el Ministerio Fiscal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- HUERTAS MARTÍN, M. Isabel: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, José M.ª Bosch editor, Barcelona, 1999.
- MAGRO SERVET, Vicente: «El valor probatorio de las declaraciones en sede policial», *La Ley*, núm. 9177, 13/04/2018.
- MERKEL, Laura: «Apuntes clave sobre el origen, sentido y futuro del derecho al silencio», *Justicia*, núm. 1, 2016, págs. 448-454.
- MONTORO SÁNCHEZ, Juan Alejandro: «Las diligencias de investigación practicadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», en *Manual de Derecho Procesal Penal para Guardias Civiles*, Raúl Sánchez Gómez y Juan Alejandro Montoro Sánchez (coord.), Dykinson, Madrid, 2021.
- MORALES, Óscar: «El poder de las costumbres, ¿réquiem por el derecho al silencio?», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 36, 2014, disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4079/documento/art04.pdf?id=5041> [consulta 05/03/20].
- MORENO CATENA, Víctor: *Derecho Procesal Penal*, 11ª ed., con Valentín Cortés Domínguez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier: «Valor probatorio de las declaraciones de imputados ante policía: declaraciones espontáneas del detenido», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013.
- NAVARRO MASSIP, Jorge, y MARTÍNEZ NOGUÉS, Clara: «¿Vulnera el derecho de defensa proponer la declaración del acusado para el acto de juicio oral?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2019.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «El discutido valor probatorio de las diligencias policiales», *La Ley*, núm. 6780, 17/09/2007.

- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: *El derecho a no inculpinarse*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (Interpretación jurisprudencial del *ius tacendi*)», *La Ley*, núm. 6418, 09/02/2006, ref. D-37, págs. 1409-1418.
- REBOLLO VARGAS, Rafael: «El derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a estar presente en juicio: Análisis y pautas interpretativas sobre algunas cuestiones de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 128, septiembre 2019, págs. 177-203.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto: *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984.
- VELAYOS MARTÍNEZ, M.^a Isabel: «El derecho del imputado al silencio», *Justicia*, núm. I-II, 1995, pág. 59-93.
- ZAMARRA ÁLVAREZ, Carmen M.^a: *Derechos y garantías del investigado en el proceso penal (Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Editorial Colex, 2021.

IX | La identificación biométrica remota «en diferido» en el Reglamento (UE) 2024/1689 de Inteligencia Artificial¹

José Francisco Etxeberria Guridi

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA EN ESPACIOS DE ACCESO PÚBLICO CON FINES DE GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL DERECHO: ELEMENTOS EN COMÚN. 2.1. LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA. 2.2. EL CONCEPTO DE DATO BIOMÉTRICO. 2.3. LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA «REMOTA». 2.4. LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA «EN ESPACIO DE ACCESO PÚBLICO». 2.5. IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA «CON FINES DE GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO». 3. IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA «EN TIEMPO REAL» Y «EN DIFERIDO»: ELEMENTOS DIFERENCIADORES. 3.1. DEFINICIÓN DE IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA «EN TIEMPO REAL». 3.2. DEFINICIÓN DE IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA «EN DIFERIDO». 4. CARÁCTER INTRUSIVO DE (TODOS) LOS SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA. 5. CARÁCTER MÁS INTRUSIVO DE LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA «EN TIEMPO REAL» (Y ALGUNAS CRÍTICAS). 6. PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DEL USO DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA «EN DIFERIDO». 6.1. FINALIDADES DE USO. 6.2. AUTORIZACIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA. 7. CONCLUSIÓN. 8. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

Durante el proceso de tramitación del recientemente aprobado Reglamento europeo de IA, se ha destacado como uno de los puntos más controvertidos el del uso de sistemas de identificación biométrica remota en espacios públicos con fines de garantía del cumplimiento del Derecho (penal). Hasta tal punto se ha suscitado el debate, que las instituciones europeas implicadas en el proceso legislativo han mantenido posiciones diversas, cuando no encontradas, sobre

1. El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto «Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género», PID2021-123170OB-I00 financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033, IP Ana Montesinos García, del Proyecto titulado «Inteligencia Artificial (IA) y proceso penal: biometría, aplicaciones y límites», financiado por la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, VIII Convocatoria y del Proyecto «Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)»— CIPROM 2023-64 GVA.

la cuestión. Valga como ejemplo que mientras la propuesta inicial de la Comisión, de 21 de abril de 2021, y la posición del Consejo de la UE, Orientación general de 6 de diciembre de 2022, eran partidarias de admitir excepcionalmente y bajo estrictas condiciones el uso de tales sistemas, el Parlamento Europeo, en su texto de enmiendas, de 14 de junio de 2023, optaba por una prohibición absoluta. Seguramente tuvo que ver en esta posición del Parlamento² el Dictamen conjunto 5/2021, de 18 de junio de 2021, aprobado por las superiores autoridades europeas en materia de protección de datos, el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), en relación con la Propuesta de Reglamento de la Comisión. Dictamen crítico con la cuestión que nos ocupa.

No obstante, parece indiscutible que el protagonismo ha correspondido a los sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real». El foco de atención se ha limitado casi exclusivamente a esa modalidad de identificación biométrica, como si solo de su aplicación se derivaran riesgos de efectos discriminatorios o de lesiones en los derechos y libertades de los ciudadanos³. Mientras tanto, la identificación biométrica remota «en diferido» ha quedado incomprensiblemente relegada a un segundo plano. Las escasas menciones que se hacen a ella persiguen, por lo general, concretar por exclusión los sistemas de identificación biométrica «en tiempo real». Es el empleo de estos últimos sistemas el que, en principio, genera prevención y se considera como práctica de IA prohibida; aunque excepcionalmente y bajo determinadas condiciones podría resultar admisible.

Entendemos que análogas cautelas han de ser consideradas respecto a los sistemas de identificación biométrica remota «en diferido». La incidencia en los derechos y libertades de los ciudadanos puede ser de menor intensidad en esta modalidad comparándola con la que acontece «en tiempo real». Pero ello no justifica la escasa atención dispensada por el Reglamento europeo de IA. El resultado podría haber sido incluso más penoso si no hubieran fructificado las aisladas menciones que a los sistemas de identificación biométrica «en diferido» hace el Reglamento gracias a la afortunada intervención del Parlamento Europeo a lo largo del procedimiento legislativo.

2. Dicha posición del Parlamento ya se anticipó en la Resolución del mismo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales [P9_TA(2021)0405], que a su vez trae causa de un previo Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior de dicho Parlamento, de fecha 13 de julio de 2021.

3. Sobre los sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» se puede consultar nuestro trabajo «El uso de sistemas de inteligencia artificial (IA) de identificación biométrica remota en espacios públicos en la Ley Europea de IA», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 21-2024, pp. 528-565.

2. La identificación biométrica remota en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del derecho: elementos en común

El sistema de IA «en diferido» del que vamos a ocuparnos, no deja de pertenecer a la categoría más amplia de identificación biométrica remota en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho (penal). Esto es, existe un importante sustrato común entre ambas modalidades de identificación biométrica. Estos elementos compartidos ya justifican a nuestro parecer una mayor atención de la reconocida en el texto del Reglamento de IA a la identificación biométrica «en diferido». Se hace difícil de entender que el muy diverso tratamiento normativo que reciben ambas modalidades pueda explicarse suficientemente por la diferencia entre «en tiempo real» y «en diferido». Eso sí, aceptamos sin dudar como punto de partida, que la incidencia en los derechos y libertades de los ciudadanos es más intensa en el primer caso que en el segundo. Pero también en este último tiene lugar esa injerencia, aún de menor intensidad, que merecería una mayor atención del legislador europeo. Para poder sostener esta afirmación, no cabe otra que dejar constancia de cuáles son esos elementos en común compartidos por ambas modalidades.

2.1. La identificación biométrica

La primera cuestión a aclarar es la de qué ha de entenderse por identificación biométrica⁴. El texto inicial de Propuesta remitido por la Comisión (21.04.2021) aborda la materia con alusiones y definiciones de lo que ha de entenderse por «sistemas IA de identificación biométrica», pero sin concretar el significado de identificación biométrica en sí mismo. Este silencio resulta llamativo en la medida en que ya era usual y admitida la clasificación de las aplicaciones de la biometría con fines de: autenticación o verificación biométrica, por un lado; identificación biométrica, por otro lado; y categorización biométrica, por último⁵.

4. Sobre la biometría como ciencia y los antecedentes de su uso con fines forenses, vid. BARONA VILAR, S., «Tecnología biométrica y datos biométricos. Bondades y peligros, No todo vale», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 21-2024, pp. 300-302; RICHARD GONZÁLEZ, M., «Los sistemas biométricos de reconocimiento facial en la Unión Europea en el marco del desarrollo de la Inteligencia Artificial», *Justicia*, n° 1-2023, pp. 158-160.

5. Hace más de una década el Grupo de Trabajo del Art. 29 (GT29) de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, sobre tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos distinguía su uso como: a) Medio de autenticación/verificación biométrica (*one-to-one comparison*). En este supuesto se comparan dos plantillas biométricas pertenecientes supuestamente a la misma persona para determinar si, efectivamente, la persona que aparece en ambas es la misma. Este proceso de búsqueda de correspondencias «uno-a-uno» admite varias modalidades; b) Medio de identificación biométrica (*one-to-many comparison*). En estos supuestos, la plantilla biométrica que se obtiene se compara con otras plantillas biométricas almacenadas en

Sin embargo, el texto enmendado que presenta el Parlamento Europeo (de 14.06.2023) contiene muy relevantes aportaciones en el tema que nos ocupa y una de ellas es la expresa contraposición entre identificación, verificación y categorización biométricas. Además, el texto enmendado del Parlamento, no sólo define lo que ha de entenderse por identificación biométrica, sino que también amplía el elenco de rasgos humanos que constituyen los datos biométricos sobre los que se fundamenta la identificación. Conforme al texto del Parlamento, ha de entenderse por identificación biométrica «el reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico, conductual y psicológico para determinar la identidad de una persona comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos (identificación `uno respecto a varios´)» [nuevo art. 3.33 ter)]. Esta propuesta del Parlamento ha sido asumida en el texto definitivo [art. 3.35)]. También la definición expresa de «verificación biométrica» [nuevo art. 3.33 quater)] en contraposición a la identificación, que con anterioridad a las enmiendas no se recogía en el texto. Ahora sí [art. 3.36)].

En la definición del Parlamento, incorporada al texto definitivo, destaca no sólo el hecho mismo de definir el concepto, sino los términos en los que lo hace. De la anterior definición resulta que la identificación biométrica tiene lugar comparando los datos biométricos de la persona cuya identidad se quiere determinar, con los datos biométricos de personas que se encuentran almacenados en bases de datos. El concepto o definición de «dato biométrico» resulta fundamental a tales efectos, pues constituye la esencia de esos sistemas. Y aquí la sorpresa. Según la definición de identificación biométrica arriba recogida, los rasgos o características biométricas humanas que se utilizan con tal finalidad identificativa son las de «tipo físico, fisiológico, conductual y psicológico». La referencia a las características psicológicas de la persona con fines identificativos es nueva. No estaba recogida en el texto originario de la Comisión y no se corresponde exactamente con la definición de datos biométricos.

De la lectura de los siempre ilustrativos considerandos resulta del nuevo considerando (7 bis) —enmienda núm. 22— que añadió el texto enmendado del Parlamento Europeo que al definir la «identificación biométrica» en los términos indicados arriba, menciona ejemplos de los rasgos humanos susceptibles

uno o en varios ficheros o bases de datos, esto es, se trataría de un proceso de búsqueda de correspondencias «uno-a-varios»; y c) Medio de categorización/segregación biométrica (*matching general characteristics*). En esta modalidad el sistema biométrico actúa como un proceso que permite extraer características de un individuo con el objeto de determinar su pertenencia a un grupo con características predefinidas a fin de adoptar una medida específica. En este caso, lo importante no es identificar o verificar a un individuo, sino asignarle automáticamente una categoría determinada (la pertenencia a un grupo étnico, la edad, el sexo, etc.). *Vid.* «Documento de trabajo sobre biometría» del GT29, de 1 de agosto de 2003 (WP80); también el Dictamen 3/2012 GT29 sobre la evolución de las tecnologías biométricas, de 27 de abril de 2012 (WP193).

de tratamiento automatizado, así, la cara, el movimiento ocular, las expresiones faciales, la forma del cuerpo, la voz, el habla, el modo de andar, la postura, la frecuencia cardíaca, la presión arterial, el olor, las pulsaciones de tecla, las reacciones psicológicas (ira, angustia, dolor, etc.).

Llama la atención, como se ha indicado, la referencia a las reacciones psicológicas. No tanto por constituir algo novedoso, sino, más bien, por contraposición al texto inicial de Propuesta de la Comisión que no hacía referencia a ello. Novedoso no lo es tanto, pues ya el Dictamen 3/2012 del GT29 (WP193) hacía alusión a las mismas. Este último Dictamen mencionaba entre las técnicas biométricas las relativas al patrón de venas, a las impresiones dactilares o a la firma biométrica, además de las expresamente citadas en el considerando (7 bis) del texto del Parlamento. Pero también contenía menciones a los aspectos psicológicos. Así, distinguía entre las técnicas biométricas dos categorías principales, las basadas en aspectos físicos y fisiológicos, por un lado, y las basadas en aspectos comportamentales o conductuales, por otro lado. Pero, a su vez, no olvidaba hacer referencia al, en ese momento, «reciente ámbito de las técnicas basadas en elementos psicológicos, que incluyen la medición de la respuesta a situaciones concretas o pruebas específicas que se ajusten a un perfil psicológico»⁶.

La mención de las reacciones psicológicas entre la relación de características humanas susceptibles de tratamiento con fines de identificación biométrica que incorporan las enmiendas del Parlamento Europeo ha pasado al texto definitivo del Reglamento de IA. Al menos en la definición del concepto de identificación biométrica del art. 3.35)⁷.

2.2. El concepto de dato biométrico

El concepto de dato biométrico resulta esencial y fundamento de la identificación biométrica⁸. Como recoge el texto definitivo del Reglamento de IA en su

6. Dicho Dictamen 3/2012 contiene otras referencias al respecto, así, la posibilidad de que de las características de la cara (reconocimiento facial) se pueda determinar, no solo la identidad, sino también «las características fisiológicas y psicológicas» de la persona; o la incorporación de una nueva categoría de datos biométricos —de segunda generación— en los que lo determinante no es tanto la identidad, sino otras circunstancias igualmente útiles: «Los avances en tecnologías y redes informáticas están propiciando asimismo la subida de lo que se considera la segunda generación de datos biométricos basada en la utilización de los rasgos de comportamiento y psicológicos solos o combinados con otros sistemas clásicos que conforman sistemas multimodales». Dictamen 3/2012, pp. 4, 17 y 23.

7. Existe una cierta disfunción con lo previsto en el considerando (15) del texto definitivo, pues en el mismo sí se hace mención a los rasgos físicos, fisiológicos y conductuales, pero no así a las características psicológicas.

8. Vid. en particular ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L., *Tecnologías biométricas, identidad y derechos fundamentales*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

considerando (14) los datos biométricos permiten una pluralidad de aplicaciones al hacer posible la autenticación, la identificación y la categorización de las personas físicas y, a su vez, el reconocimiento de sus emociones.

Conviene aclarar su significado, pues, al menos aparentemente, existen disfuncionalidades en los textos analizados en torno al concepto señalado. El texto originario de la Comisión definía los datos biométricos como «los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos» [art. 3.33]. Esto es, de manera absolutamente idéntica a la definición contenida en el RGPD y en la Directiva (UE) 2016/680. Esta coincidencia nada tiene de extraño, más bien lo contrario, como además lo recuerda el considerando (7) del texto original con una llamada a la definición contenida en ambos textos normativos sobre protección de datos personales y a la necesidad de que se «interprete en consonancia con ella».

De la definición destacamos, por un lado, que los datos obtenidos mediante el tratamiento técnico correspondiente tienen una nítida aptitud para la identificación unívoca de las personas, y pone como ejemplos de ello la imagen facial y los datos dactiloscópicos; por otro lado, que el tratamiento recae sobre rasgos o características físicas, fisiológicas o conductuales. Curiosamente, la referencia a la capacidad identificadora única que caracteriza a los datos biométricos desaparece en la definición que de este concepto se recoge en el art. 3.33) del texto del Consejo de la UE (Orientación general de 06.12.2022). El resto de la definición no varía. Esta falta de sintonía podría salvarse otra vez con lo contenido en el considerando (7) antes mencionado, que es muy similar al del texto original de la Comisión, pero tampoco absolutamente idéntico. Ya no dice, evidentemente, que la noción de dato biométrico «coincide» con el concepto del RGPD y la Directiva (UE) 2016/680, pero sí que la misma «debe interpretarse» en consonancia con el recogido en estos textos. Algo similar ocurre con el texto definitivo del Reglamento de IA, pues al definir el dato biométrico alude al tratamiento automatizado de características físicas, fisiológicas y conductuales de una persona física, pero sin mencionar tampoco aquí la eficacia identificadora única del dato personal resultante. En cualquier caso, la definición de dato biométrico en el texto definitivo del Reglamento de IA sí se refiere a los ejemplos paradigmáticos de datos de tal naturaleza presentes en todas las definiciones normativas de los mismos, a saber, a las imágenes faciales y a los datos dactiloscópicos [art. 3.35)]. La ausencia de referencia al potencial identificativo de los datos biométricos también puede salvarse con lo dispuesto en el considerando (14). En el mismo, se afirma que la noción de dato biométrico del Reglamento de IA se ha de «interpretar» en consonancia con lo dispuesto al respecto en los textos esenciales sobre protección de datos [RGPD,

Directiva (UE) 2016/680 y Reglamento (UE) 2018/1725]. Pero no se llega a sostener, a diferencia por ejemplo de la inicial Propuesta de la Comisión, que la noción de dato biométrico «coincida» con la recogida en las normas de referencia sobre protección de datos.

Creemos que la posición del Parlamento Europeo cuando aborda la cuestión de la identificación biométrica es la más coherente desde un plano sistemático con el contexto conceptual de lo que ha de entenderse por datos biométricos en el espacio de la UE. De hecho, en el texto de enmiendas del Parlamento se opta por no definir el concepto de dato biométrico y por hacer una remisión al concepto de los datos biométricos «tal como se definen en el artículo 4, punto 14, del Reglamento (UE) 2016/679»⁹.

2.3. La identificación biométrica «remota»

Como se ha dicho anteriormente, la identificación biométrica consiste en comparar los datos biométricos obtenidos de una persona física con los conservados previamente en bases de datos o ficheros con la finalidad de identificar a aquella (a diferencia de la verificación). La obtención de los rasgos o características de la persona física tiene lugar, en el caso que nos ocupa, de forma «remota». ¿Qué significa esto último? La definición que al respecto recoge el texto definitivo del Reglamento de IA nos procura no pocas pistas. Así, se define el sistema de identificación biométrica remota como «un sistema de IA destinado a identificar las personas físicas sin su participación activa y generalmente a distancia comparando sus datos biométricos con los que figuran en una base de datos de referencia» [art. 3.41)]. Dos elementos de esa definición pueden servir para entender el calificativo: por un lado, que la identificación se produce «generalmente a distancia»; y, por otro lado, que la misma tiene lugar «sin su participación activa». Esta definición coincide plenamente con la recogida en la Orientación general del Consejo de la UE. No así con las definiciones que contienen el texto original de la Comisión y el del Parlamento Europeo. En estos últimos, no se hace expresamente referencia a que no sea precisa la participación activa de la persona afectada y se da por hecho que la identificación

9. Aunque llame la atención que solamente se haga alusión al concepto de dato biométrico contenido en el RGPD y no en otros textos de la UE igualmente relevantes en materia de protección de datos. Por ejemplo, en la Directiva (UE) 2016/680 o el Reglamento (UE) 2018/1725. Ahora bien, en nuestra opinión, la principal aportación del texto del Parlamento es la incorporación de un concepto nuevo, próximo al de dato biométrico, pero no coincidente totalmente con él —«datos de base biométrica»—, que, además, adquiere pleno sentido en un contexto en el que datos relativos a la biometría pueden ser valiosos para múltiples finalidades, sin necesidad de reunir las condiciones de los datos biométricos en sentido estricto, y que pueden implicar igualmente serias amenazas para los derechos y libertades de las personas. Sobre todo, cuando esos datos «relativos» a la biometría pueden ser objeto de tratamiento mediante sistemas de IA.

será siempre a distancia. En ambos, a diferencia del texto definitivo que guarda silencio al respecto, se añade que el usuario o implementador del sistema desconoce de antemano si la persona en cuestión se encontrará en las bases de datos de referencia y podrá, por lo tanto, ser identificada¹⁰.

El carácter remoto del uso de estos sistemas de identificación biométrica limita en extremo los datos biométricos susceptibles de ser capturados para su comparación con los existentes en las bases de datos de referencia. Queremos decir que la captura de datos biométricos para su posterior comparación con otros almacenados requiere, en la mayoría de los supuestos, el conocimiento y la colaboración de la persona afectada. Por ejemplo, las huellas dactilares, muestras de ADN, el iris o la retina. Resulta complicado imaginar de qué modo se pueden obtener a distancia los datos biométricos procedentes de esas «fuentes de datos biométricos». Esto nos induce a pensar que la identificación biométrica «remota» se reducirá en la mayoría de los casos al tratamiento de la imagen facial mediante las tecnologías de reconocimiento facial, considerando la facilidad en la captura de dichas imágenes¹¹, dejando ahora al margen los sistemas de categorización biométrica que constituyen, igualmente, un ámbito propicio para el tratamiento de datos biométricos a distancia o remotamente. Esta misma idea puede inferirse de la referencia al posible uso simultáneo de los sistemas de identificación biométrica que hace el texto definitivo del Reglamento de IA en su considerando (17). En este último se afirma que los sistemas de identificación biométrica remota se usan para detectar «simultáneamente» varias personas con fines de identificación sin necesidad de la colaboración activa de las mismas.

2.4. Identificación biométrica remota «en espacio de acceso público»

Las cautelas que contempla el Reglamento de IA sobre el uso de los sistemas de IA de identificación biométrica remota se justifican igualmente por el lugar

10. WENDEHORST, Christiane/DULLER, Yannic ya cuestionaban que el desconocimiento previo por el operador del sistema de identificación biométrica remota de si la persona en cuestión se encuentra o no en las bases de datos de contraste fuera el factor decisivo para diferenciar la identificación biométrica de la autenticación o verificación. El factor determinante, según el estudio, no es tanto la ignorancia del empleador del sistema, sino que la persona a identificar coopere conscientemente a ello, *Biometric Recognition and Behavioural Detection. Assessing the ethical aspects of biometric recognition and behavioural detection techniques with a focus on their current and future use in public spaces* (estudio elaborado a solicitud de los Comités JURI y PETI del Parlamento Europeo), edit. European Parliament, Bruselas, 2021, p. 69.

11. En efecto, al tratar la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) de las ventajas atribuibles al reconocimiento facial como sistema de identificación, afirma que la imagen facial es más o menos única, no puede ser alterada, no puede ser ocultada con facilidad y, a diferencia de otros datos biométricos como la huella dactilar o el ADN, es fácil de obtener, de manera que resulta de ordinario imposible que una persona pueda evitar que su imagen facial sea obtenida y monitorizada en un espacio público, FRA, *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, 2020, p. 5.

físico o espacio en el que tiene lugar aquella identificación biométrica. El texto se refiere a la identificación biométrica de personas físicas en espacios de acceso público. Dos cuestiones han de ser destacadas al respecto. Por un lado, que el uso de dispositivos tecnológicos que posibilitan la identificación biométrica de personas físicas en los indicados espacios incrementa exponencialmente la posibilidad de afección de una infinidad de sujetos. Es decir, de una manera indiscriminada en el sentido literal del término. Esto es, sin discernir ni diferenciar a las personas físicas concretas susceptibles de identificación biométrica en función de su condición de sospechosos de infracciones ya cometidas, de peligrosas en relación a futuras infracciones, de víctimas desaparecidas, etc. Cualquier persona física que transite por el espacio sometido a observación puede ser objetivo de los sistemas de IA de identificación biométrica. Por otro lado, así como los espacios más vinculados a la privacidad —vivienda o espacios cerrados— han merecido la protección incuestionable por parte del Derecho, no ha ocurrido lo mismo con relación a la posible afectación de los derechos de los ciudadanos cuando la «vida privada» se desarrolla en espacios públicos. Al menos así ha sido hasta fechas recientes.

Sobre este punto, la intencionalidad del Reglamento de IA en la protección de los derechos de los sujetos afectados es evidente. Para ello utiliza una concepción amplia del significado de espacio de acceso público. Préstese atención a que dicha amplitud definitoria no implica una posibilidad igualmente extensa de injerencia en los derechos de los ciudadanos. Al contrario, siendo el punto de partida, como veremos, el de la prohibición de los sistemas de IA de identificación biométrica remota cuanto más amplio sea el espacio objeto de prohibición mejor tutelados resultarán los derechos de las personas afectadas por tales sistemas.

Como decíamos, el texto del Reglamento de IA opta por un concepto amplio de espacio de acceso público, priorizando la condición pública del acceso sobre la condición pública de la titularidad de dicho espacio. Así, define la noción de «espacio de acceso público» como «cualquier lugar físico, de propiedad privada o pública, al que pueda acceder un número indeterminado de personas físicas, con independencia de que deban cumplirse determinadas condiciones de acceso y con independencia de las posibles restricciones de capacidad» [art. 3.44)].

Como se ha dicho, el Reglamento de IA utiliza un concepto amplio de lugar de acceso público. Dicha definición nos da ya unas claves concretas para su delimitación. Al tratarse de un lugar «físico» quedan excluidos los espacios en línea¹². Por otro lado, resulta indiferente, por ejemplo, que se trate de propie-

12. Considerando (19). Sobre esta segunda dimensión pueden consultarse, entre otros, el Dictamen 02/2012, de 22 de marzo de 2012, sobre reconocimiento facial en los servicios en línea y móviles del GT29 (WP 192). No es del mismo parecer el recogido en el Dictamen conjunto 5/2021 del CEPD y del SEPD, al afirmar que, por

dad privada o pública. Otro elemento delimitador importante es el del carácter indeterminado del número de personas físicas con acceso. De modo que no puede considerarse de acceso público el espacio al que únicamente pueden acceder determinadas personas físicas definidas. Los siempre ilustrativos considerando ponen como ejemplos de lugar excluido del acceso público los locales de empresas y fábricas, así como las oficinas y lugares de trabajo a los que solo se pretende que accedan los empleados y proveedores de servicios pertinentes [considerando (19)].

El lugar físico no pierde su condición de espacio de acceso público por la circunstancia de que tenga una capacidad limitada o restringida. Tampoco, y esto es más relevante a los efectos de su delimitación, si dicho acceso está sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones que pueden satisfacer un número indeterminado de personas, por ejemplo, según el considerando (19), adquiriendo una entrada o título de transporte, registrándose previamente o teniendo una determinada edad. También es importante destacar que resulta indiferente a los efectos de atribuir el carácter de accesibilidad pública al lugar, la naturaleza de la actividad que se desarrolle en el mismo, siempre que se cumplan los anteriores requisitos. De cualquier modo, la suma de los anteriores condicionantes en la delimitación del espacio de acceso público no termina de despejar todas las interrogantes concebibles, de ahí que el considerando correspondiente, el (19), concluya afirmando que «no obstante, se debe determinar caso por caso si un espacio es de acceso público o no teniendo en cuenta las particularidades de la situación concreta».

2.5. Identificación biométrica remota «con fines de garantía del cumplimiento del Derecho»

Las prevenciones a que venimos refiriéndonos en relación al uso de sistemas de IA de identificación biométrica se centran en dicho uso con fines de garantía del cumplimiento del Derecho. Dicho ámbito ya es de por sí apto para generar situaciones de riesgo que pueden pugnar con los derechos fundamentales de los ciudadanos. Muy explícitamente, podemos encontrar en el texto del Reglamento de IA aserciones en las que se constata que, atendiendo a su función y responsabilidad, las actuaciones de las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho que implican determinados usos de sistemas de IA «se caracterizan por un importante desequilibrio de poder y pueden dar lugar a la vigilancia, la detención o la privación de libertad de una persona física, así como a

razones de coherencia, los sistemas de IA para la identificación remota a gran escala en espacios en línea deberían prohibirse en virtud del art. 5 de la Propuesta [apartado (32)].

otros efectos negativos sobre los derechos fundamentales que garantiza la Carta» [considerando (59)]¹³. Por consiguiente, se trata de un ámbito en el que serán considerados como de alto riesgo múltiples sistemas de IA diseñados para usarse con los mencionados fines.

Ahora bien, esto nos conduce a tener que precisar qué ha de entenderse por fines de garantía del cumplimiento del Derecho. Aquí claramente se ha optado en la versión española del término por una traducción literal de la expresión inglesa *law enforcement* que por sí misma, esta última, tiene una incuestionable connotación de que la ley que se aplica es la penal. No así en la traducción literal española¹⁴. Hubiera sido preferible una expresión análoga en la traducción a las de otras versiones en las que se enfatiza el elemento de la «criminalidad» (así, à *des fines répressives* francesa o *zu Strafverfolgungszwecken* alemana). Para entender, pues, el verdadero significado de la expresión que nos ocupa hemos de acudir nuevamente al apartado de las definiciones conforme a las cuales, se entiende por tales «las actividades realizadas por las autoridades encargadas de la garantía del cumplimiento del Derecho, o en su nombre, para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a amenazas para la seguridad pública» [art. 3.46)]¹⁵.

Nos hallamos nuevamente ante una definición muy amplia de la expresión «fines de garantía del cumplimiento del Derecho». La misma contempla actuaciones de prevención de infracciones penales, así como de represión de las ya cometidas. Amplitud que se acrecienta con la referencia a las amenazas para la seguridad pública¹⁶. En todo caso, esta extensión del término es coincidente

13. Se hace eco igualmente la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, de la «asimetría de poder entre quienes emplean tecnologías de IA y quienes se encuentran sujetos a las mismas», siendo imperativo que «el uso de herramientas de IA por parte de las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales no se convierta en un factor de desigualdad, fractura social o exclusión» (apartado 10).

14. A ello habría de añadirse que, en todos los textos preparatorios, tanto en la propuesta inicial de la Comisión, como en las versiones del Consejo y del Parlamento Europeo, se ha optado en la traducción española de los mismos por la expresión «aplicación de la ley» y que sólo en el texto definitivo se ha mudado la traducción optándose por la fórmula «garantía del cumplimiento del Derecho».

15. En efecto, parece que se sobreentiende que el Derecho cuyo cumplimiento se ha de garantizar es el derecho penal —prevención, investigación y enjuiciamiento penal—, pero en otros apartados del Reglamento de IA se hace referencia al «cumplimiento del Derecho» de la Unión en materia de protección de datos o en materia de derechos de autor.

16. El hecho de que se materialicen o no los riesgos que para la dignidad humana, la autonomía y los derechos fundamentales supone la vigilancia masiva, depende de la extensión de los objetivos que se persiguen con ella. Respecto de la justificación en los casos de garantía en el cumplimiento del Derecho (penal) por las autoridades competentes para ello, plantea el problema de que el concepto de seguridad pública es un concepto «elástico» que no impide restricciones injustificadas en la libertad y autonomía del individuo. Los riesgos potenciales derivados de una vigilancia a gran escala pueden mitigarse si los criterios relativos a objetivos

con la del objeto a que se refieren, tanto la Directiva (UE) 2016/680, como la LO 7/2021 por la que se transpone.

3. Identificación biométrica remota «en tiempo real» y «en diferido»: elementos diferenciadores

Ya se ha dicho en la introducción que los sistemas de identificación biométrica remota son objeto de un tratamiento jurídico radicalmente diverso en el Reglamento de IA según sea aquella «en tiempo real» o «en diferido». En el primer caso, una prohibición de uso como punto de partida, y una excepcional admisibilidad bajo estrictas condiciones en determinados supuestos. En el segundo caso, en cambio, el uso de tales sistemas se condiciona, en principio, al cumplimiento de los requisitos exigidos con carácter general a los sistemas de IA calificados de alto riesgo, pero sin las restricciones del primero.

Sin embargo, ambos sistemas presentan muchos elementos identificativos compartidos como se ha indicado: el hecho de que el tratamiento inteligente recaiga en ambos casos sobre datos biométricos, que integran una categoría particularmente protegida; el hecho de que la identificación biométrica se haga de forma remota, lo que posibilita que los titulares de tales datos biométricos ignoren que están siendo objeto de identificación; la circunstancia de que el tratamiento de tales datos tenga lugar en espacios de acceso público, lo que favorece una afectación indiscriminada en amplios grupos de personas; o por último, que dicha identificación se haga con fines de garantía del cumplimiento del Derecho (penal), que suele conllevar, por regla general, una relajación en el respeto de los derechos y garantías anudadas a la protección de los datos personales motivada por dichos fines.

Siendo todos los anteriores elementos definitorios comunes, si lo que justifica el radicalmente diverso tratamiento normativo y de garantías es que la identificación biométrica tenga lugar «en tiempo real» o «en diferido», urge precisar las diferencias entre una modalidad de identificación y otra¹⁷.

legítimos perseguidos se formulan con mayor precisión (objetivos concretos para un interés público esencial), WENDEHORST, Christiane /DULLER, Yannic, *Biometric Recognition*, cit., p. 49.

17. Como muy bien afirma IGLESIAS CANLE, I.C., la repercusión de la utilización de estos sistemas de identificación biométrica puede variar considerablemente en función del objetivo, el contexto y el alcance de dicho uso, «Registros biométricos y su aplicación al proceso penal en España e Italia», en *Inteligencia Artificial legal y Administración de Justicia*, S. Calaza y M. Llorente (dirs.), edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 348.

3.1. Definición de identificación biométrica «en tiempo real»

En el texto del Reglamento de IA, en el agradecido apartado de las definiciones, se conceptúa la expresión que encabeza este apartado como «un sistema de identificación biométrica remota en el que la recogida de los datos biométricos, la comparación y la identificación se producen sin una demora significativa; engloba no solo la identificación instantánea, sino también, a fin de evitar la elusión, demoras mínimas limitadas» [art. 3.42)]. Dicho en otras palabras, los sistemas en tiempo real implican el uso de material «en directo» o «casi en directo» [considerando (17)]. El motivo confeso por el que se ha optado por ampliar el lapso temporal en que tiene lugar la obtención, comparación e identificación más allá de lo inmediatamente instantáneo es notorio: evitar que se pueda eludir la inicial prohibición de tales sistemas provocando demoras artificiales o espurias.

Las prevenciones vinculadas al uso de sistemas de IA de identificación biométrica remota no serían aplicables, por consiguiente, cuando las actuaciones de obtención, comparación e identificación no tienen lugar «en tiempo real». Esto es, el uso de tales sistemas sería considerado como de alto riesgo, como muchos otros, y sujeto a una serie de condiciones, pero no recaería sobre ellos la prohibición de partida y la admisibilidad excepcional, en su caso, aplicables a los sistemas de identificación «en tiempo real». No es de extrañar que una de las objeciones que al uso de estos sistemas de IA de identificación biométrica planteaba el relevante Dictamen 5/2021, de 18 de junio de 2021, aprobado conjuntamente por el CEPD y el SEPD, máximas autoridades en protección de datos en la UE, consiste precisamente en que no está claro qué deberá entenderse por «demora significativa».

3.2. Definición de identificación biométrica «en diferido»

A los sistemas de identificación biométrica que no tiene lugar en tiempo real el Reglamento de IA los denomina «en diferido», aunque la definición de la misma se formula por simple exclusión, esto es, todo sistema de identificación biométrica remota «que no sea un sistema de identificación biométrica remota en tiempo real» [art. 3.43)]. En los sistemas de identificación biométrica «en diferido» los datos biométricos se han recabado previamente, a partir de imágenes o grabaciones que pueden proceder de diversas fuentes, y que han sido generadas con anterioridad a la aplicación del sistema. Es la comparación de esos datos biométricos con los que se disponen en bases de datos de referencia y, en su caso, la identificación la que tiene lugar con una demora significativa [considerando (17)].

4. Carácter intrusivo de (todos) los sistemas de identificación biométrica

La tesis que mantenemos en este trabajo gira en torno a la escasa justificación del diverso tratamiento jurídico reconocido en el Reglamento de IA a los sistemas de identificación biométrica remota haciéndolo depender de si es «en tiempo real» o «en diferido». No negamos, como se ha dicho ya, que la primera modalidad resulta potencialmente más dañosa para los individuos que la segunda. Pero esta diferencia no justifica un tratamiento tan dispar en el Reglamento de IA al respecto. ¿Qué tienen en común desde esta perspectiva intrusiva ambas modalidades?

Con carácter previo ha de afirmarse que el ámbito de garantía del cumplimiento del Derecho (penal), con la amplitud con la que además se contempla, es por sí mismo un campo abonado con carácter general para que los derechos y libertades de los ciudadanos puedan verse restringidos, pues en el mismo interviene legítimamente el Estado dotado de toda su potestad coactiva. El de la IA no supone una excepción y así lo reconoce expresamente el Reglamento de IA en sus considerandos. Así, se afirma que determinados usos de los sistemas de IA por las autoridades encargadas de la garantía del cumplimiento del Derecho «se caracterizan por un importante desequilibrio de poder y pueden dar lugar a la vigilancia, la detención o la privación de libertad de una persona física, así como tener otros efectos negativos sobre los derechos fundamentales consagrados en la Carta» [considerando (59)]¹⁸. Este mismo considerando se refiere entre otros, a derechos de naturaleza procesal, como el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, sobre todo cuando dichos sistemas de IA no sean lo suficientemente transparentes y explicables ni estén suficientemente bien documentados¹⁹. A los anteriores riesgos habría que añadir otros igualmente vinculados a la IA y en particular a los datos. En concreto, «si el sistema de IA no está entrenado con datos de buena calidad, no cumple los requisitos ade-

18. De manera coincidente en este punto, la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, inicia sus considerandos [considerando (H)] reconociendo que las aplicaciones de IA pueden ofrecer grandes oportunidades en el ámbito de la aplicación de la Ley (penal), «en particular en lo que respecta a la mejora de los métodos de trabajo de las autoridades policiales y judiciales y al aumento de la eficacia de la lucha contra determinados tipos de delitos contribuyendo así a la protección y la seguridad de los ciudadanos de la Unión»; pero admitiendo, a su vez, que «pueden entrañar al mismo tiempo riesgos significativos para los derechos fundamentales de las personas».

19. Sobre esta última cuestión vinculada a la transparencia de los sistemas de IA, y consecuencia del texto de enmiendas presentado por el Parlamento Europeo durante su tramitación, se vuelve a insistir *in fine* al afirmar que «no debe ignorarse el impacto del uso de herramientas de IA en los derechos de defensa de los sospechosos, en particular la dificultad para obtener información significativa sobre el funcionamiento de dichos sistemas y la consiguiente dificultad para impugnar sus resultados ante los tribunales, en particular por parte de las personas físicas investigadas».

cuados en términos de rendimiento, de precisión o de solidez, o no se diseña y prueba debidamente antes de introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio, es posible que señale a personas de manera discriminatoria, incorrecta o injusta» (*ibídem*)²⁰.

Nos enfrentamos, de este modo, al nudo gordiano en el que confluyen los derechos e intereses de las personas afectadas por los sistemas de IA (entre ellos el de defensa, el de tutela judicial o el de la presunción de inocencia), por un lado, y los derechos de propiedad de los creadores y diseñadores de tales sistemas de IA, por otro lado.

En otro orden de cosas, no hay que perder de vista que la identificación biométrica descansa, como se ha dicho, en datos de esa naturaleza, esto es, biométricos. Estos datos pertenecen a lo que los principales instrumentos normativos denominan «categorías especiales de datos» cuyo tratamiento está en principio prohibido salvo que concurran determinadas condiciones («quedan prohibidos» —art. 9.1 RGPD—)²¹, o como se dispone en la Directiva (UE) 2016/680, «solo se permitirá cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las salvaguardas adecuadas para los derechos y libertades del interesado y únicamente cuando: a) lo autorice el Derecho de la Unión o del Estado miembro²²» (art. 10)²³. Son datos personales merecedores de una especial protección al ser, por su naturaleza, «particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales» [considerando (51) RGPD y en similares términos el considerando (51) de la Directiva 2016/680]²⁴.

20. También el Parlamento Europeo, en su Resolución de 6 de octubre de 2021, coincide en que los datos utilizados para el entrenamiento de los algoritmos de actuación policial predictiva reflejan las prioridades de vigilancia actuales y, «por consiguiente, pueden terminar amplificando y reproduciendo sesgos existentes» (apartado 22).

21. CANO RUIZ, I., «Artículo 9. Categorías especiales de datos», en *Protección de Datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías Digitales (en relación con el RGPD)*, M. Arenas y A. Ortega (dirs.), edit. Sepín, Madrid, 2019, p. 82.

22. Compartimos con COTINO HUESO, L., el parecer de que el requisito de la previsión legal, tan trascendental en esta materia, deja mucho que desear en el caso del legislador español, «Una regulación legal y de calidad para los análisis automatizados de datos o con inteligencia artificial. Los altos estándares que exigen el Tribunal Constitucional alemán y otros tribunales, que no se cumplen ni de lejos en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 63-2023, pp. 1-22. También SUÁREZ XAVIER, P.R., *Informe sobre aspectos bioéticos, legales y procesales del derecho a la intimidad y el uso de procedimientos de reconocimiento facial por las fuerzas y cuerpos de seguridad*, edit. Colex, Madrid, 2023, pp. 68 y ss.

23. A este último precepto se remite de forma expresa el considerando (94) del Reglamento de IA, pero también a los principios del art. 4.1 de la misma Directiva (licitud y lealtad del tratamiento, transparencia, limitación de la finalidad, exactitud, limitación del plazo de conservación, etc.).

24. Cuyo tratamiento puede ser, por tal motivo, susceptible de condiciones o limitaciones adicionales por los Estados miembros [considerando (53) RGPD]

Descendiendo al terreno concreto de la identificación biométrica remota, ya sea «en tiempo real» ya sea «en diferido», asegura el Reglamento de IA que estos sistemas pueden utilizarse para el tratamiento de los datos biométricos «de un gran número de personas sin su participación activa» y de forma simultánea [considerando (17)]. Esta afectación en gran medida indiscriminada a un grupo numeroso de personas se favorece igualmente por la utilización de tales sistemas en espacios de acceso público, que como se ha visto anteriormente se caracterizan por el acceso de «un número indeterminado de personas físicas» [art. 3.44)]. A lo anterior habría que añadir el incremento del riesgo derivado de los imparable avances en la tecnología utilizada²⁵. La afectación masiva a personas en estos supuestos también fue objeto de crítica por el Dictamen conjunto 5/2021 del CEPD y del SEPD. El Dictamen concluye sobre este punto que, incluso con las limitaciones previstas, «el número potencial de personas sospechosas o autoras de delitos será casi siempre ‘lo suficientemente elevado’ como para justificar el uso continuo de sistemas de IA para la detección de sospechosos, a pesar de las condiciones adicionales del artículo 5, apartados 2 a 4, de la propuesta» (apartado 31). Sobre este punto, procede destacar el pronunciamiento recogido en la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, en el sentido de recordar la obligación legal de prohibir el uso de aplicaciones que pueden dar lugar a la vigilancia masiva mediante tecnologías de IA y de prevenir la vigilancia masiva mediante dichas tecnologías que, subraya la Resolución, «por definición no cumple los principios de necesidad y proporcionalidad» (apartado 6)²⁶.

De otra parte, se formulan en el Reglamento de IA algunas afirmaciones atribuidas a los sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real», pero que entendemos son perfectamente extensibles a la identificación biométrica remota «en diferido». Así, se sostiene que el uso de aquéllos «invade de forma especialmente grave los derechos y las libertades de las personas afectadas, en la medida en que puede afectar a la vida privada de una gran parte de la población, provocar la sensación de estar bajo una vigilancia constante y disuadir indirectamente a los ciudadanos de ejercer su libertad de reunión y otros derechos fundamentales²⁷. Las imprecisiones técnicas de los sistemas de

25. WENDEHORST, Christiane/DULLER, Yannic, *Biometric Recognition*, cit., p. 48.

26. El estado de vigilancia masiva en espacios públicos resulta igualmente de la creciente precisión de los sistemas de identificación biométrica de primera generación y la combinación con sistemas multimodales. El uso combinado de tales sistemas reduce los riesgos derivados de las deficiencias técnicas (calidad de los datos, etc.), pero a su vez incrementa los riesgos para los derechos de los ciudadanos al posibilitar la vigilancia pública más eficiente o la elaboración de perfiles, WENDEHORST, Christiane/DULLER, Yannic, *Biometric Recognition*, cit., p. 14.

27. Esta sería una consecuencia generalizable a todos los sistemas de vigilancia masiva (no solo en tiempo real), en la medida en que interfiere en la autonomía y en la autodeterminación del individuo con un temor constante a que su comportamiento sea vigilado y escrutado. Así se pronuncia en el estudio *Biometric recog-*

IA destinados a la identificación biométrica remota de las personas físicas pueden dar lugar a resultados sesgados y tener un efecto discriminatorio. Estos posibles resultados sesgados y efectos discriminatorios son especialmente pertinentes por lo que respecta a la edad, la etnia, la raza, el sexo o la discapacidad» [considerando (32)].

La intromisión en la vida privada de un gran número de personas, la sensación de vigilancia o el efecto disuasorio que para el ejercicio de otros derechos pueden derivarse de aquélla preocupaban ya cuando se ponen en marcha los primeros dispositivos de videovigilancia en espacios públicos como lo atestigua la ya mencionada LO 4/1997, de 4 de agosto, y más recientemente la LO 7/2021, de 26 de mayo, por la que se transpone la Directiva (UE) 2016/680. De otro lado, los riesgos de resultados sesgados y discriminatorios derivados de imprecisiones técnicas son predicables de todos los sistemas de IA cuando la calidad de los datos utilizados no ha sido la correcta o tampoco el diseño y prueba de aquéllos. Por consiguiente, este escenario de intromisión e incidencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos no es exclusivo de la modalidad «en tiempo real» de la identificación biométrica remota, sino que es compartido por la modalidad de identificación «en diferido». Así lo entendemos. De hecho, la redacción definitiva del Reglamento de IA ha incorporado un nuevo considerando (95), ausente en las anteriores versiones, consignando la necesidad de que el uso de los sistemas de identificación biométrica remota «en diferido» esté sujeto a garantías «teniendo en cuenta el carácter intrusivo» de tales sistemas.

5. Carácter más intrusivo de la identificación biométrica remota «en tiempo real» (y algunas críticas)

Dicho lo anterior, y desde este plano de la intromisión en los derechos fundamentales del individuo, ¿qué diferencias existen entre las modalidades «en tiempo real» y «en diferido» suficientes para justificar el diverso tratamiento jurídico dispensado a ambas? El único argumento que permite esclarecer este crucial interrogante sólo podemos encontrarlo en los considerandos del texto del Reglamento de IA. El elemento diferenciador, esto es, lo que en estimación expresa del Reglamento de IA acrecienta el riesgo que para los derechos y libertades de las personas afectadas por las actividades de garantía del cumplimiento del Derecho conlleva el uso de sistemas que operan «en tiempo real» es

nition...: «monitorizar una sociedad es el primer paso para controlarla» (una vigilancia absoluta puede limitar los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de manifestación, que constituyen la base de una oposición eficaz en una sociedad democrática; incluso podrían predecirse las opiniones políticas de las personas en base a un detallado perfil de las mismas combinado con un análisis de *big data*), p. 48.

la «inmediatez de las consecuencias y las escasas oportunidades para realizar comprobaciones o correcciones adicionales» [considerando (32)]. Se supone, pues, que el sistema de identificación biométrica remota además de identificar a la persona física en cuestión está preparado para adoptar una «decisión» al margen de dicha identificación que puede producir los resultados discriminatorios o perjudiciales indicados, y que la premura en la decisión impide comprobar o corregir tales resultados.

Salvo error por nuestra parte, la arriba indicada constituye la única referencia al más elevado riesgo que representa la identificación biométrica remota «en tiempo real» en contraposición a la que acontece «en diferido», y las razones para tal conclusión no serían otras que la inmediatez de las consecuencias y las escasas oportunidades de comprobación y corrección derivadas de aquélla. Este sería el peso neto de los argumentos distintivos sobre el que se cimenta la prohibición, como punto de partida, del uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» (prohibición sujeta a excepciones).

Esta fotografía relativa a las modalidades de identificación biométrica remota («en tiempo real» y «en diferido») resultante del Reglamento de IA con las dispares consecuencias normativas derivadas, no ha sido absolutamente pacífica.

De un lado, el Dictamen 5/2021 conjunto del CEPD y el SEPD, máximas autoridades en protección de datos en la UE, ya cuestiona, como se ha adelantado, que no está suficientemente claro qué deberá entenderse por «demora significativa». Pero no sólo eso, sino que, además, resta relevancia a la dicotomía entre tiempo real o no, pues la intrusión del tratamiento no depende de que la identificación se produzca de un modo u otro; y por ello mismo se critica que se considere como un factor atenuante el hecho de que la identificación biométrica pueda tener lugar con «demora significativa»²⁸. Se objeta al respecto en dicho Dictamen, que un sistema de identificación masiva es capaz de identificar a miles de personas en solo unas horas o que existe la probabilidad de que la identificación biométrica a distancia en el contexto de una protesta política tenga un efecto disuasorio significativo en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, como la libertad de reunión y asociación y, más en

28. En análogo sentido, consideran WENDEHORST, Christiane/DULLER, Yannic que difícilmente puede considerarse un factor decisivo que exista o no demora y la duración de la misma. En el caso de procederse a grabar de forma constante a las personas que caminan por una determinada vía, el hecho de que las imágenes se analicen (e identifiquen a las personas con la ayuda de sistemas de identificación biométrica) el día siguiente no parece implicar un riesgo para los derechos fundamentales inferior a si el análisis de los datos se realiza en el mismo día, *Biometric Recognition*, cit., p. 69.

general, en los principios fundacionales de la democracia, sea en «tiempo real» o no [apartado (31)]²⁹.

Compartiendo esta objeción, lo determinante no habría de ser la duración de la demora, sino que la vigilancia mediante sistemas de identificación biométrica sea de forma continuada o a gran escala durante un período de tiempo, sin centrarse en un concreto incidente pasado. El estudio *Biometric Recognition* realizado para el Parlamento Europeo propuso unas modificaciones a la hora de definir lo que debería de considerarse sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real», esto es, aquel sistema en el que obtención de los datos biométricos, la comparación y la identificación tiene lugar de forma continuada o a gran escala durante un período determinado, sin limitarse a un concreto incidente pasado (por ejemplo, un delito grabado por videocámara)³⁰.

Todas estas objeciones concluyen por parte del CEPD y el SEPD en una propuesta de prohibición general del uso de la IA para el reconocimiento automatizado de rasgos humanos en espacios de acceso público (apartado 32 del Dictamen).

A análoga conclusión llegaba el Parlamento Europeo en su Resolución de 6 de octubre de 2021. Aunque con algunas matizaciones. Por un lado, propone no una prohibición general, sino una «moratoria» al despliegue de sistemas de reconocimiento facial para fines coercitivos con funciones de identificación. Por otro lado, el fundamento de la propuesta descansaría, no en la diferencia «en tiempo real-en diferido», sino en la concurrencia de una serie de deficiencias técnicas relacionadas con el sesgo, la discriminación y la existencia de pruebas empíricas de la necesidad y proporcionalidad en el despliegue de tales tecnologías, y mientras «no se cumplan los criterios anteriores, los sistemas no deben utilizarse ni desplegarse»³¹.

29. Desde la óptica del derecho a la protección de datos personales —conforme al RGPD o la Directiva (UE) 2016/680— se preguntan el SEPD y el CEPD en qué medida esta práctica podría cumplir los requisitos de necesidad y proporcionalidad que, en última instancia, se deriva de lo que el TJUE y el TEDH consideran injerencias aceptables de los derechos fundamentales.

30. WENDEHORST, Christiane/DULLER, Yannic, *Biometric Recognition*, cit., p. 70.

31. La única salvedad a la moratoria, parece que incluso en las actuales circunstancias, sería que tales sistemas se utilicen estrictamente para fines de identificación de víctimas de delitos: «hasta que las normas técnicas puedan considerarse plenamente acordes con los derechos fundamentales, los resultados obtenidos no estén sesgados y no sean discriminatorios, el marco jurídico prevea salvaguardias estrictas contra el uso indebido y un control y supervisión democráticos estrictos y existan pruebas empíricas de la necesidad y proporcionalidad del despliegue de estas tecnologías» (apartado 27).

6. Presupuestos de admisibilidad del uso de sistemas de identificación biométrica remota «en diferido»

El tratamiento jurídico que el Reglamento de IA otorga a los sistemas de identificación biométrica remota «en diferido» se caracteriza por la falta de sistematica y por la confusión que provoca. Esta situación podría explicarse como una consecuencia del complejo proceso de tramitación legislativa en la UE y, en el caso concreto de la materia que nos ocupa, por la disparidad de estándares normativos defendidos por cada institución europea. Estas divergencias se han hecho más notables, como estamos comprobando, con motivo de la identificación biométrica remota en espacios de acceso público. La posición del Parlamento Europeo ha sido desde un comienzo partidaria de la prohibición absoluta de los sistemas «en tiempo real» y la prohibición con excepciones de los sistemas «en diferido». Coincidiendo sobre este punto con la acerada crítica al respecto expresada nada menos que por el SEPD y el CEPD en su conocido Dictamen conjunto 5/2021. La Comisión y el Consejo, por el contrario, han mostrado desde el inicio de todo el proceso normativo una posición favorable, aunque con restricciones al empleo de sistemas de identificación biométrica «en tiempo real».

En conclusión, se parte de unos textos (de la Comisión y del Consejo) que admiten con restricciones el uso de sistemas de identificación «en tiempo real» pero que guardan un absoluto mutismo sobre los sistemas de identificación «en diferido», con lo cual, estos últimos sistemas se englobarían en la categoría de sistemas de alto riesgo, pero sin especificidad alguna al respecto. Las dificultades se han planteado al intentar encajar en esos textos de partida, si no todas, sí importantes enmiendas propuestas por el Parlamento.

El resultado, como se ha dicho, no es nada satisfactorio. En esta versión final del texto del Reglamento, existen referencias a la identificación biométrica remota «en diferido» diseminadas en apartados que con total ausencia metódica van añadiendo aquí y allá restricciones o condiciones al uso de tales sistemas. Restricciones y condiciones de uso que exceden de lo que corresponde en sentido estricto a la categorización propia de los sistemas de IA como de «alto riesgo». Los sistemas a que nos referimos están sujetos a otras exigencias además de las que corresponden a los de «alto riesgo». Estas exigencias se concretan cuando se regulan las obligaciones a las que está sujeto el «responsable del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo»³² en el art. 26 del Reglamento de IA.

32. La figura del responsable del despliegue se corresponde con la del «usuario» en la terminología del texto originario de la Comisión y con la del «implementador» del sistema en la terminología del texto enmendado del Parlamento Europeo. Esto es, se trata de «una persona física o jurídica o autoridad pública, órgano u orga-

La mayoría de dichas obligaciones tienen carácter general y resultan aplicables a todos los sistemas de IA clasificados como de alto riesgo. En algún caso, la obligación resulta específica y exclusiva de un ámbito determinado, así la obligación del responsable del despliegue del sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo —empleador— de informar a los trabajadores afectados expuestos a tal sistema. Pero en el caso de uso de sistemas de identificación biométrica remota «en diferido», más que ante obligaciones dirigidas al responsable del despliegue nos hallamos ante la fijación de condiciones o requisitos de uso de tales sistemas de identificación biométrica (art. 26. 10).

Hubiera sido preferible el modelo sistémico ideado por la propuesta de texto enmendado del Parlamento Europeo o por el estudio *Biometric Recognition* que ponen el foco de atención, no en la figura del responsable del despliegue y de sus obligaciones, sino en la categorización o clasificación de los distintos sistemas de IA. El Parlamento opta, como se ha dicho, por incluir todos los sistemas de identificación biométrica remota, ya sean «en tiempo real», ya sean «en diferido», en la categoría de prácticas de IA prohibidas. En el primer caso, sin excepción alguna, y en el segundo condicionando su uso a estrictas condiciones.

En el caso del estudio *Biometric Recognition* se propone crear un título nuevo relativo a las «prácticas de IA restringidas». Dentro de este nuevo título se incorporarían las aplicaciones relativas a las técnicas e inferencias biométricas, y en primer lugar la identificación biométrica remota «en tiempo real» que dejaría, de este modo, de ser una especie de elemento extraño (*alien element*) incorporado al título relativo a las prácticas de IA prohibidas³³. Junto a los sistemas de identificación biométrica (o de otra naturaleza) remota «en tiempo real», se integrarían a continuación en el mismo título y en precepto aparte bajo el encabezado «Otros usos de técnicas biométrica» los siguientes: «sistemas de identificación biométrica no comprendidas en el art. 5a —esto es, que no se trate de identificación biométrica remota `en tiempo real´—, sistemas de reconocimiento de emociones y sistemas de categorización biométrica». Entre estos otros usos de técnicas biométricas quedarían comprendidos, aunque no se citen de forma expresa, los sistemas de identificación biométrica remota «en diferido»³⁴.

nismo que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional» [art. 3.4)].

33. WENDEHORST, Christiane/DULLER, Yannic, *Biometric Recognition*, cit., pp. 9-10.

34. No parecería convincente, según el estudio, que, frente a las restricciones contempladas en el Reglamento de IA en relación con la identificación biométrica remota en tiempo real, no exista ninguna limitación al uso de tales sistemas cuando la identificación remota tiene lugar «en diferido». Aunque en este último caso las existentes restricciones derivadas del RGPD y la Directiva 2016/680 pueden resultar suficientes, sería aconseja-

No podemos estar más de acuerdo con esta categorización. Tal y como ha quedado aprobado definitivamente el Reglamento, no parece del todo convincente desde un punto de vista sistemático, incluir los sistemas de identificación remota dentro de las prácticas prohibidas y exceptuar a continuación esta prohibición si se dan determinados requisitos o condiciones planteados de manera tan flexible que existe el riesgo de que la excepción se convierta en regla general. En cualquier caso, el texto aprobado definitivamente aborda dicha regulación de una manera absolutamente confusa, que generará no pocos problemas de interpretación a los que nos referiremos.

Con carácter previo al análisis de los concretos presupuestos de admisibilidad de los sistemas de identificación remota «en diferido», se ha de advertir de una cuestión esencial. Los requisitos contemplados en el texto definitivo configuran una regulación de mínimos por debajo de cuyo umbral resulta inadmisibile el empleo de estas técnicas de identificación biométrica. Ello no obsta a que los Estados miembros puedan adoptar normas más restrictivas al respecto, o incluso la prohibición de su empleo, aunque esto último no se contemple de forma expresa (art. 26.10 *in fine*)³⁵.

6.1. Finalidades de uso

De modo análogo a los sistemas de identificación remota «en tiempo real», el empleo de los sistemas remotos «en diferido» sólo se justifica si se encuentra orientado a alcanzar una serie de finalidades u objetivos que se especifican en el texto. Como se ha subrayado en otros pasajes de este trabajo, el texto enmendado del Parlamento Europeo sirve de antecedente al texto final en esta cuestión, aunque no en todos sus términos. Los fines u objetivos que justifican, junto con la concurrencia de otros requisitos, el uso de sistemas de identificación remota «en diferido» son mucho más restrictivos en el texto propuesto por el Parlamento que los resultantes de la redacción definitiva. Antes de abordar estos últimos se puede ya adelantar que el texto del Parlamento contemplaba la posibilidad de valerse de los sistemas que nos ocupan con fines exclusivamente procesales, no preventivos (evitar riesgos o amenazas).

ble remarcar estas restricciones bajo el prisma del Reglamento de IA al objeto de crear «un régimen coherente», WENDEHORST, Christiane/DULLER, Yannic, *Biometric Recognition*, cit., pp. 77 y 97-100.

35. El Reglamento de IA dispone textualmente que «los Estados miembros podrán adoptar, de conformidad con el Derecho de la Unión, leyes más restrictivas sobre el uso de sistemas de identificación biométrica remota en diferido». Con relación a los sistemas de identificación biométrica «en tiempo real», el Reglamento concede de forma similar a los Estados miembros un margen de decisión para contemplar «la posibilidad de autorizar, ya sea total o parcialmente», el uso de tales sistemas de identificación biométrica (art. 5.5).

El texto del Parlamento Europeo partía, como se ha reiterado, de una prohibición general de todos los sistemas de identificación biométrica remota en espacios de acceso público con fines de garantía de cumplimiento del Derecho. En el caso de la identificación biométrica «en tiempo real» se trataría de una prohibición sin excepciones y en el supuesto de la identificación biométrica «en diferido» se trataría de una prohibición eludible sólo con fines procesales. Así, el considerando (18) y el art. 5.1.d) quinquies en la redacción propuesta en el texto del Parlamento exigían que el uso resultara estrictamente necesario para la investigación específica de un delito que «ya ha tenido lugar» o que «ya se haya cometido», respectivamente. No, por lo tanto, para la prevención de infracciones penales o de amenazas contra bienes o personas. No sólo eso, sino que el texto del Parlamento exigía que las infracciones cometidas fueran, además, graves, como tendremos ocasión de comprobar.

Sin embargo, como se ha avanzado, el texto definitivo contempla el uso de los sistemas de identificación biométrica «en diferido» para fines de naturaleza diversa.

- A) La primera de las finalidades a que se refiere el Reglamento de IA es la de «búsqueda selectiva de una persona sospechosa de haber cometido un delito o condenada por ello» en el marco de una investigación. En este primer supuesto parece evidente que ha de existir una vinculación con un hecho delictivo concreto ya cometido, respecto del cual la persona buscada es sospechosa o se encuentra ya condenada.
- B) En segundo lugar, se refiere el Reglamento de IA para estos supuestos de identificación biométrica a la finalidad de «identificación inicial de un posible sospechoso sobre la base de hechos objetivos y verificables vinculados directamente a la infracción». También en este caso parece evidente la necesaria relación del acto de identificar a una persona con haberse cometido una infracción penal. Tanto para este supuesto, como para el anterior, el párrafo primero del art. 26.10 del Reglamento de IA concluye que cada utilización «deberá limitarse a lo que resulte estrictamente necesario para investigar un delito concreto»³⁶. Tal y como se ha anticipado, esta finalidad y la anterior, ambas de naturaleza procesal, no concretan si el delito cometido ha de ser o no grave. El texto enmendado del Parlamento Europeo sí lo hacía, tanto en su considerando (18) como en el nuevo art. 5.1.d) quinquies que proponía. En este último caso, no sólo se exigía la gravedad

36. No parece tener mucho sentido la referencia que se hace al comienzo del art. 26.10 a la Directiva (UE) 2016/680 («no obstante lo dispuesto») o al art. 10 de la misma y al art. 9 RGPD, sobre el tratamiento de datos biométricos, considerando que el texto del Reglamento de IA hace un recordatorio permanente a la necesidad de respetar en todo caso la normativa europea en protección de datos personales.

del delito, sino que se concretaba aún más su significado con la remisión que hacía al art. 83.1 TFUE³⁷.

El sentido de la acción de búsqueda selectiva de sospechoso y el de la acción de identificación de sospechoso han de entenderse como diferentes, pues en el confuso contexto de la norma, para un caso se requiere autorización judicial o administrativa y para el otro no.

- C) En tercer lugar, el Reglamento de IA admite la posibilidad de emplear tales sistemas de identificación «en diferido» con fines preventivos. Esto es, tras afirmar que no se utilizarán «de forma indiscriminada, sin que exista relación con una infracción penal, un proceso penal (...)», es decir, con un hecho ya cometido, añade paradójicamente a continuación la posibilidad de uso también cuando «exista una amenaza real y actual o real y previsible de infracción penal». Se trata, por lo tanto, de una excepción a la exclusiva finalidad procesal —infracción penal ya cometida— inicialmente barajada en el texto enmendado del Parlamento Europeo. El uso con estos fines preventivos ya está previsto para la identificación remota «en tiempo real», si bien tratándose de amenaza de un atentado terrorista. También con carácter más general tratándose de «amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas». El carácter «real y actual» de la amenaza es equiparable, entendemos, a la especificidad e inminencia a que se refiere la identificación «en tiempo real». Pero más cuestionable resulta, por su indeterminación, la referencia al carácter previsible de la amenaza.
- D) Por último, otra de las finalidades previstas consiste en la «búsqueda de una persona concreta desaparecida». En este caso, no se exige expresamente que la desaparición de la persona se vincule con un hecho delictivo ya cometido. Las más de las veces existirá esa relación. Para el caso de la identificación biométrica «en tiempo real» se contempla, por ejemplo, que se trate de búsqueda selectiva de víctimas concretas de los delitos de secuestro, trata de seres humanos o explotación de seres humanos [art. 5.h).i) Reglamento de IA]. El texto inicial de la Comisión contemplaba de forma análoga respecto de la identificación biométrica remota «en tiempo real» su uso para la búsqueda selectiva de posibles víctimas concretas de

37. La gravedad del delito debía de interpretarse «según la definición» del art. 83.1 TFUE. Esta remisión al TFUE ya acota muy significativamente el ámbito de aplicación de estos sistemas de identificación biométrica y reduce también considerablemente el índice de riesgo de injerencia indiscriminada en los derechos de los ciudadanos. El indicado precepto se refiere de forma limitada a las infracciones penales de «especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes», además de acompañar un listado de tales ámbitos delictivos: terrorismo, trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada.

un delito (sin especificar el tipo delictivo) [art. 5.1.d.i)]. Sin embargo, tanto el texto definitivo del Reglamento de IA, como el de la Comisión, también admiten el uso de sistemas de IA para la identificación biométrica «en tiempo real» para la búsqueda de «personas desaparecidas» o de «menores desaparecidos», respectivamente. En conclusión, si cabe el uso de los sistemas de identificación biométrica «en tiempo real» para la búsqueda de personas desaparecidas no necesariamente vinculadas con la comisión de un delito, parece lógico que también resulte admisible para su uso en sistemas «en diferido», en principio menos intrusivos.

6.2. Autorización judicial o administrativa

El uso de sistemas de IA de identificación biométrica remota «en diferido» está condicionado a que el mismo sea autorizado por «una autoridad judicial o administrativa cuyas decisiones sean vinculantes y estén sujetas a revisión judicial». Las diferencias con la propuesta de texto enmendado del Parlamento Europeo son notables. Este último sólo contemplaba la autorización concedida por una autoridad judicial, y no por una autoridad administrativa. Esta referencia exclusiva a la autorización judicial se justifica porque en el texto del Parlamento Europeo el uso de sistemas de identificación remota «en diferido» se limitaba a la búsqueda o identificación de sospechosos de delitos ya cometidos, por lo tanto, en el marco de un proceso penal. Pero como hemos expuesto, a la finalidad procesal de investigación de un delito cometido, se suma en el texto definitivo del Reglamento de IA la finalidad preventiva frente a una amenaza real de infracción penal. Finalidad preventiva que pertenece al ámbito competencial de la administración.

Sin embargo, no se exige en este segundo supuesto que la autoridad administrativa de la que procede alternativamente la autorización sea una autoridad administrativa «independiente». Viene esto a colación porque tratándose de identificación biométrica remota «en tiempo real», la autorización puede proceder de un órgano judicial, pero también de una autoridad administrativa independiente. Las dudas no se suscitan sólo acerca de lo que ha de entenderse por autoridad administrativa independiente —¿la Fiscalía?, ¿las Comisiones de Videovigilancia en España?³⁸—, sino esencialmente acerca del motivo que justifica la actuación de las autoridades indicadas. En el marco de la investiga-

38. Acerca de la naturaleza y actuación de las Comisiones de Videovigilancia contempladas en la LO 4/1997, *vid.*, DE LA IGLESIA CHAMARRO, A., «Las Comisiones de Garantías de la Videovigilancia», *Revista de Derecho Político*, nº 68-2007, pp. 217; ETXEBERRIA GURIDI, J.F., «La Comisión de Videovigilancia y Libertades del País Vasco: funciones y experiencias», en *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*, J.F. Etxeberria (dir.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 107-142.

ción de un hecho delictivo ya cometido, la naturaleza procesal de dicha actuación condicionará que sea la autoridad judicial competente la responsable de dirigir la misma. Si la finalidad es de prevención de una amenaza, la reserva jurisdiccional es de difícil encaje.

En todo caso, de manera confusa en su literalidad, el texto del Reglamento de LA parece distinguir situaciones diversas en orden a la precisa autorización judicial o administrativa vinculante: a) Por un lado, dicha autorización sería necesaria cuando la finalidad de la investigación y del uso de los sistemas de identificación biométrica consista en la «búsqueda selectiva» de un sospechoso de haber cometido una infracción penal o de un condenado. En este caso, la finalidad mencionada —búsqueda, por muy selectiva que sea— lleva implícita una afección indiscriminada a un número considerable de personas como consecuencia de la indeterminación temporal o espacial de dicha búsqueda; b) Por otro lado, la referida autorización no se precisaría si la finalidad perseguida fuera la de «identificación inicial de un posible sospechoso». En este supuesto, si interpretamos la excepción correctamente, la posible incidencia en los derechos de los sujetos se reduciría a una o varias personas concretas —«sobre la base de hechos objetivos y verificables», dice— previamente seleccionadas o determinadas cuya identificación es la que plantea interrogantes que se pretenden esclarecer mediante el uso de los sistemas indicados; c) Por último, existe una tercera situación respecto de la cual no queda claro si se precisa o no autorización judicial o administrativa. Como se ha dicho, en los dos supuestos anteriores, la búsqueda o la identificación se refieren en todo caso al sospechoso de la comisión de una infracción penal. Sin embargo, el art. 26.10 objeto de análisis, contempla también el uso de los sistemas de identificación biométrica «en diferido» con relación a una «amenaza real» de infracción penal. Huelga decir que, en estos supuestos, la autorización deviene más necesaria que nunca, pues consideramos que mediante esta finalidad preventiva el ámbito de personas afectadas se incrementa considerablemente, pese a la exigencia de que la amenaza sea real, y además actual o previsible. Esto es, el riesgo de afección indiscriminada parece inevitable.

En el caso de que resulte precisa la autorización, ésta deberá ser solicitada por el responsable del despliegue del sistema con carácter previo (*ex ante*) o con posterioridad a que se haya comenzado su utilización, siempre que, en este último caso, se formule la solicitud «sin demora indebida y a más tardar en un plazo de cuarenta y ocho horas». Consideramos que, ante la sobriedad en la regulación de las condiciones de la solicitud, son de aplicación algunas de las previsiones indicadas para los sistemas de identificación «en tiempo real» (art. 5.3) y que se silencian aquí. Por ejemplo, el requisito de que la solicitud sea motivada, pues en caso contrario no habrá modo alguno de ponderar por el órgano autorizante la existencia de sospechas contra alguien o de comisión de un delito o de condena

por el mismo o la concurrencia de la «estricta necesidad» de la utilización. Del mismo modo, entendemos que, aunque tampoco se indique expresamente para el caso de la identificación «en diferido», si la solicitud de autorización no es previa a la utilización del sistema, ello debe responder a la concurrencia de una situación de urgencia que lo impida y que la misma ha de ser debidamente justificada —como en el caso de la identificación «en tiempo real»—.

En lo que sí coincide la regulación, tanto para los sistemas de identificación «en tiempo real» como «en diferido», es en las consecuencias que se derivarán de la denegación, en su caso, de la solicitud de autorización: dejará de utilizarse el sistema de identificación con efecto inmediato y se eliminarán los datos personales asociados al uso del sistema de IA.

7. Conclusión

El empleo de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público y con fines de garantía del cumplimiento del Derecho ha suscitado, entre otras cuestiones, un intenso debate en las instituciones que han tomado parte en el proceso legislativo de aprobación del Reglamento IA. Algunas posturas (Parlamento Europeo, SEPD, CEPD) eran partidarias de una moratoria en su uso o, directamente, de su prohibición. Sin embargo, el uso de idénticos sistemas de identificación, pero «en diferido», no ha recibido la atención que merece. Sólo en la última fase del proceso legislativo (trílogo interinstitucional) se ha incorporado una mención expresa a dichas modalidades de identificación biométrica. En todo caso, la regulación resultante es escueta, a la vez que confusa, esto es, considerándola como una modalidad más de los sistemas de IA de alto riesgo, si bien sujeta a una serie de condiciones o requisitos. La misma aparece, con una defectuosa sistemática, confundida entre las obligaciones que corresponden a los responsables del despliegue. Algunos de estos requisitos, sin embargo, presentan similitudes con los establecidos para los sistemas de identificación biométrica «en tiempo real» y ello se explica por los parecidos que existen entre una y otra modalidad y que no justifican un tratamiento tan radicalmente diverso. Sobre todo, porque los riesgos aparejados a ambas modalidades de identificación biométrica son muy análogos.

8. Bibliografía

- BARONA VILAR, S., «Tecnología biométrica y datos biométricos. Bondades y peligros, No todo vale», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 21-2024.
- CANO RUIZ, I., «Artículo 9. Categorías especiales de datos», en *Protección de Datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías*

- Digitales (en relación con el RGPD)*, M. Arenas y A. Ortega (dirs.), edit. Sepín, Madrid, 2019.
- COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS (CEPD) y SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS (SEPD), «Dictamen conjunto 5/2021 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial)», de 18 de junio de 2021.
- COTINO HUESO, L., «Una regulación legal y de calidad para los análisis automatizados de datos o con inteligencia artificial. Los altos estándares que exigen el Tribunal Constitucional alemán y otros tribunales, que no se cumplen ni de lejos en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 63-2023.
- ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L., *Tecnologías biométricas, identidad y derechos fundamentales*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- ETXEBERRIA GURIDI, J.F., «El uso de sistemas de inteligencia artificial (IA) de identificación biométrica remota en espacios públicos en la Ley Europea de IA», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 21-2024.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, 2020.
- GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29 (GT29) DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, «Documento de trabajo sobre biometría» del GT29, de 1 de agosto de 2003 (WP80).
- GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29 (GT29) DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, «Dictamen 3/2012 GT29 sobre la evolución de las tecnologías biométricas», de 27 de abril de 2012 (WP193).
- IGLESIAS CANLE, I.C., «Registros biométricos y su aplicación al proceso penal en España e Italia», en *Inteligencia Artificial legal y Administración de Justicia*, S. Calaza y M. Llorente (dirs.), edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., «Los sistemas biométricos de reconocimiento facial en la Unión Europea en el marco del desarrollo de la Inteligencia Artificial», *Justicia*, nº 1-2023.
- SUÁREZ XAVIER, P.R., *Informe sobre aspectos bioéticos, legales y procesales del derecho a la intimidad y el uso de procedimientos de reconocimiento facial por las fuerzas y cuerpos de seguridad*, edit. Colex, Madrid, 2023.
- WENDEHORST, Christiane/DULLER, Yannic, *Biometric Recognition and Behavioural Detection. Assessing the ethical aspects of biometric recognition and behavioural detection techniques with a focus on their current and future use in public spaces* (estudio elaborado a solicitud de los Comités JURI y PETI del Parlamento Europeo), edit. European Parliament, Bruselas, 2021.

X | No va sobre ética, va sobre democracia. El diseño algorítmico y la justicia penal¹

Xulio Ferreiro Baamonde²
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidade da Coruña

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. EL MITO DE LA NEUTRALIDAD DEL ALGORITMO. 2.1. LA PROMESA DE NEUTRALIDAD. 2.2. EL CARÁCTER VALORATIVO DEL DISEÑO ALGORÍTMICO. 3. NECESIDAD DE UN DISEÑO ALGORÍTMICO DEMOCRÁTICO. 3.1 ¿QUIÉN DECIDE EL DISEÑO ALGORÍTMICO? 3.2. LA ÉTICA ALGORÍTMICA. 3.3. LA REGULACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE DISEÑO ALGORÍTMICO. 3.4. NECESIDAD DE UNA POLÍTICA CRIMINAL ALGORÍTMICA. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Las aplicaciones de Inteligencia Artificial son una realidad en un ámbito cada vez mayor de nuestras vidas. Su generalización, además, está transformado

1. El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D+i «Transición Digital de la Justicia», Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE, con REF. RED 2021-130078B-I00. IP: Sonia Calaza López. Ha sido también realizado en el marco de los Proyectos I+D+i «La responsabilidad de la inteligencia artificial: un desafío para las ciencias penales» (PID2020-112637RB-I00), financiado por el Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento, del Ministerio de Economía y Competitividad, entre el 1 de septiembre de 2021 y el 31 de agosto de 2024, cuyos IPs son Patricia Faraldo Cabana y José Ángel Brandariz García y en el Proyecto «Research, Intelligence and Technology for Heritage and Market Security (RITHMS)», financiado por la Unión Europea a través del programa HORIZON-RIA, dirigido por la Dra. Arianna Traviglia. Parte de su elaboración ha tenido lugar, además, durante la realización de una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de UCLA (Los Angeles, California), para cuya financiación se contó con ayuda del Ministerio de Universidades (Estancias de profesores e investigadores sénior en centros extranjeros. Programa «Salvador de Madariaga») y de la Fundación Manuel Serra Domínguez.

2. Ante todo, deseo dejar constancia de mi enorme gratitud académica e intelectual al Prof. Manuel Cachón por su honesta contribución a la Universidad durante toda su carrera y por el magisterio que ha ejercido hacia todos los que nos dedicamos al Derecho Procesal.

una gran parte de las actividades y profesiones humanas. La forma en la que escuchamos música, disfrutamos de la cultura o consumimos servicios y productos está mediada por las tecnologías algorítmicas. Pero la influencia de la Inteligencia Artificial no es una mera cuestión cuantitativa, sino una cuestión también cualitativa. La mayor presencia de este tipo de herramientas está provocando cambios en la forma en la que trabajamos, creamos cultura o nos relacionamos con el mundo. Fenómenos como la desinformación y los deep-fakes, el peligro de manipulación de la opinión pública y de los procesos democráticos a través de las tecnologías de la información son ya una preocupación global, como lo son también la automatización de muchos sectores laborales, de decisiones que impactan nuestras vidas, o del control de las grandes infraestructuras. No cabe duda de que la presencia cada vez más ubicua de la Inteligencia Artificial en todos los ámbitos va a producir cambios radicales en múltiples aspectos, facilitando y mejorando gran cantidad de tareas, pero generando también múltiples desafíos políticos y sociales.

El ámbito de la Justicia no es ajeno a esta tendencia. La Inteligencia Artificial está siendo introducida en juzgados y tribunales con la intención de aumentar la eficacia y la eficiencia en su funcionamiento. Las tecnologías algorítmicas se están haciendo un hueco en la gestión procesal, en las técnicas de investigación penal o entre los medios de prueba, por poner algún ejemplo. Especialmente relevante comienza a ser su utilización en el ámbito del proceso penal, donde instrumentos como los algoritmos de valoración del riesgo o las herramientas de evaluación del testimonio están cobrando una progresiva importancia a nivel internacional, con lo que previsiblemente impactarán —si no lo están haciendo ya— en la forma en la que se trata el fenómeno delictivo y se imparte justicia.

Entre los múltiples desafíos que genera la introducción de la Inteligencia Artificial en el proceso penal³, uno que debe considerarse especialmente relevante es el del diseño jurídico-político de las herramientas algorítmicas. Aunque la percepción inicial, y podría decirse que intuitiva, es la de considerar la configuración de las aplicaciones de Inteligencia Artificial como una cuestión meramente técnica, lo cierto es que, como se abordará en el presente trabajo, tal asunción es desmentida cuando se examina con algo de detenimiento.

Una de las promesas de la introducción de Inteligencia Artificial en el ámbito del proceso es el de dotar de mayor objetividad y neutralidad a las decisiones que se adopten en su seno, de modo que puedan librarse de los sesgos y las

3. *Vide* al respecto lo señalado en FERREIRO BAAMONDE, X., «El Reglamento de Inteligencia Artificial y el proceso penal», en *Next Generation Justice: Digitalización e Inteligencia Artificial*, S. Calaza López e I. Ordeñana Gezuraga (dirs.), La Ley, Madrid, 2024, pp. 891-948.

subjetividades propias del razonamiento humano⁴. De este modo, la Inteligencia Artificial permitiría a los actores procesales desarrollar sus funciones basándose únicamente en una visión desapasionada de los hechos y el derecho, creando un sistema no solo más eficiente, sino también más justo. Como se verá, sin embargo, la introducción de las tecnologías algorítmicas en el ámbito de la justicia penal dista mucho de ser neutral. En primer lugar, porque, tal y como ocurre en otras realidades sociales, su utilización es susceptible de generar cambios de paradigma e influir en la propia naturaleza de la actividad judicial y policial. Un ejemplo común es el del uso de los instrumentos predictivos, tanto en el ámbito policial como en el de la justicia cautelar, por poner dos ejemplos, donde el recurso a estas tecnologías está, además, mudando la propia función institucional, que poco a poco se va desplazando desde un paradigma reactivo —la actuación frente al delito ya cometido— a uno preventivo —evitar la comisión de nuevos delitos. Esta situación está impactando de múltiples formas en los principios básicos del proceso penal y en los derechos y garantías de la ciudadanía, como la presunción de inocencia o la igualdad ante la ley. Sin embargo, esta realidad se está produciendo sin el necesario debate público y democrático⁵. La tecnologización de nuestro sistema policial y judicial se presenta como un imperativo para su mejora, casi como una solución mágica a todos los problemas, no sólo de eficiencia, sino también a su correcto funcionamiento material, muchas veces impulsada por la presión del sector privado para que se asuman soluciones tecnológicas a los problemas sociales⁶, asumidas acríticamente por los responsables públicos, y por la necesidad de dar salida a las ingentes cantidades de datos y estadísticas que acumulan las instituciones de persecución penal y que se procuran utilizar en búsqueda de una mayor científicidad en su desempeño⁷.

En segundo lugar, las decisiones de diseño de los algoritmos no son únicamente cuestiones técnicas, sino que pueden tener incidencia en los aspectos jurídico-materiales del proceso. Sin embargo, en la actualidad, la mayoría de las decisiones de este tipo están siendo tomadas por los diseñadores y desarrolladores de las aplicaciones de inteligencia artificial, que están sustituyendo, de

4. Con respecto a este tipo de opiniones que ven en la utilización de la Inteligencia Artificial una oportunidad para mejorar la administración de justicia, puede verse RIZER, A.; WATNEY, C., «Artificial Intelligence Can Make Our Jail System More Efficient, Equitable, and Just», *Texas Review of Law & Politics*, vol. 23-2018, pp. 181-227.

5. Sobre el déficit democrático con el que se está produciendo la penetración de las tecnologías de IA en el proceso penal, puede verse ZAVRSNIK, A., «Criminal Justice, artificial intelligence systems, and human rights», *ERA Forum*, nº 20, 2020, p. 569.

6. MCDANIEL, J. L.M.; PEASE, K. G., «Policing, AI and choice architecture», *Predictive policing and Artificial Intelligence*, ed. J. L.M. McDaniel y K. G. Pease, Routledge, London/New York, 2021, pp. 79-110

7. OSWALD, M.; GRACE, J.; URWIN, S.; BARNES, G.C., «Algorithmic Risk Assessment Policing Models: Lessons from the Durham HART Model and 'Experimental' Proportionality», *Information & Communications Technology Law* 27, nº 2-2018, pp. 224-225.

facto a los poderes públicos a la hora de determinar cuáles son los criterios que condicionan los resultados que ofrecen estas y, en consecuencia, influyendo en la configuración y en los fines del proceso penal.

En este trabajo se abordarán las cuestiones señaladas anteriormente, tratando de poner de manifiesto, en primer lugar, la falacia de la neutralidad del algoritmo, en el caso de su utilización en el ámbito de la justicia penal. Para ello se expondrán los diversos momentos en los que el diseño algorítmico está impregnado de decisiones significativas que son susceptibles de impactar en los valores jurídico-materiales que subyacen al proceso penal⁸. A continuación, se intentarán señalar las vías jurídicas que permitan a las autoridades públicas tomar el control del diseño de los algoritmos y de su introducción en el ámbito de la justicia penal para de este modo garantizar que el funcionamiento de esta es acorde con los principios fijados legal y constitucionalmente a través de procedimientos democráticos. Para ello utilizaremos las disposiciones del reciente Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial y exploraremos las posibilidades que este abre para garantizar que el empleo de las tecnologías algorítmicas en el proceso penal se realiza de modo respetuoso con los intereses y derechos que están en juego en este ámbito tan sensible de nuestra arquitectura jurídica.

2. El mito de la neutralidad del algoritmo

2.1. La promesa de neutralidad

Una de las ideas fuerza que acompaña a la introducción de los sistemas de Inteligencia Artificial en el proceso penal es la promesa de que ello provocará decisiones de mayor calidad y libres de la influencia de la subjetividad humana. Frente a jueces, fiscales y agentes de policía que mezclan en sus decisiones legalidad y máximas de la experiencia con prejuicios e ideas preconcebidas, las inteligencias artificiales son presentadas como ejecutoras puramente neutrales que utilizan únicamente datos y operaciones matemáticas. En el horizonte, una justicia automática y robotizada en la que sentimientos, pasiones y otras características puramente humanas no contaminarían la racionalidad de la máquina, consiguiendo, por tanto, la perfección a la que conduce la automatización, como una cadena de montaje en la que no existe el tornillo mal colocado por causa de la imperfección humana.

8. Sobre este asunto, y concretamente, su relación con el principio de igualdad y no discriminación, puede verse MAYSON, S. G., «Bias in, Bias out», *Yale Law Journal*, nº 128-2019, pp. 2218-2300.

Más allá de la deseabilidad (o no) de este panorama (dis)utópico, lo cierto es que parte de una falacia: la neutralidad del algoritmo no existe⁹. En el proceso de diseño de los sistemas de Inteligencia Artificial deben tomarse decisiones cuyos resultados, lejos de ser meramente técnicos, o medibles únicamente en términos de fiabilidad o de corrección, son valorativos, o, si se quiere, políticos¹⁰. Ello significa que, en algún momento en las fases de diseño, entrenamiento, o desarrollo de las aplicaciones de inteligencia artificial los responsables deben decantarse por unas opciones en detrimento de otras, con consecuencias sobre los resultados que estas acaben ofreciendo a sus usuarios. En definitiva, el diseño algorítmico está condicionado por decisiones humanas que introducen en el funcionamiento de estas herramientas contenidos valorativos, ya sea de modo consciente o inconsciente, lo que las aleja de ese ideal de neutralidad con el que se las suele revestir¹¹. Por ello, por lo que el debate sobre el diseño algorítmico no es puramente técnico, sino también político¹².

2.2. El carácter valorativo del diseño algorítmico

Tal vez la primera y más importante de las razones que condicionan la ausencia de neutralidad de los algoritmos es la necesidad de trasladar al lenguaje matemático y estadístico los conceptos propios de las ciencias jurídicas y sociales. Y es que mientras el modo de razonamiento propio de las segundas está caracterizado por el pensamiento abstracto, los sistemas de inteligencia artificial utilizan patrones y correlaciones estadísticas¹³. Es necesario, por lo tanto, rea-

9. GREEN, B., «The False Promise of Risk Assessments: Epistemic Reform and the Limits of Fairness», en *Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAT* '20)*, January 27–30, 2020, Barcelona, Spain. ACM, New York, NY, USA, p. 597.

10. SUSSKIND, R. E., «Expert Systems in Law: A Jurisprudential Approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning», *The Modern Law Review*, vol. 49-1986, p. 183; ROTH, A., «Trial by Machine», *Georgetown Law Journal*, vol. 104-2016, p. 1276; REUTTER, L. y SPILKER, H. S., «The Quest for Workable Data. Building Machine Learning Algorithms from Public Sector Archives», en *The Democratization of Artificial Intelligence*, A. Sudmann (ed.), Transcript Verlag, Bielefeld, 2019, pp. 95-108.

11. KOENE, A. et al., *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2019, p. 22.

12. BARABAS, C., «Beyond Bias: Re-Imagining the Terms of «Ethical AI» in Criminal Law», *Georgetown Journal of Law & Modern Critical Race Perspectives*, vol. 12-2020, p. 106.

13. CROOTOFF, R., «Cyborg Justice and The Risk of Technological–Legal Lock-in», *Columbia Law Review*, vol. 119-2019, p. 239; RICH, M. L., «Machine Learning, Automated Suspicion Algorithms, and The Fourth Amendment», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164-2016, pp. 880-884. Existen, sin embargo, estudios que afirman la posibilidad de trasladar el razonamiento argumentativo o deductivo a los ordenadores y de «razonar jurídicamente»: SUSSKIND, R. E., «Expert Systems in Law: A Jurisprudential Approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning», *The Modern Law Review*, vol. 49-1986, Vol. 49, pp. 168-194; TATA, C., «The Application of Judicial Intelligence and ‘Rules’ to Systems Supporting Discretionary Judicial Decision-Making», *Artificial Intelligence and Law*, vol. 6-1998, pp. 203-230; BEX, F. J. et al., «A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence», *Artif Intell Law*, vol. 18-2010, pp. 123–152; FULDA, J. S., «Implica-

lizar una adaptación, o si se quiere una traducción de ese lenguaje de lo social a lo algorítmico, lo que siempre requerirá de interpretación y de reducción de la complejidad inherente al primero¹⁴. Muchos de los conceptos jurídicos que integran las normas carecen de significado unívoco, tienen un componente cultural, son directamente valorativos¹⁵, necesitan de mecanismos de interpretación contextuales¹⁶ o implican la necesidad de realizar un juicio de proporcionalidad en el conflicto entre diversos intereses jurídicos. Pensemos en los conceptos de «ordenado empresario», «el superior interés del menor», «la existencia de indicios suficientes de criminalidad» o «el riesgo de reiteración delictiva». En todos estos casos nos encontramos con expresiones cuyo contenido exacto debe ser integrado por el intérprete y que han mudado a medida que se han producido cambios sociales y culturales¹⁷. En muchos supuestos, además, estos contenidos valorativos pueden responder a diversas concepciones, en ocasiones, incluso contradictorias entre sí¹⁸.

tions of a logical paradox for computer-dispensed justice reconsidered: some key differences between minds and machines», *Artif Intell Law*, vol. 20-2012.

14. MCQUILLAN, D., «The Political Affinities of AI», en *The Democratization of Artificial Intelligence*, A. Sudmann (ed.), Transcript Verlag, Bielefeld, 2019, p. 166. De acuerdo con este autor, los sistemas de IA no deberían ser aplicados más que marginalmente a problemas sociales y culturales complejos, no sólo porque su modo de funcionamiento favorece el reduccionismo, sino también porque los sistemas algorítmicos no tienen comprensión de nada en la forma en la que, de acuerdo con modelos abstractos, razonan los seres humanos. En sentido semejante, KAUFMANN, M., «The co-construction of crime predictions. Dynamics between digital data, software and human beings», en *Moral issues in intelligence-led policing*, N. R. Fyfe, H. O. I. Gundhus y K. Vrist Ronn (eds.), Routledge, Abingdon, 2018, p. 147.

15. RIZZI, F. T.; Pera, A., «Balancing tests as a tool to regulate artificial intelligence in the field of criminal law», *Special Collection on Artificial Intelligence*, UNICRI, Torino, p. 11, señala la dificultad de trasladar los valores axiológicos a unidades matemáticas que puedan ser introducidas en los algoritmos.

16. Que, tal y como señala RICH, M. L., «Machine Learning...», *op. cit.*, pp. 897-898, los sistemas de IA son incapaces de ofrecer, dado que están circunscritos en su actuación a los datos que les han sido proporcionados, sin que puedan utilizar otros que pudiesen ser relevantes para el caso. En contraste, los humanos siempre son capaces de incluir nuevas informaciones en el análisis. De este modo, los sistemas de decisión basados en IA nunca podrán valorar la situación «en su conjunto».

17. Por lo que respecta a la dificultad de compatibilizar el cambio social y jurídico con la necesidad de que las Inteligencias Artificiales se alimenten de las decisiones y datos pasadas, puede verse lo señalado por CROOTOFF, R., «Cyborg Justice...», *op. cit.*, p. 247.

18. Sobre la dificultad de diseñar los algoritmos para alcanzar, simultáneamente, diferentes acepciones de justicia, puede verse WYKSTRA, S., «What is «Fair»? Algorithms in Criminal Justice», *Issues in Science and Technology*, vol. 34-2018, p. 23. En el caso de COMPAS, tal y como explica KOENE, A. *et al.*, *A governance framework...* *op. cit.*, p. 21-22, puede comprobarse de modo altamente ilustrativo la complejidad sobre lo que constituye justicia y como puede esta trasladarse al ámbito estadístico. En la discusión pública sobre el aparente sesgo del algoritmo, tanto ProPublica como Northpointe, la compañía propietaria del algoritmo, pudieron citar pruebas en apoyo de sus respectivas posiciones. ProPublica alegó que COMPAS era injusto y potencialmente discriminatorio porque implicaba un mayor riesgo de falsos positivos para negros. Sin embargo, Northpointe estableció que el algoritmo era justo porque hacía predicciones de reincidencia igualmente precisas para blancos y negros. Cada argumento ilustra una diferente conceptualización de justicia: desigualmente mal, frente a igualmente bien. Sobre esta discusión pueden verse ANGWIN, J.; LARSON, J.; MATTU S.; KIRCHNER, L., *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, ProPublica, 2016; FLORES, A. W.; BECHTEL, K.; LOWENKAMP, C. T., «False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to «Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict

Cuando se desciende a los diferentes momentos en el procedimiento de diseño algorítmico, se pueden distinguir una serie de operaciones en las que las opciones a tomar no son meramente técnicas, sino susceptibles de tener un impacto en la configuración jurídico-política del proceso¹⁹. Una de las cuestiones fundamentales tiene que ver con la selección de los datos con los que entrenar, validar y alimentar el algoritmo. Para las aplicaciones de Inteligencia Artificial, los datos son la representación del mundo real²⁰. Pero esa captura de la realidad que realizan las inteligencias artificiales está mediada por el tipo de datos que tienen a su alcance, por lo que, en consecuencia, la elección y configuración de estos datos por los responsables del diseño del algoritmo tendrá repercusiones en el desempeño de este. Los propios datos distan de ser en sí mismos neutrales. No existe nada parecido a los datos «crudos», los datos son conocimiento socialmente construido²¹. Todos están «cocinados» de una u otra forma. Comenzando por entender que los datos son una representación estadística de la realidad, por lo que no se pueden identificar necesariamente con «hechos», en el sentido jurídico de la palabra, en la medida que integren el supuesto fáctico de la norma. La elección de estas estadísticas, el modo en el que se han confeccionado, el modo en el que se tratan y almacenan, en el que se coordinan las diferentes bases de datos, en el que se homologan, normalizan o clasifican, es lo que dota a estos datos de significado²². Pero al mismo tiempo, implican una necesaria manipulación y reduccionismo²³ que se coho-

Future Criminals. And It's Biased Against Blacks», *Federal Probation*, vol. 80-2016, pp. 38-46; RUDIN, C.; USTUN, B., «Optimized Scoring Systems: Toward Trust in Machine Learning for Healthcare and Criminal Justice», *Interfaces*, n° 48-2018, pp. 449-466; BAGARIC, M. et al, «Erasing the Bias against Using Artificial Intelligence to Predict Future Criminality: Algorithms Are Color Blind and Never Tire», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 88-2020, pp. 1037-1082.

19. RICH, M. L., «Machine Learning...», *op. cit.*, p. 885; GREEN, B., «The False Promise...», *op. cit.*, p. 596. Tal y como afirma BARABAS, C., «Beyond Bias...», *op. cit.*, p. 95, «procesos sociales tal como el incremento de las tasas de prisión preventive, se reformulan como tratamiento de datos».

20. FORREST, K. B., *When Machines Can Be Judge, Jury, And Executioner: Justice in The Age Of Artificial Intelligence*, World Scientific Publishing Company, 2021, p. 46.

21. REUTTER, L. y SPILKER, H. S., «The Quest for...», *op. cit.*, pp. 101-104.

22. En palabras de KAUFMANN, M., «The co-construction...», *op. cit.*, p. 147, los datos digitales pueden asociarse entre sí de muchas formas diferentes, lo que significa que es posible readaptarlos (una actividad que las características específicas de los datos digitales permiten) al mismo tiempo que logran su propósito a través del procesamiento (de nuevo, una influencia que desarrolladores de software y agentes de policía ejercen sobre los datos digitales). Es únicamente con este acto colaborativo de reutilización de los datos que estos adquieren significado. Si el procesamiento de datos es sensible o no dependerá de aquellos que han trabajado con ellos. La disponibilidad fundamental de datos digitales para varios propósitos, racionalidades y lógicas de procesamiento desafía la visión previa de los datos como objetivos. Si uno quiere comprender el concepto de datos digitales, la cuestión que sigue a esta observación es que clase de racionalidad es inherente a la computabilidad en sí misma.

23. Tal y como afirma ARONSON, J. D., «Computer Vision and Machine Learning for Human Rights Video Analysis: Case Studies, Possibilities, Concerns, and Limitations», *Law & Social Inquiry*, vol. 43-2018, p. 1194, la clasificación de datos es reductiva, en cuanto toma la complejidad del mundo y la convierte en procesos de decisión que pueden ser utilizados para identificar elementos similares en otros contextos. Raramente son

nesta difícilmente con la complejidad de la realidad social y que constituye una reelaboración de esos presuntos datos brutos o intactos. Todo proceso de tratamiento de datos es, en sí mismo, manipulativo. Contiene decisiones sobre la relevancia de estos, sobre su utilidad, sobre su organización, etc., que muchas veces viene condicionada por su mera disponibilidad, la facilidad de acceso, porque el sistema penal ha generado más datos sobre unos tipos de delitos que otros²⁴, o por otro tipo de decisiones con mayor o menor dosis de aleatoriedad o de consciencia. Como afirma KAUFMANN²⁵, el concepto de datos digitales es siempre una combinación de su valor intrínseco más el uso humano. Finalmente, el rendimiento del algoritmo va a ser tremendamente dependiente de los datos que se utilicen en las diversas fases de desarrollo, pero también limitado a la disponibilidad de ellos y condicionado por las decisiones humanas tomadas en su tratamiento.

La selección de datos está condicionada, por lo tanto, por una serie de circunstancias que influirán en el modo en el que los sistemas de Inteligencia Artificial tomen sus decisiones, o configuren sus resultados de salida. En el caso de los algoritmos empleados en la justicia penal, esta selección implica, además, en no pocas ocasiones, un previo posicionamiento sobre la realidad delictual, dado que se tendrán en cuenta únicamente aquellos datos que se entiendan relevantes para el fenómeno delictivo. Así, en el caso de los sistemas de valoración del riesgo, la máquina se entrenará, evolucionará (en el caso de sistemas de aprendizaje automático) y tomará decisiones condicionada por el marco estadístico que haya sido previamente determinado como importante para, tras su análisis, establecer la probabilidad de reincidencia delictiva. Ello implica, por lo tanto, partir de una concreta teoría de la etiología delictiva, para establecer qué aspectos de la realidad son suficientemente relevantes para ser traducidos en datos y tratados a fin de obtener el resultado predictivo requerido²⁶. Sin embargo, es bien sabido que no existe una única explicación a la cuestión de por qué se cometen delitos, sino múltiples posturas criminológicas al respecto, muchas veces opuestas o contradictorias y que responden también a diferentes posicionamientos ideológicos y visiones diversas de la realidad social²⁷.

100% precisas y pueden conducir a errores de interpretación en los usuarios si no se comprenden bien estas limitaciones.

24. ZENNARO, F. M., «A Left Realist Critique of the political value of Adopting Machine Learning Systems in Criminal Justice», en *ECML PKDD 2020 Workshops*, I. Koprinska et al (eds.), Cham, 2020, p. 99.

25. KAUFMANN, M., «The con-construction...», *op. cit.*, p. 148.

26. KAUFMANN, M., «The co-construction...», *op. cit.*, p. 155.

27. KAUFMANN, M., «The co-construction...», *op. cit.*, p. 148.

Además, en el caso de la utilización de las tecnologías algorítmicas en el proceso penal nos encontramos con que es difícil obtener datos fiables de la realidad delictiva en sí misma considerada, lo que implica la necesidad de realizar nuevas aproximaciones a esta que condicionarán los resultados que estas aplicaciones ofrezcan a sus usuarios²⁸. Nuevamente, el ejemplo de los instrumentos de valoración del riesgo delictivo es sumamente ilustrativo. Se pretende con estos instrumentos determinar si una persona concreta cometerá un delito en un futuro próximo, pero el caso es que ese dato, el de comisión de un delito, es en sí mismo un dato no verificable, por lo que a la hora de determinar los parámetros de salida del algoritmo —los *outputs*— será necesario acudir a un dato medible que sea indicativo o aproximativo del que en sí mismo se pretende establecer (un *proxy*). Y a la hora de definir este será necesario realizar una nueva elección que, por muy justificable que pueda ser, no estará exenta de subjetividad²⁹. Estos datos indicativos podrían ser diversos en el ejemplo: denuncias detenciones policiales, acusaciones, condenas, etc. Pero ninguno de ellos equivale exactamente al que en efecto se quiere determinar, la comisión de un hecho delictivo. Fuera de estas estadísticas queda la cifra negra, pero también se incluyen actuaciones erróneas de los cuerpos policiales, o de los tribunales de justicia. En realidad, este tipo de datos nos dicen tanto de la actuación de las instituciones públicas de persecución de delitos como del fenómeno delictivo en sí mismo. De este modo, la existencia de un posicionamiento previo sobre los datos va a tener una incidencia evidente en el resultado de la decisión algorítmica, lo que bien puede conducir a, no una mayor objetividad en la administración de justicia sino, al contrario, un reforzamiento de los posicionamientos apriorísticos existentes en su seno³⁰.

Por último, el funcionamiento de todos los algoritmos está condicionado por los ajustes (*trade-offs*) que pretenden optimizar ciertos resultados o priorizar ciertos efectos sobre otros³¹. Un ejemplo sería el que se realiza en los instrumentos de valoración del riesgo a la hora de determinar qué tipo de orientación o error se trata de priorizar (o evitar). En este caso se pueden favorecer los falsos positivos frente a los falsos negativos (lo que implicaría que un número mayor de personas sin verdadero riesgo de reiteración delictiva fuesen clasificados como potencialmente peligrosos), con la consecuencia de que más personas sería sometidas a algún tipo de medida preventiva, o la tendencia contraria (lo que implicaría que un mayor número de personas potencialmente peligrosas fuesen clasificadas como de bajo riesgo de reiteración delictiva), lo

28. MAYSON, S. G., «Bias in, Bias out...», *op. cit.*, pp. 2252-2253.

29. MAYSON, S. G., «Bias in, Bias out...», *op. cit.*, p. 2269.

30. ZENNARO, F. M., «A Left Realist Critique...», *op. cit.*, p. 99.

31. OZKAN, T., *Predicting Recidivism Through Machine Learning*, The University of Texas at Dallas, 2017, p. 65.

que implicaría no adoptar medidas con respecto a personas sobre las que exista un mayor riesgo de que vuelvan a cometer un delito. En estos casos se están introduciendo elementos de apariencia matemática o de corrección estadística que, sin embargo, esconden decisiones humanas³², a menudo opacas, pero susceptibles de afectar a los derechos fundamentales de las personas afectadas, así como a la sociedad en su conjunto.

3. Necesidad de un diseño algorítmico democrático

3.1. ¿Quién decide el diseño algorítmico?

Todas estas decisiones cuyo alcance material para el desarrollo del proceso penal y las decisiones que se toman en su seno con el apoyo de herramientas de Inteligencia Artificial están siendo tomadas por los encargados del diseño y el desarrollo de los algoritmos³³, en muchas ocasiones sin ni siquiera hacerlas explícitas, debido a la opacidad característica de muchas de estas tecnologías³⁴. Como consecuencia, es la industria la que, sin ningún tipo de guía, criterio normativo o debate democrático³⁵ está diseñando la política criminal algorítmica³⁶. A ello debe añadirse que los criterios que se emplean al respecto no tienen por qué alinearse ni responder a los principios jurídicos y constitucionales que deben informar el proceso penal³⁷, y que estas puedan encontrar, incluso, incentivos para no ajustarse a ellos³⁸. Dejar que sean las empresas

32. MCDANIEL, J. L.M.; PEASE, K. G., «Policing, AI and choice architecture...», *op. cit.*, p. 88.

33. MCDANIEL, J. L.M.; PEASE, K. G., «Policing, AI and choice architecture...», *op. cit.*, p. 91.

34. Sobre la opacidad de los sistemas de IA y la dificultad que esta conlleva a la hora de interpretar las decisiones algorítmicas y conocer los valores en los que estas se basan, puede verse, RUDIN, C., «Stop Explaining Black Box Machine Learning Models for High Stakes Decisions and Use Interpretable Models Instead», *Nat Mach Intell.*, nº 1-2019, pp. 5-6; MOSTOWY, W. A., «Explaining opaque AI decisions, legally», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 35-2020, p. 1300.

35. ZENNARO, F. M., «A Left Realist Critique...», *op. cit.*, p. 102.

36. NISHI, A., «Privatizing Sentencing: A Delegation Framework For Recidivism Risk Assessment», *Columbia Law Review*, vol. 119- 2019, pp. 1688-1690.

37. Tal y como señala OSOBA, O. A. et al., *Algorithmic Equity. A Framework for Social Applications*, RAND, Santa Monica, 2019, p. 2, los sistemas algorítmicos no tienen por qué alinearse con los valores institucionales. La cuestión del alineamiento de los valores tiene implicaciones profundas en aplicaciones donde los intereses que se tratan son importantes e impactan significativamente en la vida de la gente, como es el caso del proceso penal.

38. De acuerdo con lo que afirma RUDIN, C., «Stop Explaining Black Box Machine Learning Models for High Stakes Decisions and Use Interpretable Models Instead», *Nat Mach Intell.*, nº 1-2019, p. 214, existe un conflicto de responsabilidad en el uso de modelos de black box para decisiones de elevado interés: las compañías que ofrecen estos modelos no son necesariamente responsables por la calidad de las predicciones individuales. Un condenado que a un tiempo de cárcel demasiado alto, debido a un error en su estimación de riesgo podría sufrir durante años, pero la compañía que diseñó el modelo no se verá afectada. Por el contrario, el hecho de que el modelo sea complicado y se encuentre bajo licencia permitirá a la compañía beneficiarse de ello. En

tecnológicas quienes tomen decisiones con incidencia directa en la aplicación del derecho penal y, por lo tanto, en situaciones jurídicas tan sensibles como las que se ventilan en el proceso criminal supone un evidente déficit democrático³⁹. Es evidente que los intereses de estas compañías no tienen por qué ser coincidente con el interés público, puesto que su principal incentivo será, como es natural, el de responder a los intereses de sus accionistas, implique ello o no un mayor bienestar social o el respeto a los derechos de las personas involucradas⁴⁰. Incluso es posible que existan incentivos para que ciertas lógicas autónomas a este se impongan en el diseño algorítmico, por alinearse con los puntos de vista de algunos actores, en cuanto socios o clientes en el diseño de las aplicaciones algorítmicas⁴¹, como los cuerpos policiales⁴², o simplemente por asunciones sobre lo que realmente desea la ciudadanía⁴³, pudiendo abogarse por posicionamientos no necesariamente correspondientes con el diseño legal y constitucional del proceso penal y cuya definición, en todo caso, no puede recaer en diseñadores algorítmicos u otros actores del sistema, fuera de los cauces democráticamente establecidos.

Pero no es la industria tecnológica, sino los poderes públicos, sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial, en su respectivo ámbito de actuación, de acuerdo con el régimen constitucional de atribuciones, los encargados de diseñar o aplicar la política criminal. El ámbito de ejercicio de sus poderes no puede ser subvertido por una tecnocracia que venga a cubrir la ausencia de criterios públicos, o a efectuar la traslación de estos criterios públicos al procedimiento de diseño de las herramientas algorítmicas. Es necesario, por lo tanto, establecer modos de determinación del diseño algorítmico con una verdadera base democrática⁴⁴.

este sentido, no existe un incentivo para que las empresas sean cuidadosas en el diseño, desempeño y facilidad de uso del dispositivo.

39. BAGARIC, M. et al, «Erasing the Bias...», *op. cit.*, pp. 1078-1079.

40. CHIAO, V., «Fairness, accountability and transparency: notes on algorithmic decision-making in criminal justice», *International Journal of Law in Context*, nº 15-2019, p. 137; TURNER, J., *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Plagrove, London, 2019, p. 210; RUDIN, C., «Stop Explaining...», *op. cit.*, p. 214.

41. NISHI, A., «Privatizing Sentencing», *op. cit.*, p. 1705.

42. MCDANIEL, J. L. M.; PEASE, K. G., «Conclusion», en *Predictive policing and Artificial Intelligence*, J. L. M. McDaniel y K. G. Pease (eds.), Routledge, London/New York, 2021, pp. 292-293.

43. MCDANIEL, J. L.M.; PEASE, K. G., «Policing, AI and choice architecture...», *op. cit.*, p. 88.

44. GRUPO EUROPEO SOBRE ÉTICA DE LA CIENCIA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, *Declaración sobre Inteligencia artificial, robótica y sistemas «autónomos»*, Comisión Europea, Bruselas, 2018; ROWE, M.; MUIR, R., «Big data policing. Governing the machines?», en *Predictive policing and Artificial Intelligence*, J. L. M. McDaniel y K.G. (eds.) Pease, Routledge, London/New York, 2021, p. 260.

3.2. La ética algorítmica

La cuestión, pues, es cómo coordinar la existencia y la necesidad de definir ciertos elementos valorativos existentes en el diseño de los algoritmos que van a ser utilizados en el proceso penal con los principios jurídicos y constitucionales que informan este. Esencialmente, serían dos las principales opciones para acometer esta tarea. En primer lugar, el establecimiento de estándares éticos de diseño que serían consensuados y asumidos de modo más o menos voluntario por la industria. En segundo lugar, la definición de criterios por parte de los poderes públicos que se impondrían normativamente como paso previo a autorizar el uso de Inteligencia Artificial en el proceso penal.

Tiene cierto predicamento el argumento de que gran parte de los problemas que surgen de la introducción de sistemas de Inteligencia Artificial en el ámbito de la justicia penal pueden ser resueltos a través del establecimiento de una serie de criterios éticos a los que atenerse durante la fase de diseño, entrenamiento y despliegue⁴⁵. De acuerdo con este tipo de planteamientos, estos estándares serían después asumidos de modo voluntario por las empresas a través de diversos instrumentos de autorregulación⁴⁶ o de corregulación. De este modo, se han desarrollado literalmente decenas de documentos que establecen las bases y los requisitos para una Inteligencia Artificial ética, a través del respeto a los derechos humanos y a los principios de transparencia y responsabilidad, entre otros. Para los partidarios de esta aproximación, el hecho de que estos marcos éticos se encuentren definidos en términos generales y que los principales representantes de la industria estén involucrados en su diseño y/o los asumiesen voluntariamente, implica ciertas ventajas como la adaptabilidad normativa a un ámbito técnico rápidamente cambiante, el cumplimiento voluntario de los estándares por parte de la industria, y su compatibilidad con el fomento de la investigación y el progreso técnico y científico⁴⁷.

Sin embargo, los sistemas de autorregulación suelen adolecer de un muy bajo nivel de imperatividad y de cumplimiento⁴⁸, lo que puede llevar a la ausencia de consecución de los fines que se pretenden, y en el caso específico de la de-

45. Como señalan KOENE, A. et al., *A governance framework...* op. cit., p. 24 y GONZÁLEZ FUSTER, G., *Artificial Intelligence and Law Enforcement. Impact on Fundamental Rights*, European Parliament, Bruselas, 2020, p. 55, no es infrecuente que la apelación a la ética algorítmica por parte de algunos actores se conecte con la intención de evitar una regulación formal en este ámbito.

46. GUTIÉRREZ, C. I.; Marchant, G. y Tournas, L., «Lessons for Artificial Intelligence from Historical Uses of Soft Law Governance. A conclusion», *Jurimetrics*, nº 61-2020, pp. 133-149.

47. Sobre las ventajas de este tipo de enfoques autorregulatorios, puede verse OSOBA, O. A. et al., *Algorithmic Equity...*, op. cit., p. 71; TURNER, J., *Robot Rules...*, op. cit., p. 210.

48. *Artificial intelligence and fundamental rights*, Luxemburgo, 2020, p. 23; KOENE, A. et al., *A governance framework...* op. cit., p. 42.

finición de los criterios políticos de la justicia penal algorítmica, parece sumamente inconveniente. La configuración material del proceso penal no puede dejarse en manos de operadores privados, cuyas decisiones pueden quedar ocultas a la opinión pública⁴⁹. La justicia criminal es un ámbito tremendamente sensible desde el punto de vista de los principios y valores democráticos. Los intereses en juego son sumamente importantes para que su respeto dependa de la voluntad de las empresas desarrolladoras de tecnología y sus mecanismos autorregulatorios⁵⁰. Es necesario que los poderes públicos, como se ha señalado anteriormente, tomen la iniciativa de fijar los estándares técnicos que permitan traducir al diseño algorítmico las normas jurídicas que informan el proceso penal, sin cambiar su sentido ni permitir ámbitos de discrecionalidad que cubran la ausencia de una acción estatal.

3.3. La regulación de los estándares de diseño algorítmico

Es, pues, necesario establecer algún tipo de marco normativo que regule el diseño de los algoritmos cuyo objeto sea auxiliar la toma de decisiones de los actores del sistema penal⁵¹. La existencia de verdaderas normas jurídicas en lugar de criterios éticos no sólo tiene la ventaja de que los poderes públicos serían los responsables de efectuar una correcta determinación de los criterios de diseño algorítmicos en relación a la legalidad y la doctrina jurisprudencial que rige en el proceso penal, sino que además aportaría mayor claridad tanto a la industria a la hora de desarrollar este tipo de aplicaciones, como a los usuarios del sistema⁵², bien sean agentes del mismo, que podrían estar seguros de que la utilización de estas tecnologías no estarían provocando una incorrecta praxis profesional, como a la ciudadanía, que podrían confiar que, en la medida en la que estas prescripciones normativas se respetasen, sus derechos estarían salvaguardados. Debe para ello verse en qué medida el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (RIA) contiene normas que pueden ser útiles en el objetivo aquí propuesto, y hasta qué punto es necesario ir más allá en la elaboración de adicionales instrumentos regulativos.

49. KOENE, A. et al., *A governance framework...* op. cit., pp. 44-45.

50. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Getting the future right...*, op. cit., p. 23.

51. Vide, al respecto, GIPSON RANKIN, S. M., «Technological Tethereds: Potential Impact of Untrustworthy Artificial Intelligence in Criminal Justice Risk Assessment Instruments», *Washington and Lee Law Review*, nº 78-2021, pp. 717-718; GONZÁLEZ FUSTER, G., *Artificial Intelligence...*, op. cit., p. 68; FAIR TRIALS, *Automating injustice: the use of artificial intelligence & automated decision-making systems in criminal justice in Europe*, London, 2021, p. 35.

52. OSOBA, O. A. et al., *Algorithmic Equity...*, op. cit., pp. 36-37.

De acuerdo con lo establecido en el RIA, las aplicaciones algorítmicas que se desarrollen para su utilización en el proceso penal son, con carácter general, consideradas como de alto riesgo. En consecuencia, deben aplicarse a estos los criterios de transparencia recogidos en el mismo (c. 72 RIA). La transparencia será un primer criterio esencial para asegurar el diseño democrático de la Inteligencia Artificial utilizada en el proceso penal. Si se aseguran unos criterios de transparencia suficiente será posible conocer cuáles son los elementos axiológicos que condicionan el funcionamiento algorítmico⁵³. De este modo, las autoridades responsables podrían tomar las decisiones en cuanto a su utilización en el proceso penal evaluando previamente la alienación de las opciones de diseño de los algoritmos y las partes afectadas podrían verificar el respeto a sus derechos e impugnar, en caso necesario, los resultados generados con el auxilio de estos. Esta afirmación sería válida tanto en el caso de que la autorización de uso de la Inteligencia Artificial en el proceso penal dependiese de un sistema de acreditación previa, como para el caso de que la utilización de estas tecnologías quedase supeditada a una decisión individual en cada procedimiento penal por parte del juez responsable. En el primero de los supuestos, los organismos autorizantes podrían examinar la adecuación jurídica de los criterios de diseño algorítmicos antes de emitir su certificación. En el segundo, las partes podrán utilizar la información facilitada por los desarrolladores para impugnar, en su caso, con la ayuda de los peritos correspondientes, la utilización de estos mecanismos y los resultados obtenidos con su auxilio, si observaran una falta de adecuación al respecto⁵⁴. Con la adecuada información sobre los criterios valorativos empleados durante el diseño se podría generar, en consecuencia, confianza en la utilización de los instrumentos de Inteligencia Artificial, evitando la aversión algorítmica y pudiendo aprovechar, por lo tanto, los aspectos positivos de la introducción de esta tecnología en el proceso penal.

El RIA vincula, de este modo, los requisitos de transparencia con la posibilidad de que los responsables del despliegue de los sistemas de Inteligencia Artificial comprendan el modo en el que estos funcionan y puedan evaluar su funcionalidad y «*comprender sus fortalezas y limitaciones*». Para ello desarrolla este deber de transparencia a través de la obligación de los desarrolladores de IA de acompañar la introducción en el mercado de estas aplicaciones de una información adecuada sobre sus características, capacidades y funcionamientos, lo que incluye los riesgos que estos implican para los derechos fundamentales.

53. KOENE, A. *et al.*, *A governance framework...* *op. cit.*, p. 26.

54. GLESS, S.; «AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 51-2020, p. 245. Sobre los inconvenientes de esta segunda opción, *vide* RIZER, A.; WATNEY, C., «Artificial Intelligence...», *op. cit.*, p. 220.

Concretamente, el Anexo IV del RIA prevé que entre la documentación técnica que debe acompañar a los algoritmos clasificados como de alto riesgo debe incluirse *«una descripción detallada de los elementos del sistema de IA y de su proceso de desarrollo, incluidos los métodos y las medidas adoptados para el desarrollo del sistema de IA (...); las especificaciones de diseño del sistema, a saber, la lógica general del sistema de IA y de los algoritmos; las decisiones claves de diseño, incluidos la lógica y los supuestos de los que se ha partido, también con respecto a las personas o colectivos de personas en relación con los que está previsto que se utilice el sistema; las principales decisiones de clasificación; aquello que el sistema está diseñado para optimizar y la pertinencia de los diversos parámetros; la descripción de los resultados de salida esperados del sistema y la calidad de dichos resultados; las decisiones adoptadas acerca de cualquier posible concesión con respecto a las soluciones técnicas adoptadas para dar cumplimiento a los requisitos establecidos»* para las aplicaciones de IA de alto riesgo.

El Reglamento hace hincapié de modo especial en los requisitos que deben cumplir los datos de entrenamiento y verificación del sistema (art. 10 RIA)⁵⁵. Ya se ha aludido anteriormente a la importancia que para las aplicaciones de IA tienen los datos. El RIA recoge esta cuestión cuando exige determinadas prácticas de gestión de datos⁵⁷, que aseguren la calidad de estos y que los conjuntos de datos que se utilicen para estas finalidades sean pertinentes, lo suficientemente representativos, estén libres de errores y sean completos a la vista de la finalidad prevista del sistema (c. 67 RIA). También será necesario que los datos a utilizar, particularmente para el entrenamiento y validación de los algoritmos reflejen *«el entorno geográfico, conductual, contextual o funcional específico en el que esté previsto que se utilice el sistema de IA»* (c. 122 RIA). Con ello se pretende que los datos de entrenamiento sean lo más parecidos a las condiciones que el algoritmo tendrá que enfrentar en el momento de su

55. Una obligación semejante se establece también en los arts. 6.3.2 y 6.3.3 Directiva sobre decisiones automáticas del gobierno de Canadá de 25 de abril de 2023.

56. Respecto a la importancia de la utilización de datos en cada una de estas diferentes etapas de diseño del algoritmo puede verse RICH, M. L., «Machine Learning...», *op. cit.*, p. 882.

57. De acuerdo con el art. 10.2 RIA, dichas prácticas se centrarán, en particular, en lo siguiente: a) las decisiones pertinentes relativas al diseño; b) los procesos de recogida de datos y el origen de los datos; c) las operaciones de tratamiento oportunas para la preparación de los datos, como la anotación, el etiquetado, la depuración, la actualización, el enriquecimiento y la agregación; d) la formulación de supuestos, en particular en lo que respecta a la información que se supone que miden y representan los datos; e) una evaluación de la disponibilidad, la cantidad y la adecuación de los conjuntos de datos necesarios; (...) h) la detección de lagunas o deficiencias pertinentes en los datos que impidan el cumplimiento del presente Reglamento, y la forma de subsanarlas.

despliegue en el mundo real⁵⁸ y evitar los potenciales efectos discriminatorios de una inadecuada gestión de estos⁵⁹.

Estos requisitos relativos a los datos deben también constar en la documentación obligatoria para los sistemas de alto riesgo, particularmente, la descripción de los conjuntos de datos de entrenamiento utilizados, incluyendo información acerca de su procedencia, alcance y características principales, la manera en que se obtuvieron y seleccionaron los datos; los procedimientos de etiquetado (p. ej., para el aprendizaje supervisado) y las metodologías de depuración de datos (p. ej., la detección de anomalías); y los procedimientos de validación y prueba utilizados, incluida la información acerca de los datos de validación y prueba empleados y sus características principales (anexo IV).

A través de todos estos requerimientos de información y documentación, el Reglamento considera que los responsables del despliegue podrán tomar sus decisiones con conocimiento de causa y, entre otras cosas, «*estar en condiciones de elegir correctamente el sistema que pretenden utilizar a la luz de las obligaciones que le son aplicables*» (c. 72 RIA). La intención de colocar a los responsables de despliegue, en este caso a las instituciones públicas de persecución penal en situación de tomar decisiones informadas se complementa con la necesidad de que estas autoridades realicen, antes de la puesta en funcionamiento de los sistemas de Inteligencia Artificial, evaluaciones de impacto algorítmico⁶⁰. Estos instrumentos permitirían conocer o anticipar las posibles repercusiones de la introducción de los sistemas de IA en el proceso penal en los principios legales y en los derechos fundamentales⁶¹, así como también el

58. De hecho, uno de los mayores problemas que presentan muchos de los algoritmos utilizados en el ámbito de la justicia penal es, como señala HAMILTON, M., «Predictive policing through risk assessment», en *Predictive policing and Artificial Intelligence*, J.L.M. McDaniel y K. G. Pease (eds.), Routledge, London/New York, 2021, p. 68-69, es la baja representatividad de los datos de entrenamiento. En un escenario ideal, las muestras con los que un algoritmo es entrenado deberían de ser suficientemente representativas de la población a la que la herramienta se aplicará en la realidad. Esto significa que debería reflejar porcentajes equivalentes de poblaciones mayores con factores demográficos tales como raza, etnicidad, género, edad o clase. Pero los desarrolladores generalmente no cumplen con estas prácticas, sino que en muchos casos se usan muestras que no son independientes o aleatorias, sino que a menudo son de carácter dependiente (por ejemplo individuos detenidos por la misma fuerza policial, o de conveniencia (los datos más accesibles).

59. Vide al respecto BAGARIC, M. et al, «Erasing the Bias...», *op. cit.*, p. 1069; MAYSON, S. G., «Bias in, Bias out...», *op. cit.*, p. 2255; CONTISSA, G.; LASGNI, G., «When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters: In Search of an Effective Remedy», *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, n° 28-2020, p. 295; TURNER, J., *Robot Rules...*, *op. cit.*, pp. 348-349.

60. Sobre los beneficios de la obligación legal de realizar evaluaciones de impacto algorítmico, vide KRITIKOS, M., *Artificial Intelligence ante portas: Legal & ethical reflections*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2019, p. 6.

61. GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *Directrices éticas para una IA fiable*, Comisión Europea, Bruselas, 2019, p. 21; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Getting the future right...*, *op. cit.*, pp. 9-10.

modo de funcionamiento del algoritmo, el nivel de automatización de las decisiones, su complejidad y las principales decisiones de diseño en cuanto puedan tener relevancia para conocer su incidencia⁶². El objetivo de las evaluaciones de impacto, de acuerdo con el RIA (c. 96) es que los responsables del despliegue determinen los riesgos específicos para los derechos de las personas que probablemente se vean afectados «y defina las medidas que deben adoptarse en caso de que se materialicen dichos riesgos». Las evaluaciones de impacto deben llevarse a cabo con carácter previo al despliegue del sistema de IA y pueden incluir procesos de participación pública, donde intervengan representantes de colectivos de personas afectadas, expertos independientes u organizaciones de la sociedad civil⁶³. Un correcto entendimiento de los criterios de funcionamiento de los sistemas algorítmicos es clave, además para la correcta utilización de estos, ya que sólo si existe este conocimiento se podrá evitar por un lado la infrautilización provocada por la falta de confianza (aversión algorítmica)⁶⁴, y por otro, la asunción acrítica de los resultados algorítmicos (sesgo de automatización)⁶⁵.

Los requisitos de transparencia también podrán ayudar a la verificación por terceros del correcto diseño de los sistemas de IA, desde el punto de vista de su alineamiento con los principios legales y político-criminales presentes en el proceso penal. Tanto las autoridades de control de defensa de los derechos humanos, a los que el RIA reserva un papel destacado en el control del uso de los sistemas de alto riesgo (art. 77 RIA), como las partes procesales y, en general, la ciudadanía afectada por la utilización de estas herramientas algorítmicas podrá ejercer una valiosa labor de auditoría en la medida en que los criterios y decisiones de diseño sean conocidas y puedan interpretarse por ellos. De este modo, serán capaces de dirigirse a las autoridades de vigilancia del mercado correspondiente (AESIA o, en su caso CGPJ), para solicitar las acciones correspondientes, incluyendo la retirada del sistema, si fuese lo procedente o, de estar legitimadas, hacer valer sus pretensiones en el proceso correspondiente, con base en la falta de cumplimiento normativo, de respeto a la legalidad penal o procesal, o cualquier otra consideración pertinente.

62. EDWARDS, L.; VEALE, M., «Slave to the algorithm? Why a 'right to an explanation' is probably not the remedy you are looking for», *Duke Law & Technology Review*, vol. 16-2017, pp. 70-80; JANSSEN, H. L., «An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making», *International Data Privacy Law*, vol. 10-2020, pp. 76-106.

63. Sobre la importancia del enfoque participativo en el diseño algorítmico, vide ROWE, M.; MUIR, R., «Big data policing...», *op. cit.*, p. 260; KOENE, A. et al., *A governance framework...* *op. cit.*, p. 53.

64. BAGARIC, M. et al., «Erasing the Bias...», *op. cit.*, pp. 1045-1046; CROOTOFF, R., «Cyborg Justice...», *op. cit.*, p. 244.

65. ROTH, A., «Trial by Machine...», *op. cit.*, p. 1279.

3.4. Necesidad de una política criminal algorítmica

Establecer obligaciones de información y procedimientos que ayuden a la toma de decisiones previa a la introducción de las tecnologías algorítmicas en el proceso penal es importante y valioso, pero no es suficiente. El RIA deja en este ámbito cierta indeterminación, lo cual es lógico si se tiene en cuenta la generalidad inherente a su ámbito regulatorio. Habrá que fijar que se considera en cada caso por datos pertinentes para el cumplimiento de las finalidades propias de cada sistema de IA. Será por ello necesaria una actividad regulatoria de mayor detalle dependiendo de las funciones de cada sistema algorítmico para poder asegurar no sólo que los datos son estadísticamente correctos, sino que los criterios de selección de los mismos sean coherentes con la consecución de los fines propios del proceso penal y de los principios que lo configuran⁶⁶, de acuerdo con las posibilidades de desarrollo del Reglamento a nivel nacional

El diseño de las aplicaciones de Inteligencia Artificial que sean susceptibles de impactar en las decisiones de los sistemas de justicia penal debe venir predefinidos por las especificaciones que emanen de las autoridades públicas competentes, asegurando su alineación con los principios del proceso penal y, particularmente, con el principio de legalidad⁶⁷. Los poderes públicos deben desarrollar sus propias políticas algorítmicas que condicionen la actividad de la industria⁶⁸. El Estado no puede ser un mero validador, o certificador, en el mejor de los casos, de decisiones de política criminal y judicial que surjan fuera de los cauces legítimamente establecidos. No puede abdicar de su protagonismo a la hora de definir las políticas públicas, y menos en un área tan sensible como este⁶⁹. Teniendo en cuenta los diferentes criterios de atribución competencial, el legislador, y las agencias públicas de supervisión, sea la AESIA, o el propio Consejo General del Poder Judicial⁷⁰ deben ayudar a convertir las normas jurídicas y los conceptos propios del enjuiciamiento penal en especificaciones técnicas relativas a datos, parámetros de diseño, inputs, outputs, ajus-

66. NISHI, A., «Privatizing Sentencing...», *op. cit.*, pp. 1708-1709.

67. CONTISSA, G.; LASGNI, G., «When it is (also)», *op. cit.*, p. 299.

68. Vide NISHI, A., «Privatizing Sentencing...», *op. cit.*, pp. 1708-1709, con respecto a las comisiones de *sentencing* en EE.UU.

69. OSOBA, O. A. et al., *Algorithmic Equity...*, *op. cit.*, p. 68.

70. Del mismo modo que la AEPD se encarga de la supervisión de la normativa de protección de datos en el ámbito policial, y el CGPJ de la supervisión de los datos de carácter jurisdiccional. Vide COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Control y límites del uso de la información y los datos personales por parte de la Inteligencia Artificial en los procesos penales», en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, S. Barona Vilar (ed.), Valencia, Tirtant lo Blanch, 2021, 299; DE HOYOS SANCHEZ, M., «Premisas y finalidades del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: perspectiva procesal del nuevo marco regulador», en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, S. Barona Vilar (ed.), Valencia, Tirtant lo Blanch, 2021, p. 148.

tes, clasificaciones, etc.⁷¹. El propio RIA abre esta posibilidad cuando prevé que «*las autoridades públicas que pongan en servicio sistemas de IA de alto riesgo para su propio uso pueden aprobar y aplicar las normas que regulen el sistema de gestión de la calidad en el marco del sistema de gestión de la calidad adoptado a escala nacional o regional, según proceda, teniendo en cuenta las particularidades del sector y las competencias y la organización de la autoridad pública de que se trate*» (c.81 RIA). En la realización de esta labor no puede descartarse, tampoco la colaboración de las agencias de normalización en la elaboración de estándares de diseño algorítmico (art. 40 RIA)⁷².

Esta actuación condicionante del desarrollo técnico y de la introducción en el mercado de los sistemas de Inteligencia Artificial pensados para su uso por las autoridades de persecución penal, o con fines forenses, puede lograrse de formas diferentes. En primer lugar, a través de la promulgación de normativa que establezca las especificaciones técnicas necesarias para autorizar su uso en el seno de la administración de justicia. Este tipo de predeterminación a priori debería condicionar los sistemas de evaluación de conformidad (c. 123 y arts. 3.20 y 43 RIA) y asegurar que los algoritmos cumplen con los requerimientos normativamente previstos⁷³. De este modo se podría asegurar que los sistemas de IA se diseñen de acuerdo con teorías científicas contrastadas⁷⁴, y que la aplicación de las normas penales y procesales penales se realizan con pleno respeto a la legalidad y a las interpretaciones jurisprudenciales en vigor.⁷⁵

Alternativamente, no podría desecharse la posibilidad de que estas especificaciones se incluyesen como cláusulas de los contratos públicos de adquisición de este tipo de aplicaciones. De este modo, las administraciones públicas podrían fijar no sólo los criterios valorativos adecuados para la realización jurídico-material de los fines del proceso, sino también imponer criterios alternativos de transparencia, propiedad del algoritmo, etc.⁷⁶. Seguramente, sería

71. ZALNIERIUTE, M.; BENNETT MOSES, L.; WILLIAMS, G., «The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making», *Modern Law Review*, nº 82-2019, p. 444; RICH, M. L., «Machine Learning...», *op. cit.*, pp. 924-928; RIZER, A.; WATNEY, C., «Artificial Intelligence...», *op. cit.*, p. 223.

72. TURNER, J., *Robot Rules...*, *op. cit.*, p. 280.

73. CONTISSA, G.; LASGNI, G., «When it is (also) Algorithms...», *op. cit.*, pp. 300-301; EDWARDS, L.; VEALE, M., «Slave to the algorithm?...», *op. cit.*, pp. 79-80; ANSSEN, H. L., «An approach for...», *op. cit.*, pp. 74-75; SCHIEFERDECKER, I.; GROBMANN, J.; SCHNEIDER, M. A., «How to Safeguard AI», en *The Democratization of Artificial Intelligence*, A. Sudmann (ed.), Transcript Verlag, Bielefeld, 2019, p. 251.

74. QUATTROCOLO, S., *Artificial Intelligence, Computational modelling and Criminal Proceedings. A framework for a European Legal Discussion*, Springer, Cham, 2020, p. 228.

75. Nuevamente aquí el RIA proporciona un instrumento sumamente útil, como es la certificación de conformidad, aunque lo cierto es que, como ya se ha expuesto en FERREIRO BAAMONDE, X., «El Reglamento de Inteligencia Artificial...», *op. cit.*, el hecho de que se haya dejado esta en la inmensa mayoría de los casos en manos de los propios desarrolladores, es probable que rebaje la efectividad de este instrumento.

76. OSWALD, M.; GRACE, J.; URWIN, S.; BARNES, G.C., «Algorithmic Risk Assessment...», *op. cit.*, pp. 245-247.

preferible que estos sistemas fuesen desarrollados total o parcialmente desde el sector público⁷⁷, lo que aseguraría su liderazgo en la definición de los estándares mínimos que deberían cumplir los algoritmos de uso judicial o policial, para asegurar su compatibilidad con la legalidad penal y procesal.

4. Conclusiones

La introducción de herramientas de Inteligencia Artificial supone una oportunidad para lograr una justicia penal más eficiente y justa. La utilización de estos sistemas no se halla, sin embargo, ausente de peligros y desafíos técnicos y jurídicos. En este trabajo nos hemos centrado en uno muy concreto, que tiene que ver con la traducción a estándares y criterios técnicos de las decisiones valorativas y político-criminales, inherentes a la actuación policial y judicial del derecho penal. El diseño algorítmico dista mucho de ser neutral y las decisiones que se toman en el proceso de desarrollo de las herramientas de IA tienen multitud de implicaciones valorativas. Es fundamental que, como paso previo a autorizar el uso de este tipo de herramientas en el proceso penal las autoridades responsables de su aplicación y despliegue puedan conocer y comprender cuáles han sido los criterios de diseño y las implicaciones materiales de estos, desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales involucrados y de la legalidad penal y procesal.

El RIA establece una serie de prescripciones para los sistemas calificados de alto riesgo —entre los que se encuentran, en general, aquellos que serán utilizados en el ámbito de la justicia penal— que serán de utilidad en la consecución de los fines señalados. Fundamentalmente, aquellos que tienen que ver con la transparencia e información sobre las decisiones de diseño algorítmicas, que deben permitir a las autoridades competentes decidir sobre la inclusión con pleno conocimiento de causa sobre las repercusiones que esta tendrá para los derechos fundamentales y para la aplicación de la legislación criminal. Un punto particularmente sensible será el de comprobar que el resultado de las decisiones adoptadas por los desarrolladores de sistemas de IA es compatible y se alinea con los criterios normativos y jurisprudenciales que legitiman constitucionalmente y regulan el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Pero los poderes públicos deben ir más allá. Tal y como imponen desde su legitimidad democrática los criterios normativos que configuran la legalidad penal, deben ejercer una labor de liderazgo en la fijación de estándares algo-

77. BAGARIC, M. et al, «Erasing the Bias...», *op. cit.*, pp. 1077-1078; OSOBA, O. A. et al., *Algorithmic Equity...*, *op. cit.*, p. 68.

rítmicos que supongan una correcta traducción en criterios técnicos y de diseño de los valores y conceptos normativos vigentes⁷⁸. De este modo, no sólo podremos estar seguros de que la utilización de sistemas de IA no supone una justicia más deshumanizada u opaca, sino que, al contrario, estaremos ante una oportunidad para hacer más transparentes y explicitar los criterios que se emplean en las resoluciones judiciales⁷⁹, evitando la utilización de conceptos ambiguos como fuente de arbitrariedad (como la libre valoración, la valoración en conciencia o el análisis conjunto de la prueba), asegurando la corrección jurídica en su aplicación. Al mismo tiempo, también podrán evaluarse los efectos de estos criterios en la práctica judicial y, con ello, las decisiones político-criminales que los soportan⁸⁰, midiendo sus repercusiones tanto sobre las personas afectadas por su aplicación, como para el propio sistema penal en su conjunto⁸¹.

Los valores y principios inherentes a la justicia penal son demasiado importantes, y los derechos e intereses en juego afectan de tal modo a la vida de la sociedad y de sus componentes que su configuración no puede ser apartada del debate democráticos⁸². El hecho de que se introduzcan en el funcionamiento habitual de las fuerzas policiales y de los tribunales de justicia herramientas algorítmicas no debería cambiar esta realidad. Es importante, pues, que se arbitren mecanismos para asegurar esta discusión sobre la utilización de la IA en el proceso penal, sin que se reduzcan a meros aspectos técnicos cuestiones que impactan de lleno en la configuración político-constitucional del enjuiciamiento criminal.

5. Bibliografía

ANGWIN, J.; LARSON, J.; MATTU S.; KIRCHNER, L., *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, ProPublica, 2016.

78. ZALNIERIUTE, M.; BENNETT MOSES, L.; WILLIAMS, G., «The Rule of Law...», *op. cit.*, p. 444.

79. RIZER, A.; WATNEY, C., «Artificial Intelligence...», *op. cit.*, p. 202.

80. BARABAS, C., «Beyond Bias...», *op. cit.*, p.106; CONTISSA, G.; LASGNI, G., «When it is (also) Algorithms...», *op. cit.*, p. 299.

81. Sobre el poder transformativo que podría tener el uso de la IA en el proceso penal, BARABAS, C., «Beyond Bias...», *op. cit.*, p. 108, señala que se podrían dar una reimaginación abolicionista a la IA, que requeriría pasar de medir el comportamiento criminal para medir los procesos de criminalización, del apoyo a las políticas de ley y orden hacia aumentar la seguridad y la autodeterminación comunitaria, y de la vigilancia de poblaciones de riesgo, hacia la responsabilidad de los actores estatales. Más que usar datos para perfilar y gestionar las poblaciones de riesgo, dice la autora, deberíamos construir sistemas para evaluar los impactos de las políticas clave, así como edificar la estructura necesaria para incrementar la responsabilidad de las autoridades.

82. MCDANIEL, J. L.M.; PEASE, K. G., «Policing, AI and choice architecture...», *op. cit.*, p. 88.

- ARONSON, J. D., «Computer Vision and Machine Learning for Human Rights Video Analysis: Case Studies, Possibilities, Concerns, and Limitations», *Law & Social Inquiry*, vol. 43-2018, pp. 1188–1209.
- BAGARIC, M. et al, «Erasing the Bias against Using Artificial Intelligence to Predict Future Criminality: Algorithms Are Color Blind and Never Tire», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 88-2020, pp. 1037-1082.
- BARABAS, C., «Beyond Bias: Re-Imagining the Terms of «Ethical AI» in Criminal Law», *Georgetown Journal of Law & Modern Critical Race Perspectives*, vol. 12-2020, pp. 83-112.
- BEX, F. J. et al, «A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence», *Artif Intell Law*, vol. 18-2010, pp. 123–152.
- CHIAO, V., «Fairness, accountability and transparency: notes on algorithmic decision-making in criminal justice», *International Journal of Law in Context*, nº 15-2019, pp. 126–139.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Control y límites del uso de la información y los datos personales por parte de la Inteligencia Artificial en los procesos penales», en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, S. Barona Vilar (ed.), Valencia, Tirtant lo Blanch, 2021, pp. 287-308.
- CONTISSA, G.; LASGNI, G., «When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters: In Search of an Effective Remedy», *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, nº 28-2020, pp. 280-304.
- CROOTOF, R., «Cyborg Justice» and the Risk of Technological–Legal Lock-in», *Columbia Law Review*, vol. 119-2019, pp. 233-251.
- DE HOYOS SANCHO, M., «Premisas y finalidades del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: perspectiva procesal del nuevo marco regulador», en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, S. Barona Vilar (ed.), Valencia, Tirtant lo Blanch, 2021, pp. 129-156
- EDWARDS, L.; VEALE, M., «Slave to the algorithm? Why a ‘right to an explanation’ is probably not the remedy you are looking for», *Duke Law & Technology Review*, vol. 16-2017, pp. 18-84
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Getting the future right. Artificial intelligence and fundamental rights*, Luxemburgo, 2020.
- FAIR TRIALS, *Automating injustice: the use of artificial intelligence & automated decision-making systems in criminal justice in Europe*, London, 2021.
- FERREIRO BAAMONDE, X., «El Reglamento de Inteligencia Artificial y el proceso penal», en *Next Generation Justice: Digitalización e Inteligencia Artificial*, S. Calaza López e I. Ordeñana Gezuraga (dirs.), La Ley, Madrid, 2024, pp. 891-948.
- FLORES, A. W.; BECHTEL, K.; LOWENKAMP, C. T., «False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to “Machine Bias: There’s Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased Against Blacks”», *Federal Probation*, vol. 80-2016, pp. 38-46.

- FORREST, K. B., *When Machines Can Be Judge, Jury, And Executioner: Justice In The Age Of Artificial Intelligence*, World Scientific Publishing Company, 2021.
- FULDA, J. S., «Implications of a logical paradox for computer-dispensed justice reconsidered: some key differences between minds and machines», *Artif Intell Law*, vol. 20-2012.
- GIPSON RANKIN, S. M., «Technological Tethereds: Potential Impact of Untrustworthy Artificial Intelligence in Criminal Justice Risk Assessment Instruments», *Washington and Lee Law Review*, nº 78-2021, pp. 647-724.
- GLESS, S.; «AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 51-2020, pp. 195-254
- GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, J.L., LÓPEZ-OSSORIO, J.J., URRUELA, C. & RODRÍGUEZ-DÍAZ, M. (2018). Integral Monitoring System in Cases of Gender Violence. VioGén System. *Behavior & Law Journal*, 4(1), 29-40
- GONZÁLEZ FUSTER, G., *Artificial Intelligence and Law Enforcement. Impact on Fundamental Rights*, European Parliament, Bruselas, 2020.
- GREEN, B., «The False Promise of Risk Assessments: Epistemic Reform and the Limits of Fairness», en *Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAT* '20)*, January 27–30, 2020, Barcelona, Spain. ACM, New York, NY, USA, pp. 594-606.
- GRUPO EUROPEO SOBRE ÉTICA DE LA CIENCIA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, *Declaración sobre Inteligencia artificial, robótica y sistemas «autónomos»*, Comisión Europea, Bruselas, 2018.
- GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *Directrices éticas para una IA fiable*, Comisión Europea, Bruselas, 2019.
- GUTIÉRREZ, C. I.; Marchant, G. y Tournas, L., «Lessons for Artificial Intelligence from Historical Uses of Soft Law Governance. A conclusion», *Jurimetrics*, nº 61-2020, pp. 133-149.
- HAMILTON, M., «Predictive policing through risk assessment», en *Predictive policing and Artificial Intelligence*, J.L.M. McDaniel y K. G. Pease (eds.), Routledge, London/New York, 2021, pp. 58-78.
- JANSSEN, H. L., «An approach for a fundamental rights impact assessment to automated decision-making», *International Data Privacy Law*, vol. 10-2020, pp. 76-106.
- KAUFMANN, M., «The co-construction of crime predictions. Dynamics between digital data, software and human beings», en *Moral issues in intelligence-led policing*, N. R. Fyfe, H. O. I. Gundhus y K. Vrist Ronn (eds.), Routledge, Abingdon, 2018, pp. 143-160.
- KOENE, A. et al., *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2019.
- KRITIKOS, M., *Artificial Intelligence ante portas: Legal & ethical reflections*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2019.

- MAYSON, S. G., «Bias in, Bias out», *Yale Law Journal*, nº 128-2019, pp. 2218-2300.
- MCDANIEL, J. L.M.; PEASE, K. G., «Policing, AI and choice architecture», en *Predictive policing and Artificial Intelligence*, J. L.M. McDaniel y K. G. Pease (eds.), Routledge, London/New York, 2021, pp. 79-110.
- MCDANIEL, J. L. M.; Pease, K. G., «Conclusion», en *Predictive policing and Artificial Intelligence*, J. L. M. McDaniel y K. G. Pease (eds.), Routledge, London/ New York, 2021, pp. 289-297
- MCQUILLAN, D., «The Political Affinities of AI», en *The Democratization of Artificial Intelligence*, A. Sudmann (ed.), Transcript Verlag, Bielefeld, 2019, pp. 163-173.
- MOSTOWY, W. A., «Explaining opaque AI decisions, legally», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 35-2020, pp. 1291-1330.
- NISHI, A., «Privatizing Sentencing: A Delegation Framework For Recidivism Risk Assessment», *Columbia Law Review*, vol. 119- 2019, pp. 1671-1710.
- OSOBA, O. A. et al., *Algorithmic Equity. A Framework for Social Applications*, RAND, Santa Monica, 2019.
- OSWALD, M.; GRACE, J.; URWIN, S.; BARNES, G.C., «Algorithmic Risk Assessment Policing Models: Lessons from the Durham HART Model and ‘Experimental’ Proportionality», *Information & Communications Technology Law* 27, nº 2-2018, pp. 223–250.
- OZKAN, T., *Predicting Recidivism Through Machine Learning*, The University of Texas at Dallas, 2017.
- QUATTROCOLO, S., *Artificial Intelligence, Computational modelling and Criminal Proceedings. A framework for a European Legal Discussion*, Springer, Cham, 2020.
- REUTTER, L. y SPILKER, H. S., «The Quest for Workable Data. Building Machine Learning Algorithms from Public Sector Archives», en *The Democratization of Artificial Intelligence*, A. Sudmann (ed.), Transcript Verlag, Bielefeld, 2019, pp. 95-108
- RICH, M. L., «Machine Learning, Automated Suspicion Algorithms, and The Fourth Amendment», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164-2016, pp. 871-929
- RIZER, A.; WATNEY, C., «Artificial Intelligence Can Make Our Jail System More Efficient, Equitable, and Just», *Texas Review of Law & Politics*, vol. 23-2018, pp. 181-227.
- RIZZI, F. T.; Pera, A., «Balancing tests as a tool to regulate artificial intelligence in the field of criminal law», *Special Collection on Artificial Intelligence*, UNI-CRI, Torino, 2020, pp. 7-17.
- ROTH, A., «Trial by Machine», *Georgetown Law Journal*, vol. 104-2016, pp. 1245-1306
- RUDIN, C., «Stop Explaining Black Box Machine Learning Models for High Stakes Decisions and Use Interpretable Models Instead», *Nat Mach Intell.*, nº 1-2019, pp. 206–215.

- ROWE, M.; MUIR, R., «Big data policing. Governing the machines?», en *Predictive policing and Artificial Intelligence*, J. L. M. McDaniel y K.G. (eds.) Pease, Routledge, London/New York, 2021, pp. 254-268.
- RUDIN, C.; USTUN, B., «Optimized Scoring Systems: Toward Trust in Machine Learning for Healthcare and Criminal Justice», *Interfaces*, nº 48-2018, pp. 449-466.
- SCHIEFERDECKER, I.; GROSSMANN, J.; SCHNEIDER, M. A., «How to Safeguard AI», en *The Democratization of Artificial Intelligence*, A. Sudmann (ed.), Transcript Verlag, Bielefeld, 2019, pp. 245-254.
- SUSSKIND, R. E., «Expert Systems in Law: A Jurisprudential Approach to Artificial Intelligence and Legal Reasoning», *The Modern Law Review*, vol. 49-1986, Vol. 49, pp. 168-194.
- TATA, C., «The Application of Judicial Intelligence and 'Rules' to Systems Supporting Discretionary Judicial Decision-Making», *Artificial Intelligence and Law*, vol. 6-1998, pp. 203-230.
- TURNER, J., *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Plagrove, London, 2019.
- WYKSTRA, S., «What is «Fair»? Algorithms in Criminal Justice», *Issues in Science and Technology*, vol. 34-2018, pp. 21-23.
- ZALNIERIUTE, M.; BENNETT MOSES, L.; WILLIAMS, G., «The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making», *Modern Law Review*, nº 82-2019, pp. 425-455.
- ZAVRSNIK, A., «Criminal Justice, artificial intelligence systems, and human rights», *ERA Forum*, nº 20, 2020, pp. 567-583.
- ZENNARO, F. M., «A Left Realist Critique of the political value of Adopting Machine Learning Systems in Criminal Justice», en *ECML PKDD 2020 Workshops*, I. Koprinska et al (eds.), Cham, 2020, pp. 92-107

XI | La Decisión Marco 2002/584/JAI a la luz del proceso de digitalización de la cooperación judicial internacional: Directiva (UE) 2023/2843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023¹

Leticia Fontestad Portalés²
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. IMPACTO DEL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. 2.1. LA DIGITALIZACIÓN Y EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. 2.2. EL USO DE VIDEOCONFERENCIAS Y OTRAS TECNOLOGÍAS DE COMUNICACIÓN A DISTANCIA EN LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. 3. BIBLIOGRAFÍA

1. El presente trabajo se enmarca dentro de los Proyectos estratégicos «Transición Digital de la Justicia» orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE, con REF. RED 2021-130078B-100, siendo los IPs, la Dra. Calaza López y el Dr. José Carlos Muínelo Cobo y «Marco jurídico para la competencia dinámica en mercados digitales y para la innovación a través de Inteligencia Artificial» (REF. PID2021-122536OB-I00 MCIN/AEI/10.13039/501100011033. «NextGenerationEU»/PRTR), siendo el IP. el Dr. Olmedo Peralta.

2. Es un honor rendir homenaje al profesor Cachón Cadenas, cuyas contribuciones a la disciplina del Derecho procesal han dejado una huella imborrable en el ámbito académico. Su magnífica trayectoria como procesalista se ha caracterizado por una producción científica prolífica, que abarca desde estudios innovadores hasta reflexiones profundas sobre la práctica judicial. La claridad de su pensamiento y la rigurosidad de su análisis han sido, y continúan siendo, fuente de inspiración para numerosos investigadores y estudiantes.

Me embarga un profundo sentimiento de gratitud al tener la oportunidad de participar en este merecido libro homenaje al Profesor Cachón Cadenas. Confieso, no obstante, que ha sido un desafío considerable atreverme a abordar alguna de las temáticas que el profesor ha tratado con maestría a lo largo de su carrera, ya que me temo que no podría estar a la altura de sus brillantes aportaciones. Es por ello por lo que, tras una cuidadosa reflexión, he optado por explorar un área ajena a sus líneas de investigación, con la esperanza de aportar desde mi modesta perspectiva, un matiz distintivo a este merecido reconocimiento. Su legado es un faro que ilumina el camino del conocimiento, y me honra ser parte de esta celebración en su honor.

1. Introducción

No cabe duda de que, para lograr una Justicia eficaz y eficiente en el siglo XXI, todos los Estados han debido adaptar sus sistemas judiciales a las nuevas tecnologías y a las demandas de una sociedad cada vez más digitalizada³ y *smartificada*⁴.

Resulta evidente que la Administración de Justicia ha asumido con determinación la revolución tecnológica, no como un observador pasivo, sino como un agente promotor de su incorporación. Así, desde hace varias décadas, ha promovido de manera decidida la implementación de las nuevas tecnologías, no solo en el ámbito estrictamente procesal, sino también en los procedimientos administrativos y en las relaciones con las partes, contribuyendo así a la agilización de los trámites judiciales y a una mayor transparencia y eficiencia del sistema.

Este proceso de transformación tecnológica ha sido clave para modernizar las infraestructuras judiciales tanto dentro de nuestras fronteras como en el marco de la cooperación judicial internacional.

En este contexto, garantizar una tutela judicial efectiva en la actualidad requiere no solo la modernización integral de la Administración de Justicia en cada Estado, sino también el desarrollo e implementación de procedimientos de cooperación judicial internacional más avanzados. Estos mecanismos, apoyados en las nuevas tecnologías, deben estar orientados a la eliminación de de-

3. Sobre la «Justicia orientada al dato», Vid. BARONA VILAR, S., «Resumen de Ecosistema digital de Justicia eficiente (De la Justicia digital orientada al documento a la Justicia orientada al dato)», *Actualidad civil*, núm. 5, 2023; Sobre el «Big Data Judicial», Vid. BUENO DE MATA, F., «Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras», *Revista General de Derecho Procesal*, 51, 2020. En relación con la justicia digital y la eficiencia judicial, Vid. SUÁREZ XAVIER, P.R., «Justicia digital, gobernanza y eficiencia procesal: algunos apuntes», en *Justicia en red para la Paz*, Calaza López, S. y Fontestad Portalés, L. (dirs.), Ed. Dykinson, Madrid 2023, pp. 161-182. Acerca del proceso de digitalización en la cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión Europea se puede consultar FONTESTAD PORTALÉS, L., «La digitalización de la cooperación judicial penal en la Unión Europea», en *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Fontestad Portalés, L. (dir.); Jiménez López, M. N. (coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022b, pp. 29-56; BUENO JIMÉNEZ, M., «Los Planes Estratégicos como herramientas básicas para la transformación digital del futuro (y del presente)», en *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Fontestad Portalés, L. (dir.); Jiménez López, M. N. (coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 57-68 y FLÓREZ ÁLVAREZ, L.A., «Los nuevos ciclos de la justicia: Transformación y futuro legal inteligente desde las perspectivas procesales», en *Justicia proceso y tutela judicial efectiva en la sociedad postpandemia*, Fontestad Portalés, L. y Jiménez López, M.N. (dirs.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022. Para un estudio más pormenorizado sobre la materia, Vid. MARTÍN RÍOS, P., «Relevancia de las nuevas tecnologías en la práctica de actos de comunicación judicial transfronterizos en materia civil o mercantil», en *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Fontestad Portalés, L. (dir.); Jiménez López, M. N. (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 391-406.

4. Vid. BARONA VILAR, S., «Dataización de la justicia (Algoritmos, Inteligencia Artificial y Justicia, ¿el comienzo de una gran amistad?)», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 36, 2023.

moras procesales y a la optimización de la eficiencia judicial, promoviendo así una respuesta ágil y coordinada entre los sistemas de justicia de los distintos Estados.

Es evidente que los esfuerzos de los Estados por adaptar sus sistemas de justicia a la era digital resultarían infructuosos si no se acompañaran de una visión integral que trascienda las fronteras nacionales. La modernización de los sistemas judiciales mediante el uso de nuevas tecnologías, e incluso la implementación de sistemas basados en la *e-justicia*, carecerían de efectividad si este avance tecnológico no se extendiera al ámbito de la cooperación judicial internacional.

De poco serviría reemplazar los expedientes judiciales tradicionales por «Expedientes Judiciales Electrónicos» en cada Estado⁵ si, en paralelo, no se invirtiera en la digitalización de los procesos de cooperación entre las autoridades competentes. Resultaría incoherente que, mientras se modernizan los procedimientos internos, las relaciones entre las autoridades judiciales centrales siguieran dependiendo del correo postal o, incluso, del correo electrónico que, en este contexto, se percibe ya como una herramienta obsoleta.

En este sentido, debemos reconocer que la digitalización de la Justicia y, más concretamente, la digitalización de la cooperación judicial internacional no es un fenómeno novedoso ni tampoco ha estado carente de regulación normativa pues, desde hace más de una década, la Unión Europea ya apostaba por la denominada «e-Justicia» en el marco del Programa de Estocolmo de 2009⁶. Incluso anteriormente, en el año 2008, la Comisión de la entonces Comunidad Económica Europea señalaba que, bajo el neologismo «e-Justicia», surgía un principio de respuesta a la triple necesidad de mejorar el acceso a la justicia, la eficacia del sistema judicial y, naturalmente, la cooperación entre autoridades judiciales⁷.

5. En España, es el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2023) la normativa que potencia el Expediente Judicial Electrónico «...mediante un cambio de paradigma, pasando de la orientación al documento a la orientación al dato. Esto supone un gran avance respecto de la Ley 18/2011, de 5 de julio, que hace una década se planteaba como objetivo la transición del papel a lo digital, siendo así que se trata ahora de lograr mejoras sustanciales ya en el entorno de lo digital» tal y como se recoge en la propia exposición de motivos.

6. Cfr. Plan de Acción Plurianual 2009-2013 relativo a la Justicia en Red Europea (DOUE C 75, de 31 de marzo de 2009), disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XG0331\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XG0331(01)) (última visita, 27.09.2024).

7. Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, «Hacia una estrategia europea en materia de e-Justicia (Justicia en línea)», Bruselas 30 de mayo de 2008,

Dado que la digitalización de la justicia transfronteriza no puede quedar reza-gada frente al proceso de digitalización de cada sistema judicial nacional⁸, tanto en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea, como en el entorno internacional e iberoamericano, los Estados han manifestado, a lo largo de los años, su preocupación por implementar las nuevas tecnologías en las relaciones judiciales transfronterizas. En este sentido, se ha priorizado la modernización de los procedimientos de auxilio judicial, lo que ha dado lugar a la reciente puesta en funcionamiento de herramientas formales de cooperación judicial internacional como la plataforma electrónica Iber@ y, más recientemente, el sistema «e-CODEX» (e-Justice Communication via Online Data Exchange) para los Estados miembros de la Unión Europea.

La plataforma Iber@, regulada en el Tratado de Medellín de 2019 responde, fundamentalmente, aunque no exclusivamente, a las transmisiones formales de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre las Autoridades Centrales de los países iberoamericanos miembros de IberRed⁹.

Por otra parte, la plataforma e-CODEX, regulada en el Reglamento (UE) 2022/850, se ha consolidado como la piedra angular digital de la cooperación judicial en la Unión Europea en materia civil y penal entre los Estados miembros¹⁰.

disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0329:FIN:ES:PDF>, pág 2 (última visita, 27.09.2024).

8. Sobre el cambio de Justicia en relación con la implementación de las nuevas tecnologías, *Vid.* MARTIN DIZ, F., «Justicia Híbrida: La tecnología disruptiva al servicio del proceso, en *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, núm. 68, 2024 (Ejemplar dedicado a: Derecho Procesal: Enfoques contemporáneos), pp. 113-129; LÓPEZ YAGÜES, V., «Fortalecer el servicio público de Justicia, transformar el modelo, mejorar la calidad de la Justicia que se administra», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2024 y CALAZA LÓPEZ, S., «Una nueva graduación de la Eficiencia en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Justicia como «servicio público»: más eficiencia digital, menos eficiencia procesal y ninguna eficiencia organizativa», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2024.

9. Este Tratado encuentra su origen en la XXI Asamblea Plenaria de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), celebrada en la Ciudad de Medellín (Colombia) los días 24 y 25 de julio de 2019. Su elaboración ha contado con la participación activa de España, a través del Ministerio de Justicia, y se ha basado en los principios de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional en materia penal y civil (IberRed). El Tratado de Medellín se encuentra disponible en la página web de COMJIB, https://comjib.org/wp-content/uploads/2019/08/Tratado_Medellin_ES.pdf (última visita, 27.09.2024). El Tratado de Medellín que regula la Plataforma Iber@ está en vigor desde el 9 de mayo de 2022 en general y para España, *Vid.* Instrumento de ratificación del Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales, hecho en Medellín el 25 de julio de 2019. Reglamento de financiación del Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales (BOE núm. 99, de 26 de abril de 2022).

10. *Vid.* Reglamento (UE) 2022/850 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a un sistema informatizado para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726 (DOUE núm. 150, de 1 de junio de 2022).

No obstante, debemos advertir que ni la Plataforma Iber@ ni el sistema informático e-CODEX constituyen una novedad reciente, ya que la Plataforma Iber@ ha estado operativa desde el año 2009 facilitando la comunicación informal entre los puntos de contacto y las autoridades centrales de los países iberoamericanos a través de IberRed. La experiencia acumulada en el uso de esta plataforma ha permitido su consolidación como un sistema de comunicación eficaz, seguro y fiable, fundamento que ha sido crucial para su adopción formal en el marco del Tratado de Medellín. El sistema e-CODEX, por su parte, ha venido utilizándose en la Unión Europea como la principal herramienta interoperable de comunicación entre los sistemas informáticos de las autoridades judiciales de los Estados miembros.

Aun cuando ambas plataformas comparten el objetivo de convertirse en medios ágiles y eficaces para la transmisión de solicitudes de cooperación judicial internacional entre los Estados, no son directamente comparables¹¹.

A pesar de que los esfuerzos por parte de los Estados para implementar de manera eficiente las nuevas tecnologías en sus respectivos sistemas judiciales han sido constantes y, a lo largo de los años, hemos sido testigos del desarrollo de tecnologías digitales de comunicación destinadas a optimizar los procedimientos judiciales, el progreso en esta materia sigue siendo fundamental para agilizar y mejorar las actuaciones procesales de carácter transfronterizo¹².

En este contexto de modernización, el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea han dado un paso decisivo al aprobar el Reglamento (UE) 2023/2844, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y el acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales¹³. Esta nueva regulación no solo pretende continuar con el progreso logrado, sino también modificar y actualizar determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial, consolidando un marco más eficiente y accesible para la justicia digital en Europa.

11. Tanto sobre el sistema e-CODEX como sobre la Plataforma Iber@, hemos llevado a cabo un estudio más pormenorizado en FONTSTAD PORTALÉS, L., «Evolución y avances en materia de Cooperación Judicial Internacional a través de las transmisiones electrónicas», en *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Mercedes Llorente Sánchez-Arjona (dir.), Sonia Calaza López (dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 239-268.

12. Ya en el citado Programa de Estocolmo de 2009 se establecieron las bases para la incorporación de las TICs en el ámbito judicial, lo que sentó las bases de la estrategia europea de e-Justicia o Justicia en red. Estas iniciativas se han centrado en garantizar una mayor eficiencia y efectividad en los procesos judiciales, así como en facilitar el acceso a la justicia mediante la digitalización de los canales de comunicación.

13. DOUE núm. 2844, de 27 de diciembre de 2023.

El Reglamento establece, con el objetivo de optimizar costos y tiempos, así como de reducir la carga administrativa, un marco jurídico uniforme para la utilización de la comunicación electrónica entre las autoridades competentes en los procedimientos de cooperación judicial en materia civil, mercantil y penal. Además, no ignora la importancia de la comunicación electrónica entre personas físicas o jurídicas y las autoridades competentes en procedimientos judiciales relacionados con el ámbito civil y mercantil. Asimismo, regula el uso de videoconferencias y otras tecnologías de comunicación a distancia para fines distintos de la obtención de pruebas, ilustrando su enfoque integral en la modernización de los procesos judiciales.

La reciente regulación en torno al uso de la videoconferencia, así como la implementación del sistema e-CODEX en los diversos instrumentos de cooperación judicial internacional, nos permite analizar su impacto en lo que constituye la piedra angular de la cooperación judicial internacional dentro de la Unión Europea: la orden europea de detención y entrega, conocida como euroorden¹⁴. Este marco normativo, junto con Directiva (UE) 2023/2843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, por la que se modifica, entre otras, la Decisión Marco 2002/584/JAI (en adelante, DM), en lo que respecta a la digitalización de la cooperación judicial¹⁵, no solo refuerza la eficacia y eficiencia de los procedimientos de cooperación, sino que también promueve la modernización de los canales de comunicación entre las autoridades competentes, garantizando así una respuesta más ágil y efectiva ante las demandas de justicia transfronteriza.

Las nuevas herramientas digitales no solo han facilitado el acceso a la justicia, sino que también han optimizado la interacción entre los diferentes sistemas judiciales a nivel global, agilizando procesos y, en lo que ahora nos interesa al efecto de este trabajo, reduciendo barreras en las relaciones transfronterizas.

14. *Vid.* Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI) (DOCE núm. 190, de 18 de julio de 2002) y la ley española de transposición, Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014), en adelante LRM.

15. Directiva (UE) 2023/2843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, por la que se modifican las Directivas 2011/99/UE y 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2003/8/CE del Consejo y las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2003/577/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI, 2008/947/JAI, 2009/829/JAI y 2009/948/JAI del Consejo, en lo que respecta a la digitalización de la cooperación judicial (DOUE núm. 2843, de 27 de diciembre de 2023).

2. Impacto del proceso de digitalización de la cooperación judicial internacional en la orden europea de detención y entrega

El Reglamento (UE) 2023/2844 y la Directiva (UE) 2023/2843, como componentes fundamentales del paquete de digitalización de la justicia, representan un avance decisivo hacia la modernización del espacio judicial europeo. Esta iniciativa no solo tiene como objetivo mejorar la eficiencia y accesibilidad de los sistemas judiciales, sino que también responde a la creciente complejidad de los litigios transfronterizos en un mercado único cada vez más integrado, así como a la imperiosa necesidad de contar con sistemas judiciales dotados de mayor agilidad y resiliencia, una necesidad que se hizo evidente durante la pandemia de SARS-CoV-2, conocido como coronavirus o COVID-19¹⁶.

La implementación de estas iniciativas marca un punto de inflexión en la justicia transfronteriza dentro de la Unión Europea con profundas implicaciones en todos los aspectos de la cooperación judicial, al modernizar los procedimientos y facilitar una mayor interconexión entre los Estados miembros.

Estas reformas no solo preparan a la Unión Europea para abordar los desafíos del siglo XXI, sino que también refuerzan la cohesión del marco jurídico europeo, asegurando un enfoque más uniforme y coordinado en la administración de justicia en todo el territorio europeo.

2.1. La digitalización y el uso de nuevas tecnologías en la orden europea de detención y entrega

La digitalización y el uso de nuevas tecnologías en la cooperación judicial han tenido un impacto significativo, particularmente en el ámbito penal, afectando de manera especial a la orden europea de detención y entrega. Este instrumento de cooperación judicial penal internacional que permite la detención y entrega de personas entre los Estados miembros de la Unión Europea sin necesidad de pasar por procedimientos de extradición tradicionales, facilitando así la lucha contra el crimen transfronterizo¹⁷, como por todos es sabido, ha sido el

16. Para un estudio acerca de la digitalización de la Justicia tras la pandemia, *Vid.* por todos, MARTIN DIZ, F., «Justicia digital post-covid19: El desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial», en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020, pp. 41-74.

17. El artículo 1 de la citada Decisión marco de 2002 que regula euroorden ofrece una definición de la orden de detención europea y obligación de ejecutarla: «La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad». La ley española de transposición, esto es, la citada Ley 23/2014 de reconocimiento

primero en concretar la tradicional afirmación de que el principio de reconocimiento mutuo de sentencias y de otras resoluciones judiciales debe constituir la piedra angular de la cooperación judicial tanto en materia civil como penal dentro de la Unión Europea.

Sin necesidad de entrar en un estudio pormenorizado acerca del alcance de este proceso de digitalización de la cooperación judicial internacional en la euroorden resulta incuestionable que este relevante instrumento europeo de cooperación judicial penal se ha visto evidentemente afectado por la modernización de los procedimientos judiciales en el ámbito de la cooperación internacional.

Así, la implementación de plataformas electrónicas en el procedimiento de la euroorden permite que las solicitudes sean tramitadas de manera más rápida y eficiente, reduciendo los tiempos de respuesta entre las autoridades judiciales de los distintos Estados al tiempo que facilitan el intercambio de información de manera fluida y segura, lo cual resulta esencial para la eficacia operativa de la euroorden.

Sin embargo, la implementación de plataformas digitales de comunicación entre autoridades judiciales no solo conlleva una significativa reducción en los tiempos de tramitación y ejecución de la orden europea de detención y entrega, sino que también fortalece de manera sustancial la colaboración entre los Estados en el seno de la Unión Europea.

No obstante, más allá de la agilización de los procesos, los beneficios derivados de la digitalización de la cooperación judicial son diversos y significativos. Por ejemplo, la digitalización contribuye a la eliminación de las barreras administrativas que tradicionalmente han obstaculizado la cooperación transfronteri-

judicial mutuo, ofrece en su artículo 34 una definición análoga, aunque con matices propios de la técnica legislativa nacional: «La orden europea de detención y entrega es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores». Si bien no es el momento oportuno para adentrarnos en un análisis exhaustivo de esta cuestión, queremos al menos señalar que ambas definiciones, si bien coinciden en lo esencial, presentan una diferencia notable en cuanto a su ámbito de aplicación. La definición española, en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, extiende explícitamente el alcance de la OEDE a las medidas de internamiento en centros de menores, aspecto no contemplado de manera expresa en la Decisión Marco. Esta ampliación del ámbito de aplicación en la legislación española refleja la adaptación del instrumento europeo a las particularidades del sistema jurídico nacional, siempre dentro del marco de los principios fundamentales establecidos por la normativa de la Unión Europea. Para un análisis más exhaustivo de esta herramienta de cooperación judicial penal internacional, *Vid. JIMENO BULNES, M., La orden europea de detención y entrega*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2024 y FONTESTAD PORTALÉS, L., *Perspectiva crítica de la Orden Europea de detención y entrega a la luz de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la Ley 23/2014 de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (Análisis comparativo con la Ley 3/2003)*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2022.

za y favorece el flujo de información entre las autoridades competentes, lo que redundará en una evidente mejora de la efectividad práctica de la euroorden. Igualmente, la digitalización permite a las autoridades judiciales y policiales acceder de forma más eficiente a recursos y bases de datos compartidas.

Por consiguiente, la digitalización de los procesos asociados a la euroorden no solo moderniza los procedimientos, sino que también potencia la eficacia del instrumento en su conjunto, fortaleciendo los cimientos de la cooperación judicial en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea.

Este avance tecnológico, podemos afirmar que se establece como un elemento catalizador para lograr una justicia transfronteriza más ágil, eficiente y adaptada a los desafíos del siglo XXI.

Sin embargo, es importante señalar que, aunque el debate actual se centra en la utilización de plataformas electrónicas de comunicación entre autoridades judiciales para la emisión de la euroorden en el marco de la nueva directiva sobre la digitalización de la cooperación judicial internacional, sería un error considerar que la implementación de sistemas digitales en este ámbito representa una innovación absoluta.

Efectivamente, por lo que respecta específicamente a la OEDT, resulta fundamental destacar que, desde su implementación inicial, este instrumento ha estado intrínsecamente relacionado con el uso de un sistema digital de gran envergadura y eficacia: el Sistema de Información de Schengen conocido como SIS¹⁸. Este sistema ha facilitado el intercambio de información y la cooperación entre los Estados miembros, permitiendo una gestión más efectiva y rápida de las solicitudes de detención y entrega, lo que subraya la importancia de las tecnologías digitales en la mejora de los procedimientos judiciales transfronterizos.

18. *Vid.* Los conocidos como «reglamento de cooperación policial y judicial», «reglamento de fronteras» y «reglamento de retorno», esto es, el Reglamento (UE) 2018/1862 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial en materia penal, por el que se modifica y deroga la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, y se derogan el Reglamento (CE) n° 1986/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2010/261/UE de la Comisión; el Reglamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de las inspecciones fronterizas, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y se modifica y deroga el Reglamento (CE) n° 1987/2006 y, por último, el Reglamento (UE) 2018/1860 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de noviembre de 2018, sobre la utilización del Sistema de Información de Schengen para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE núm. 312, de 7 de diciembre de 2018). *Vide.* también la más reciente Decisión de Ejecución (UE) 2023/201 de la Comisión de 30 de enero de 2023 por la que se fija la fecha de inicio de las operaciones del Sistema de Información de Schengen de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) 2018/1862 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE núm. 27, de 31 de enero de 2023).

El Sistema de Información de Schengen (SIS), en su versión más reciente, conocida como «SIS recast» o «SIS II+», ha desempeñado un papel fundamental en la operatividad de la OEDE desde los inicios¹⁹ siendo así que, como base de datos a gran escala compartida por los Estados miembros del espacio Schengen²⁰, ha facilitado de forma segura la transmisión de información relativa a las órdenes de detención europeas entre las autoridades judiciales y policiales competentes. Este sistema, lejos de ser estático, se encuentra en continua actualización para mejorar su funcionalidad, como ejemplifica la reciente inclusión de capacidades de procesamiento de datos biométricos, lo que ha aumentado significativamente la precisión en la identificación de las personas buscadas²¹.

La propia Decisión marco que regula la euroorden, en su artículo 9.2, con base en el artículo 95 del citado Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 19 de junio de 1990, remite —al igual que el artículo 40.2 LRM—, al SIS para la transmisión de una orden europea de detención y entrega, fundamentalmente, para el supuesto en el que no sea conocido el paradero de la persona reclamada, aunque, en todo caso, permite a la autoridad judicial, en cualquier circunstancia, introducir una descripción de la persona reclamada en el Sistema de Información Schengen. La descripción en el SIS, acompañada de la información prevista en el artículo 36 LRM²², que regula el

19. No obstante, la entrada en vigor del Sistema de Información Schengen (SIS) se remonta al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado el 19 de junio de 1990. El SIS1 entró en funcionamiento operativo el 26 de marzo de 1995, coincidiendo con la supresión de los controles en las fronteras interiores entre los siete Estados miembros iniciales del espacio Schengen (Alemania, Bélgica, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal). Esta fecha marca el inicio real de la aplicación práctica del sistema en el contexto de la cooperación policial y judicial en el espacio Schengen. Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991 (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994).

20. El Espacio Schengen, a septiembre de 2024, lo componen 25 de los 27 Estados pertenecientes a la UE (con la excepción de Irlanda y Chipre) más Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

21. El 7 de marzo de 2023 entró en funcionamiento el Sistema de Información Schengen (SIS) de nueva generación, conocido también como «SIS recast» o «SIS II+». Para una mejor comprensión del funcionamiento de este sistema de información en el espacio Schengen, *Vid.* FAYOS MESTRE, M., «El nuevo Sistema de Información Schengen», en *Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil*, núm. 3, 2024.

22. «La orden europea de detención y entrega se documentará en el formulario que figura en el anexo I, con mención expresa a la siguiente información:

a) La identidad y nacionalidad de la persona reclamada.

b) El nombre, la dirección, el número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial de emisión.

c) La indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en este Título.

contenido de la orden europea de detención y entrega, equivale a todos los efectos a una orden europea de detención y entrega²³.

La existencia y el funcionamiento eficaz del SIS en el contexto de la OEDE ponen de manifiesto que la digitalización de ciertos aspectos de la cooperación judicial internacional, particularmente en lo que atañe a la orden europea de detención y entrega, no es un concepto novedoso introducido exclusivamente por la reciente normativa europea sobre la digitalización de la cooperación judicial. Esto es, mientras que la nueva directiva sobre digitalización de la cooperación judicial internacional indudablemente introduce avances significativos en diversos ámbitos, en lo que respecta específicamente a la OEDE, estas innovaciones se erigen sobre una base digital preexistente y bien establecida como es el Sistema de Información de Schengen.

Por consiguiente, es crucial contextualizar adecuadamente las innovaciones propuestas por la nueva normativa europea en esta materia, el Reglamento (UE) 2023/2844 y la Directiva (UE) 2023/2843, que debe entenderse no como una ruptura radical con las prácticas anteriores, sino como una evolución y ampliación de los sistemas digitales ya existentes, orientadas a optimizar y expandir la infraestructura digital en el ámbito de la cooperación judicial internacional.

2.2. El uso de videoconferencias y otras tecnologías de comunicación a distancia en la orden europea de detención y entrega

Como ya sabemos, el Reglamento (UE) 2023/2844 y la Directiva (UE) 2023/2843 introducen modificaciones clave en la digitalización de la cooperación judicial internacional, ajustando los mecanismos existentes a las necesidades contemporáneas del derecho europeo. Estos instrumentos jurídicos responden a la necesidad de una mayor interoperabilidad y eficiencia en los procesos judiciales transfronterizos dentro de la Unión Europea, con un enfoque en la acelera-

d) La naturaleza y tipificación legal del delito.

e) Una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada.

f) La pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien, la escala de penas que establece la legislación para ese delito.

g) Si es posible, otras consecuencias del delito».

23. El artículo 9.3 *in fine* DM establece que «Con carácter provisional, hasta el momento en que el SIS tenga capacidad para transmitir toda la información que figura en el artículo 8, la descripción equivaldrá a una orden de detención europea hasta que la autoridad judicial de ejecución reciba el original en buena y debida forma».

ción y simplificación de la transmisión de solicitudes y resoluciones judiciales a través de medios electrónicos seguros.

En lo que concierne a la euroorden, el impacto es especialmente relevante dado que la digitalización de la OEDE bajo este nuevo marco normativo optimiza la transmisión de solicitudes de detención y entrega entre Estados miembros, minimizando los retrasos derivados del uso de medios tradicionales, como el correo postal. En la actualidad, gracias a la incorporación de sistemas digitales como e-CODEX, la coordinación entre autoridades judiciales es más rápida y eficaz, reduciendo la posibilidad de errores y mejorando la protección de los derechos fundamentales de los individuos involucrados.

Estas modificaciones no solo buscan modernizar el proceso judicial europeo, sino también reforzar la confianza mutua entre las jurisdicciones nacionales, facilitando una cooperación judicial más ágil, pero también más sólida. Además, se prevé que el uso de videoconferencias y otras tecnologías de comunicación a distancia contribuya también a una ejecución más efectiva y rápida de las OEDEs, asegurando una respuesta judicial más eficaz en todo el territorio de la UE.

Las modificaciones específicas introducidas por la Directiva (UE) 2023/2843 en la Decisión Marco 2002/584/JAI²⁴, en lo que concierne a la digitalización de la cooperación judicial, afectan fundamentalmente a la transmisión digital de la OEDE y al uso de la videoconferencia con arreglo al artículo 6 del Reglamento (UE) 2023/2844.

Precisamente el cambio más significativo de este proceso de la digitalización en relación con la euroorden es la introducción de un sistema de transmisión digital. Según el nuevo marco normativo, las autoridades judiciales de emisión podrán transmitir la euroorden a través de un sistema informático descentralizado seguro. Esto supone un avance respecto al sistema anterior que, no obstante, permitía la transmisión electrónica de documentos²⁵.

Así, se introduce un nuevo artículo 8 bis en la DM que, en un esfuerzo por digitalizar y estandarizar los procesos de comunicación en la cooperación judicial, regula los medios de comunicación entre las autoridades judiciales del Estado de emisión y de ejecución con cierta flexibilidad operativa²⁶. Por un

24. *Vid.* Artículo 2 que regula las Modificaciones de la Decisión Marco 2002/584/JAI.

25. *Vid.* Artículos 9 y 10 DM y artículo 8 LRM.

26. «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9, apartado 2, y el artículo 10, apartados 2 y 3, las comunicaciones oficiales en virtud de la presente Decisión Marco entre la autoridad judicial emisora y la autoridad

lado, el nuevo precepto hace referencia a las comunicaciones oficiales entre la autoridad judicial emisora y la de ejecución; por otro, a las comunicaciones entre autoridades competentes para facilitar información sobre designación de letrado en el Estado emisor²⁷ y solicitar asistencia jurídica gratuita en el Estado emisor²⁸, remitiendo al artículo 3 del Reglamento (UE) 2023/2844. Por otro lado, sin embargo, el apartado 3 del artículo 8 bis DM mantiene la flexibilidad para la transmisión de las solicitudes de tránsito permitiendo, como excepción, el uso de canales policiales seguros.

Igualmente, la citada Directiva introduce una modificación sustancial en el artículo 25, apartado 3 DM eliminando explícitamente la disposición que permitía la remisión de la solicitud de tránsito de la persona reclamada, así como la información asociada contemplada en el apartado 1 «por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita». Esta supresión reviste una importancia significativa en el contexto de la digitalización de la cooperación judicial internacional pues al eliminar la referencia a «cualquier medio que pueda dejar constancia escrita», el legislador europeo está implícitamente dirigiendo a las autoridades competentes hacia el uso de los sistemas digitales de comunicación establecidos en otras partes de la Directiva²⁹.

Efectivamente, la nueva redacción, más concisa y directa, al establecer simplemente que la solicitud de tránsito y la información pertinente «se remitirán» a la autoridad designada, omitiendo cualquier mención al medio de transmisión, se alinea con el objetivo general de la Directiva de estandarizar y digitalizar los procesos de comunicación en el ámbito de la cooperación judicial y, por tanto,

judicial de ejecución se realizarán de conformidad con el artículo 3 del Reglamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Cuando un Estado miembro haya designado una o varias autoridades centrales, el párrafo primero se aplicará también a las comunicaciones oficiales con la autoridad o autoridades centrales de otro Estado miembro.

2. La comunicación entre la autoridad competente del Estado miembro emisor y la autoridad competente del Estado miembro de ejecución, a efectos de facilitar la información necesaria para que la persona buscada pueda designar a un letrado en el Estado emisor de conformidad con el artículo 10, apartado 5, de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y solicitar asistencia jurídica gratuita en el Estado emisor de conformidad con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, se realizará de conformidad con el artículo 3 del Reglamento (UE) 2023/2844.

3. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, las solicitudes de tránsito presentadas de conformidad con el artículo 25, apartado 3, también podrán transmitirse a través de canales de comunicación policial seguros».

27. De conformidad con el artículo 10, apartado 5, de la citada Directiva 2013/48/UE.

28. De conformidad con el artículo 5, apartado 2, de la citada Directiva 2016/1919/UE.

29. El apartado 3 del artículo 25 de la Decisión Marco ha sido objeto de una relevante modificación. La redacción original, que establecía: «La solicitud de tránsito, así como la información contemplada en el apartado 1, podrán remitirse a la autoridad designada de conformidad con el apartado 2 por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita. El Estado miembro de tránsito dará a conocer su decisión por el mismo procedimiento», ha sido reemplazada por el siguiente texto: «La solicitud de tránsito y la información mencionada en el apartado 1 se remitirán a la autoridad designada de conformidad con el apartado 2. El Estado miembro de tránsito dará a conocer su decisión sobre la solicitud de tránsito».

se entiende que la transmisión de la solicitud de tránsito debe realizarse a través de los canales digitales seguros previstos en la nueva normativa³⁰.

No obstante, como hemos podido observar, el legislador europeo en el nuevo artículo 8 bis DM prevé como excepción para la transmisión de solicitudes en tránsito el uso de canales policiales seguros.

Entendemos que en la búsqueda del equilibrio entre la tendencia general hacia la digitalización y estandarización de las comunicaciones en el marco de la OEDE y la necesidad de mantener cierta flexibilidad operativa, especialmente en lo que respecta a las solicitudes de tránsito, el legislador europeo establece en el artículo 25.3 el principio general de remisión de las solicitudes de tránsito, mientras que en el artículo 8 bis.3 DM prevé una excepción específica en cuanto al medio de transmisión dentro del nuevo marco digital de cooperación judicial.

En clara sintonía con la mencionada tendencia general hacia la digitalización y estandarización de las comunicaciones establecida en el nuevo artículo 8 bis DM en el procedimiento de transmisión de la euroorden, la autoridad judicial emisora ya no podrá transmitir la euroorden por otro medio fiable, aunque pudiera dejar constancia escrita en condiciones que permitieran al Estado miembro de ejecución establecer su autenticidad dado que el artículo 2 de la Directiva suprime expresamente el apartado 4 del artículo 10 de la DM³¹.

Asistimos, por tanto, a un cambio de paradigma en la forma en que se realizan las comunicaciones en el marco de la OEDE que marcan una predisposición hacia la armonización de los métodos de comunicación basados en el sistema e-CODEX como plataforma diseñada específicamente para facilitar la comuni-

30. *Vid.* Considerando 6 Directiva (UE) 2023/2843 donde se afirma que «Las modificaciones establecidas en la presente Directiva tienen por objeto garantizar que la comunicación transfronteriza entre autoridades se realice de conformidad con las normas y principios establecidos en el Reglamento (UE) 2023/2844. Con arreglo a dicho Reglamento, la comunicación entre las autoridades competentes de diferentes Estados miembros y entre una autoridad nacional competente y una agencia u organismo de la Unión en virtud de los actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal modificados por la presente Directiva debe realizarse, por regla general, a través de un sistema informático descentralizado. En particular, el sistema informático descentralizado debe utilizarse, por regla general, para el intercambio de los formularios establecidos en los actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal modificados por la presente Directiva y para cualquier otra comunicación oficial en virtud de dichos actos jurídicos que deba realizarse por escrito, por ejemplo, a efectos de la conservación de expedientes de las autoridades competentes. En los casos en que se apliquen una o varias de las excepciones establecidas en el Reglamento (UE) 2023/2844, a saber, cuando el uso del sistema informático descentralizado no sea posible o adecuado, debe ser posible utilizar otros medios de comunicación, tal como se especifica en dicho Reglamento...».

31. Según el cual «La autoridad judicial emisora podrá transmitir la orden de detención europea por cualesquiera medios fiables que puedan dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado miembro de ejecución establecer su autenticidad».

cación electrónica transfronteriza en el ámbito judicial y se aleja de la flexibilidad anterior que permitía el uso de «cualesquiera medios fiables»³².

Por otro lado, tampoco debemos olvidar que el Reglamento 2023/2844, que establece en general la creación de un sistema informático descentralizado para la transmisión segura de documentos judiciales, permite la integración con otros sistemas de transmisión de información, concretamente en lo que a la OEDE se refiere, como tuvimos ocasión de comprobar anteriormente, permite la integración con el mencionado SIS II+, lo que promete una mayor cohesión en el entorno digital de la cooperación judicial europea.

Igualmente, como novedad en el procedimiento de transmisión, la citada Directiva 2023/2843 incorpora el uso de formularios electrónicos estandarizados para la OEDE, los cuales van a facilitar la emisión y tramitación de las órdenes europeas de detención y entrega, reduciendo los errores y las demoras causadas por problemas, por ejemplo, de formato o, incluso, de idioma.

Son múltiples las consecuencias que, en relación con la OEDE, conlleva este proceso europeo de digitalización de la Justicia transfronteriza tras la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2023/2843 pues no solo se implementa la transmisión digital de la OEDE a través de un sistema informático descentralizado y se establece el uso de un formulario electrónico estandarizado para su emisión, sino que, por ejemplo, aun cuando no exista modificación alguna en cuanto al plazo para su ejecución, la digitalización del procedimiento acelerará previsiblemente de manera significativa los tiempos de transmisión y ejecución de las mismas.

Ahora bien, la Directiva (UE) 2023/2843 introduce una innovación significativa al incorporar de manera explícita el uso de la videoconferencia en un escenario específico y crucial del procedimiento de la euroorden que carecía de regulación normativa expresa: la declaración de la persona reclamada ante la autoridad judicial de emisión para el ejercicio de acciones penales en aquellos casos en que la autoridad judicial de ejecución aún no haya adoptado una decisión sobre la entrega.

32. Según el Considerando número 9 del Reglamento 2023/2844, «El sistema de comunicación para la justicia digital mediante intercambio electrónico de datos (sistema e-CODEX), cuyo marco jurídico está establecido en el Reglamento (UE) 2022/850 del Parlamento Europeo y del Consejo (3), es la herramienta más importante que se ha desarrollado en este sentido para garantizar un intercambio electrónico transfronterizo de datos sobre asuntos entre las autoridades competentes que sea rápido, directo, interoperable, sostenible, fiable y seguro». Asimismo, según el Considerando número 20 del mismo Reglamento «... Los puntos de acceso del sistema informático descentralizado deben basarse en e-CODEX».

Esta disposición modifica el apartado 1, letra a) del artículo 18 de la Decisión Marco, que regula lo que se denomina «situación de espera», introduciendo la videoconferencia como un medio explícitamente reconocido para llevar a cabo esta declaración, lo que supone no solo un avance notable en la adaptación de los procedimientos de la OEDE a las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la comunicación en la actualidad, sino también la homogenización del uso de las nuevas tecnologías en los instrumentos de cooperación judicial penal internacional, resolviendo la incongruencia que existía entre el reconocimiento expreso del uso de videoconferencia para la toma de declaraciones en investigaciones, e incluso como medio para evitar entregas temporales, en relación con una Orden Europea de Investigación³³ frente a la ausencia de normativa acerca del uso de la videoconferencia en la euroorden y más concretamente en este supuesto específico de las entregas temporales de las personas detenidas a efectos de tomarle declaración a la espera de la decisión sobre la entrega³⁴.

Hasta la reforma del artículo 18, apartado 1, letra a) de la Decisión Marco³⁵ por el artículo 2 de la Directiva (UE) 2023/2843, no existía una previsión normativa equivalente para la OEDE, ni en la Decisión Marco ni en la Ley de Reconocimiento Mutuo, lo que generó numerosas críticas por parte de la doctrina, que desde hacía años defendía el uso de la videoconferencia en el ámbito de la euroorden³⁶.

33. Vid. artículo 24 de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE L 130 de 1 de mayo de 2013) que permite expresamente que las personas investigadas o acusadas sean oídas por videoconferencia, al contrario que la DM relativa a la euroorden que, hasta ahora, no lo mencionaba. Sobre la comparecencia a través de videoconferencia en la orden europea de investigación y en la LRM, Vid. JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N., «Las medidas de investigación tecnológicas en la orden europea de investigación», en *La transformación digital de la cooperación jurídica penal internacional*, Fontestad Portalés, L., (dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 213-217 y PÉREZ TORTOSA, F., «La propuesta de implantación de las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas como instrumentos complementarios a la orden europea de investigación», en *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Fontestad Portalés, L. (dir.) y Jiménez López, M.N (coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 231-248.

34. Sobre el uso de la videoconferencia como alternativa a la entrega temporal en la euroorden, Vid. DELGADO MARTIN, J., «Entregas temporales», en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Universidad de Castilla – La Mancha 2006, pág. 18.

35. Según el cual, «1. Cuando se haya emitido una orden de detención europea para el ejercicio de acciones penales, la autoridad judicial de ejecución deberá: a) bien aceptar que se tome declaración a la persona buscada con arreglo al artículo 19 de la presente Decisión Marco o por videoconferencia con arreglo al artículo 6 del Reglamento (UE) 2023/2844».

36. GÓMEZ-RODULFO DE SOLÍS afirmaba que la videoconferencia suponía un instrumento especialmente útil para el caso de personas reclamadas ingresadas en Centros Penitenciarios por responsabilidades penales en España o cuando deban ser trasladados desde las islas. Vid. GÓMEZ-RODULFO DE SOLÍS, A., «La ejecución de la orden europea de detención y entrega. OEDE pasiva», en *Jornada sobre la orden europea de detención y entrega*, 6 de abril de 2017, *Centro de Estudios jurídicos*, pág. 10. Las críticas acerca de esta incomprensible previsión normativa del uso de la videoconferencia en el procedimiento de la euroorden han sido numerosas a lo largo de los años, sirvan de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euroorden» de detención y entrega*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2003, pp. 135-136;

Dejando de lado las dudas que se plantearon en su momento acerca de la posibilidad de utilizar una OEI en lugar de una OEDE para la toma de declaración de la persona acusada durante la fase de la vista oral³⁷, por no ser este el momento adecuado para adentrarnos en dicho análisis, es crucial recordar que, efectivamente, se ha venido discutiendo a lo largo de los años sobre la posible sustitución en el procedimiento de la OEDE de la entrega temporal de la persona reclamada por la toma de declaración mediante videoconferencia. Controversia que parte de la eliminación expresa, en el texto definitivo de la Decisión Marco, de la disposición que permitía el uso de la videoconferencia en el procedimiento de la OEDE inicialmente prevista en el artículo 34 de la Propuesta de Decisión Marco. En este momento, el debate no se centraba tanto en la permisibilidad de la asistencia a juicio mediante videoconferencia, sino en la viabilidad de utilizar las nuevas tecnologías para evitar la entrega temporal de la persona reclamada en el procedimiento de la OEDE.

A pesar de la ausencia de regulación normativa específica sobre el uso de la videoconferencia en la OEDE, la guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas del Ministerio de Justicia español contemplaba la posibilidad de que la autoridad judicial española considerara el empleo de la videoconferencia, en las condiciones acordadas con la autoridad judicial de ejecución, para la práctica de las actuaciones procesales pertinentes que el ordenamiento español permitiera llevar a cabo sin la presencia física del reclamado³⁸.

ARANGÜENA FANEGO, C., «Las medidas cautelares en el procedimiento de la Euroorden», en *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: La Orden Europea de Detención y Entrega*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2005, pág. 153 y «La Orden Europea de detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco sobre la "Euroorden"», *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003, pág. 48; JIMENO BULNES, M., «La orden europea de detención y entrega: Aspectos procesales», *Diario La Ley* núm. 5979, de 19 de marzo de 2004, pág. 3; CARMONA RUANO, M., «Formas específicas de asistencia judicial (II). La adaptación de las (así llamadas) nuevas tecnologías», *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, CGPJ XIII, 2003, pp. 220-225; GUTIERREZ GONZÁLEZ, C., «El espacio común europeo: aspectos procesales de la cooperación judicial en materia penal. La euroorden europea», *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, Tomo I, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid 2004, pp. 324-329, FONTSTAD PORTALÉS, L., *Perspectiva crítica de la Orden Europea de detención y entrega a la luz de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la Ley 23/2014 de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (Análisis comparativo con la Ley 3/2003)*, op.cit., pp. 151-157; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La Orden Europea de detención y entrega tras la Ley 3/2018, de 11 de junio: un avance en garantías procesales», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 47, 2019 y PLANCHADELL GARGALLO, A., «Orden europea de detención y entrega: ámbito del control judicial y retirada de la solicitud», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2019, núm. 53.

37. Vid. Nota conjunta de Eurojust y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la orden europea de investigación (Disponible en https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf. Última visita, 9.10.2024).

38. Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el Ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Colección Estudios de Derecho Penal, Ed. Comares, Granada 2005, pág. 463, nota a pie núm. 103.

Se consideraba entonces que el uso de la videoconferencia en el procedimiento de la OEDE evitaría gastos innecesarios al sustituir los traslados temporales y agilizaría el procedimiento. En este sentido, el artículo 22.3 LRM, aplicable a todos los instrumentos de reconocimiento mutuo, incluyendo la OEDE, reconoce expresamente que la persona reclamada puede ejercer su derecho de audiencia mediante teléfono o videoconferencia³⁹, razón por la cual se estimaba que la entrega temporal podría sustituirse por una comparecencia telefónica o por videoconferencia, atendiendo tanto al principio de proporcionalidad⁴⁰ como a la regla general del uso de la videoconferencia en los instrumentos de cooperación judicial basados en el principio de reconocimiento mutuo. Esta consideración se mantenía a pesar de la ausencia de regulación expresa en el procedimiento de la OEDE, extendiéndose incluso al uso de sistemas de telecomunicación más tradicionales como el teléfono⁴¹.

La aprobación del Reglamento (UE) 2023/2844 y la Directiva (UE) 2023/2843, que regulan la digitalización de la cooperación judicial y el acceso a la justicia en asuntos civiles transfronterizos, ha disipado cualquier duda sobre la legalidad de realizar comparecencias mediante videoconferencia u otras tecnologías de comunicación a distancia en el procedimiento de la OEDE⁴² como no podía ser de otra manera atendiendo a que el uso de la videoconferencia ha adquirido una relevancia clave en la esfera procesal, consolidándose como una herramienta habitual en el contexto de la cooperación judicial internacional en materia penal.

3. Bibliografía

ARANGÜENA FANEGO, C., «Las medidas cautelares en el procedimiento de la Euroorden», en *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: La Orden Europea de Detención y Entrega*, Ed. Lex Nova, Valladolid 2005.
—«La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14

39. Como afirmaba la Fiscalía General del Estado, desde la entrada en vigor de la OEI, esta será la forma general de solicitud y práctica de las declaraciones por videoconferencia (Disponible en <https://cutt.ly/pQKCFxS>, pág. 20 (Último acceso, 9.10.2024)).

40. Un análisis acerca del alcance de este principio en la OEDE puede encontrarse en GUERRERO PALOMARES, S., «El principio de proporcionalidad en los principales instrumentos de cooperación judicial penal europeos: la OEDE y la OEI», en *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Fontestad Portalés, L. (dir.); Jiménez López, M. N. (coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 191-229.

41. Como hemos advertido anteriormente, «...no entraría en el ámbito del artículo 325 LECrim que hace referencia a sistemas de videoconferencia que permitan la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal. De hecho, en la LRM no se hace referencia alguna a la comparecencia telefónica». FONTESTAD PORTALÉS, L., *Perspectiva crítica de la Orden Europea de detención y entrega a la luz de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la Ley 23/2014 de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (Análisis comparativo con la Ley 3/2003)*, op.cit., pág. 154, nota número 493.

42. Así lo poníamos ya de manifiesto en nuestro trabajo monográfico sobre la euroorden, *Íbidem*, pp. 156-157.

- de marzo de 2003, de transposición al Ordenamiento Jurídico Español de la Decisión Marco sobre la "Euroorden", *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, 2003.
- BARONA VILAR, S., [«Resumen de Ecosistema digital de Justicia eficiente \(De la Justicia digital orientada al documento a la Justicia orientada al dato\)»](#), *Actualidad civil*, núm. 5, 2023.
- «Dataización de la justicia (Algoritmos, Inteligencia Artificial y Justicia, ¿el comienzo de una gran amistad?)», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 36, 2023.
- BUENO DE MATA, F., «Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras», *Revista General de Derecho Procesal*, 51, 2020.
- BUENO JIMÉNEZ, M., «Los Planes Estratégicos como herramientas básicas para la transformación digital del futuro (y del presente)», en *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Fontestad Portalés, L. (dir.); Jiménez López, M. N. (coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022.
- CALAZA LÓPEZ, S., «Una nueva graduación de la Eficiencia en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Justicia como «servicio público»: más eficiencia digital, menos eficiencia procesal y ninguna eficiencia organizativa», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2024.
- CARMONA RUANO, M., «Formas específicas de asistencia judicial (II). La adaptación de las (así llamadas) nuevas tecnologías», *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, CGPJ XIII, 2003.
- CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euroorden» de detención y entrega*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2003.
- DELGADO MARTIN, J., «Entregas temporales», en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Universidad de Castilla – La Mancha 2006.
- FLÓREZ ÁLVAREZ, L.A., «Los nuevos ciclos de la justicia: Transformación y futuro legal inteligente desde las perspectivas procesales», en *Justicia proceso y tutela judicial efectiva en la sociedad postpandemia*, Fontestad Portalés, L. y Jiménez López, M.N. (dirs.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022.
- FONTESTAD PORTALÉS, L., *Perspectiva crítica de la Orden Europea de detención y entrega a la luz de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la Ley 23/2014 de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (Análisis comparativo con la Ley 3/2003)*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2022.
- «La digitalización de la cooperación judicial penal en la Unión Europea», en *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Fontestad Portalés, L. (dir.); Jiménez López, M. N. (coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022.
- «Evolución y avances en materia de Cooperación Judicial Internacional a tra-

- vés de las transmisiones electrónicas», en *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Mercedes Llorente Sánchez-Arjona (dir.), Sonia Calaza López (dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el Ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Colección Estudios de Derecho Penal, Ed. Comares, Granada 2005.
- GÓMEZ-RODULFO DE SOLÍS, A., «La ejecución de la orden europea de detención y entrega. OEDE pasiva», en Jornada sobre la orden europea de detención y entrega, 6 de abril de 2017, *Centro de Estudios jurídicos*.
- GUERRERO PALOMARES, S., «El principio de proporcionalidad en los principales instrumentos de cooperación judicial penal europeos: la OEDE y la OEI», en *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Fontestad Portalés, L. (dir.); Jiménez López, M. N. (coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022.
- GUTIERREZ GONZÁLEZ, C., «El espacio común europeo: aspectos procesales de la cooperación judicial en materia penal. La euroorden europea», *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, Tomo I, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid 2004.
- JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N., «Las medidas de investigación tecnológicas en la orden europea de investigación», en *La transformación digital de la cooperación jurídica penal internacional*, Fontestad Portalés, L., (dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2021.
- JIMENO BULNES, M., *La orden europea de detención y entrega*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2024.
- «La orden europea de detención y entrega: Aspectos procesales», *Diario La Ley* núm. 5979, de 19 de marzo de 2004.
- LÓPEZ YAGÜES, V., «Fortalecer el servicio público de Justicia, transformar el modelo, mejorar la calidad de la Justicia que se administra», en *Actualidad civil*, núm. 5, 2024.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La Orden Europea de detención y entrega tras la Ley 3/2018, de 11 de junio: un avance en garantías procesales», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 47, 2019.
- MARTÍN DÍZ, F., «Justicia Híbrida: La tecnología disruptiva al servicio del proceso», en *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, núm. 68, 2024 (Ejemplar dedicado a: Derecho Procesal: Enfoques contemporáneos).
- «Justicia digital post-covid19: El desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial», en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020.
- MARTÍN RÍOS, P., «Relevancia de las nuevas tecnologías en la práctica de actos de comunicación judicial transfronterizos en materia civil o mercantil», en *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Fontestad Portalés, L. (dir.); Jiménez López, M. N. (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2022.

- PÉREZ TORTOSA, F., «La propuesta de implantación de las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas como instrumentos complementarios a la orden europea de investigación», en *A vueltas con la transformación digital de la cooperación jurídico penal internacional*, Fontestad Portalés, L. (dir.) y Jiménez López, M.N (coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2022.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., «Orden europea de detención y entrega: ámbito del control judicial y retirada de la solicitud», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2019, núm. 53.
- SUÁREZ XAVIER, P.R., «Justicia digital, gobernanza y eficiencia procesal: algunos apuntes», en *Justicia en red para la Paz*, Calaza López, S. y Fontestad Portalés, L. (dirs.), Ed. Dykinson, Madrid 2023.

XII | Principio *Ne bis in idem* y seguridad jurídica

Isabel Hernández Gómez

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO Y PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*. 2.1. EL ÁMBITO JUDICIAL DEL CONSEJO DE EUROPA. 2.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE *NE BIS IN IDEM*. 3. EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN LA UNIÓN EUROPEA. 3.1. REGULACIÓN DE *NE BIS IN IDEM* EN LA UE. EL ESPACIO SCHENGEN. 3.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE *NE BIS IN IDEM*. 4. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO ESPAÑOL. 4.1. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 4.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El principio *Ne bis in idem*¹ está recogido en múltiples Instrumentos Internacionales y Europeos, y, sin embargo, pese a su longevo reconocimiento sigue sin tener una clara delimitación conceptual y genera no pocos problemas interpretativos.

El principio en cuestión ha de considerarse rector del Derecho sancionador en general y garantía procesal de incuestionable vigencia en el Estado de Derecho y baluarte de observancia de los derechos fundamentales relacionados con el debido proceso², sobre todo en el proceso penal, porque supone una limita-

1. Aunque somos partidarios y entendemos, al igual que lo hace el Prof. LOPEZ BARJA DE QUIROGA J. «El Principio “Non bis in idem”», Dykinson, Madrid, 2004, pp. 14 y ss. que la expresión correcta es «non bis in idem», empleamos aquí la expresión como *Ne bis in idem*, porque es la terminología empleada por el TJCE. Otros autores, Vid. PÉREZ MANZANO M. «La prohibición constitucional de incurrir en “bis in ídem”», Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, prefieren enunciarlo como «prohibición de incurrir en bis in idem». Puede encontrarse un análisis exhaustivo de la formulación de este principio y un resumen de su origen histórico y posterior evolución en la obra citada de LOPEZ BARJA DE QUIROGA.

2. La Doctrina discute si estamos ante un principio o una regla. Nosotros, siguiendo a CANO CAMPOS T. («Los claroscuros del «non bis in ídem» en el espacio jurídico europeo». *Revista Española de Derecho Europeo*, 2021,

ción al poder punitivo del Estado, al ejercicio del *ius Puniendi* frente al ciudadano, y por ello encuentra reconocimiento normativo, de modo más o menos amplio, en la práctica totalidad de los Estados que integran la Unión Europea³, y, como veremos, en muchos otros.

Su delimitación, análisis y estructuración se relaciona no sólo con las normas de derecho interno, sino además con disposiciones supranacionales vinculadas con los derechos humanos, las cuales lo dotan de su carácter fundamental asociado al principio de legalidad.

Históricamente este principio (pese a su regulación, como veremos, en Instrumentos Internacionales como el CEDH o el PIDCP), se consideró como un derecho individual de aplicación en el Derecho Interno de los Estados, limitado a la justicia penal (dejando, por tanto, al margen el derecho administrativo sancionador), y dentro de la jurisdicción de un mismo Estado, y así lo han entendido tradicionalmente la Doctrina y la Jurisprudencia⁴, sin que se haga referencia

nº 80, pp. 9-53), utilizaremos ambos términos «principio» y «regla» referidos al *non bis in idem*, pues constituye un principio o una regla en función del concepto de principio que se adopte. El *non bis in idem* no es un principio jurídico en el sentido formulado por ALEXY R. (*Teoría de los derechos fundamentales*, 2012), como mandato de optimización (desde esta perspectiva parece claramente una regla), pero sí es un principio en varios de los sentidos con que los juristas utilizamos esta expresión, de manera que, para muchos autores, (y para los Tribunales) constituye, incluso, un principio general del Derecho Penal que arranca con el movimiento ilustrado. Sobre si se trata de un principio o de una regla, véase, por ejemplo, NIETO GARCÍA A. (*Derecho administrativo sancionador*, 2012, pp. 438-439); ALARCÓN SOTOMAYOR L. (El «*non bis in idem*» como principio general del derecho administrativo. En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. La Ley, 2010. pp. 419-423); LASCURÁIN SÁNCHEZ J. A. («Principios Penales Democráticos». *Iustel*, 2021, pp. 32-37). Sobre los principios jurídicos, sus diversos significados, y la distinción entre principios y reglas. Vid., entre otros muchos, además de la citada de ALEXY, CARRIÓ G. R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Abeledo-Perrot, 1990, pp. 194 y ss.; ATIENZA M./RUIZ MANERO J. Las piezas del Derecho. *Teoría de los Enunciados Jurídicos*, 2004, pp. 24-34. REBOLLO PUIG M. «Derecho administrativo sancionador». *Lex Nova*, nº 5, 2010, pp. 1521 y ss.

3. En España, la cosa juzgada penal recibe en la L E Criminal, la consideración de artículo de previo pronunciamiento (art. 666.2), regulándose su tratamiento procesal, y no tanto el efecto material de cosa juzgada que producen las resoluciones firmes sobre el fondo. Cuando se trata de delitos cometidos fuera del territorio nacional, la LOPJ (art. 23.2.c) establece que la jurisdicción española conocerá en el orden penal «de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho punible y concurrieren los siguientes requisitos:...c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, que no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

En muchos ordenamientos jurídicos nacionales, en ocasiones codificado al nivel constitucional, como la cláusula relativa al *ne bis in idem* (prohibición de la doble penalización - *double jeopardy*) de la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE. UU. En Alemania ha encontrado plasmación constitucional en la Ley Fundamental de Bonn, donde expresamente se contiene una referencia al *ne bis in idem* (art. 103.3 GG). Por su parte, el ordenamiento italiano, lo recoge en el art. 649 del Código de Procedura Penale.

4. Cfr. SPINELLIS D. «The *ne bis in idem* principle in «global instruments», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2002, pp. 1149-1162. DANNECKER G. «La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa», *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, López Barja De Quiroga J/Zugaldia Espinar J. M. (Coords.), Madrid, 2004, pp. 157-176. VERBALE J.A.E. «El principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los

en estos Textos a su aplicación transnacional, es decir, entre jurisdicciones de varios Estados parte⁵.

Sin embargo, se han hecho esfuerzos dirigidos a extender el ámbito de aplicación del *Ne bis in Idem* para que pueda tener validez en los supuestos de concurrencia entre las jurisdicciones de varios Estados. La importancia de este principio se revela en la actualidad mayor que nunca debido a la existencia de los delitos transnacionales que presentan elementos de conexión con los Ordenamientos jurídicos de dos o más Estados, sobre todo en relación al tráfico de drogas, el terrorismo y el crimen organizado⁶.

Así aparece como motivo expreso de rechazo obligatorio de la extradición en el Convenio Europeo de Extradición y en su Protocolo Adicional⁷.

Estos esfuerzos se intensificaron a partir de la década de los 70. En el ámbito del Consejo de Europa son de destacar el Convenio sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales (arts. 53-57)⁸ y el Convenio sobre Transmisión de Procesos Penales (arts. 35-37)⁹. Ambos instrumentos contienen el Principio No bis in idem como motivo de denegación de ciertos mecanismos de cooperación judicial. Y también el Convenio de 1990 relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los productos del delito (art. 18.par.1.e)¹⁰, y que da

derechos fundamentales en el espacio judicial europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, 2004. SANCHEZ GARCIA DE PAZ I. *La Criminalidad Organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, 2005, Parte II.

5. El Comité Europeo de Derechos Humanos, en relación al art. 14 del PIDCP, ha señalado que no se aplica a las *res iudicata* extranjeras, al entender que el principio *ne bis in idem* no es aplicable a las jurisdicciones nacionales de dos o más Estados (Comunicación nº 204/1986, CCPR/c/31/d/204/1986. Así lo ha considerado también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al decir que el *ne bis in idem* no es un derecho fundamental de carácter absoluto.

6. Vid., VAN DEN WYNGAERT C. «Las transformaciones del Derecho Penal internacional en respuesta al reto del crimen organizado», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1º y 2º trimestres 1999, pp. 223-316, traducción por De Lacuesta Arzamendi J. L. Blanco Cordero I/Sánchez García De Paz I. «Principales Instrumentos Internacionales (de Naciones Unidas y de la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una Organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio», *Revista Penal* nº 6, 2000, pp. 3-14. GRANADOS PEREZ C. (Dir.) «La Criminalidad Organizada: Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos», Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, 2001. SANCHEZ GARCIA DE PAZ I. *La Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, op. cit.

7. El Convenio Europeo de extradición de 13 de diciembre de 1957 y su Protocolo de 15 de octubre de 1975.

8. Convenio Europeo nº 70 sobre valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de marzo de 1979. Ratificado por España, BOE de 30 de marzo de 1996.

9. Hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, ratificado por España. BOE de 10 de noviembre de 1988.

10. Vid. el Convenio y el estado de firmas y ratificaciones, disponible en: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=141&CM=1&DF=9/9/2008&CL=ENG> (consultado el 25 de abril de 2024). Todos los Estados miembros del Consejo de Europa son Estados parte en el mismo más Australia. Publicado en el BOE núm. 252 de 21 de octubre de 1998. El Convenio entró en vigor de forma general el 1 de septiembre de 1993 y para España el 1/diciembre/1998.

la opción a las Partes contratantes para denegar la cooperación «*cuando la Parte requerida considera que la adopción de las medidas solicitadas sería contraria al principio de ne bis in idem*»¹¹.

Asimismo, aparece consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹², en su Protocolo Adicional nº 7 (art. 4.1)¹³; y en los Estatutos de los Tribunales Penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (art. 10 de ambos Estatutos)¹⁴, así como en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 20)¹⁵.

11. No obstante, con posterioridad, se adoptó el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo hecho en Varsovia el 19 de mayo de 2015. Este Convenio se planteó inicialmente como un Protocolo al Convenio de 1990, pero finalmente y dadas las importantes novedades que introduce se optó por la adopción de un nuevo tratado. En la actualidad solo 37 países miembros del Consejo de Europa han ratificado dicho Convenio, y 5 más lo han firmado, pero no lo han ratificado, además de dos países no miembros, Marruecos y la Federación Rusa. España ratificó dicho Convenio el 26/3/2010 y está en vigor en nuestro país desde el 1 de julio del mismo año. Sobre el Texto del Convenio y el estado de ratificaciones Vid. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=198&CM=8&DF=20/02/2014&CL=ENG> (consultado en julio de 2024). Sobre el particular, JIMÉNEZ GARCÍA F. «Blanqueo de capitales y Derecho internacional. *EUNOMIA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, nº 10, pp. 216-230.

12. El Convenio se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950 por quince democracias europeas y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. España lo ratificó en 1977 y entro en vigor en 1979. A 4 de febrero de 2024, 46 estados han ratificado el CEDH. Completan o modifican el Convenio, aparte del Protocolo Adicional, varios Protocolos, hasta el momento 16. Los Protocolos nº 11, 14 y 15, modificaron el Convenio y constituyen Texto consolidado. De ellos, solo siguen en vigor, además del Protocolo Adicional, los Protocolos nº 4, 6, 7, 12, 13 y 16. El texto del Convenio fue anteriormente modificado por las disposiciones del Protocolo nº 3 (STE nº 45), que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970, del Protocolo nº 5 (STE nº 55), que entró en vigor el 20 de diciembre de 1971 y del Protocolo nº 8 (STE nº 118), que entró en vigor el 1 de enero de 1990. Incluía asimismo el texto del Protocolo nº 2 (STE nº 4) que, de conformidad con su artículo 5 párrafo 3, formaba parte integrante del Convenio desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1970. Todas las disposiciones modificadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el Protocolo nº 11 (STE nº 155), a partir de la fecha de su entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998. Desde esa fecha, el Protocolo nº 9 (STE nº 140), que entró en vigor el 1 de octubre de 1994, quedó derogado y el Protocolo nº 10 (STE nº 146) quedó sin objeto. El texto del Convenio en la actualidad ha sido modificado por las disposiciones del Protocolo nº 14 (STCE nº 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010 y por las del Protocolo nº 15 (STCE nº 213) a partir de su entrada en vigor el 1 de agosto de 2021. El estado de firmas y ratificaciones del Convenio y sus Protocolos, así como la lista completa de las declaraciones y reservas pueden consultarse en el sitio web www.conventions.coe.int.

13. Inicialmente el CEDH no recogía expresamente esta prohibición de doble proceso o doble sanción. Lo establece el Protocolo Adicional nº 7, cuyo art. 4.1 dice «*Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los Tribunales de un mismo Estado por una infracción de la que haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado*».

14. El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia fue creado en virtud de las Resoluciones 808 (1993) y 827 (1993) adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para castigar los crímenes internacionales cometidos durante el conflicto que asoló a la antigua Yugoslavia, al amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. El Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en Ruanda se creó por Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El Texto de las Resoluciones puede verse en *Human Rights Law Journal*, 1993, pp. 197 y 198, y *Human Rights Law Journal*, Vol. 16, 1995, respectivamente.

15. El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) se aprobó en Roma el 17 de Julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. El Texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional puede verse en U. N. Doc. A/

En el ámbito más Universal aparece en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos¹⁶, aunque, a diferencia de lo que sucede en el Convenio de Schengen, en este supuesto, al igual que ocurre en el CEDH, la norma se refiere a un derecho aplicable en el Derecho interno de los Estados. Asimismo, se encuentra recogido también en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)¹⁷.

En el ámbito transnacional de la Unión Europea, este Principio tiene un reconocimiento y una garantía que pueden aun considerarse insuficientes, si bien es cierto que ha ido adquiriendo un mayor protagonismo, esencialmente en el marco de la consecución del objetivo de creación de un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (arts. 2 y 29 TUE), y también de la importante jurisprudencia del TJUE ya que como consecuencia de la falta de concreción en los distintos estados de la Unión del principio *ne bis in idem*, la doctrina del TJUE se sitúa como punto de referencia que posibilita la integración europea al establecer criterios jurisprudenciales en relación con el contenido y alcance de este principio, vinculantes y comunes para todos los Estados miembros.

En cualquier caso, de los Textos Internacionales y Comunitarios que plasman este Principio y este derecho al *non bis in idem*, se deriva un extenso y genérico reconocimiento y la paulatina ampliación que ha experimentado su contenido y que, sin embargo, choca, salvo en su vigencia y aplicación interna¹⁸, con su escasa aplicación interestatal, incluso dentro de la Unión Europea, pese a la

Conf. 183/9; y en *Human Rights Law Journal*, nº 19, 1998. En castellano en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Centro de Publicaciones, Madrid, 1998.

16. 14.7 PIDCP «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

17. Suscrita el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que entró definitivamente en vigor el 18 de Julio de 1978, después de un largo proceso para obtener los once instrumentos de ratificación previstos en la Convención para su entrada en vigor. Recoge el principio del *Ne bis in idem* en el art. 8.4 «el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos». A diferencia de otros instrumentos internacionales que enuncian dicho principio como la prohibición del doble enjuiciamiento por el *mismo delito*, la Convención Americana utiliza la fórmula «los mismos hechos», que es una frase más amplia en beneficio de la víctima.

18. En los Estados miembros de la Unión Europea se pueden distinguir dos modelos. En algunos (caso de España- art. 23.2 c) LOPJ—; Alemania –parágrafo 57 StGB—; Bélgica –art. 13 CIC—; Italia –arts. 7 y 138 CP, o Francia –art. 692CPP), cuando ha habido una condena previa por el mismo hecho en otro país, debe tenerse en cuenta la condena impuesta de manera que se reduzca la segunda condena –principio de compensación o de cómputo—. Lo habitual es exigir que haya habido una ejecución total de la sentencia extranjera, pero en caso de que la ejecución fuese parcial entra en funcionamiento el principio de compensación. Por su parte, el principio de exclusión del procedimiento posterior prohíbe una resolución posterior sobre el mismo asunto referido a la misma persona. De acuerdo con este segundo modelo, en algunos ordenamientos jurídicos el *ne bis in idem* impide un nuevo enjuiciamiento con base en los mismos hechos. Con todo, en ocasiones se precisa la apertura de nuevos procedimientos para decidir sobre la identidad de los hechos. Un exhaustivo análisis de Derecho comparado en DE LA CUESTA ARZAMENDI J. L. «Sección IV. Competencias Penales Nacionales e Internacionales concurrentes y el principio *Ne Bis in Idem*. Relación General», *Revue Internationale de Droit Pénal*, nº 6, 2002, pp. 737-769.

tendencia a la universalización de la persecución penal que se va imponiendo y al incremento del número, gravedad y complejidad de los llamados delitos transnacionales¹⁹, que implican a muchas personas y tienen consecuencias punibles en los territorios de los distintos Estados²⁰.

Es por ello que no resulta fácil encontrar un criterio claro y pacífico para determinar cuando estamos o no ante una violación del principio *ne bis in idem*, dificultad que se acentúa en tanto este es un derecho fundamental cuya formulación difiere en los textos nacionales e internacionales que lo consagran, y respecto del que la jurisprudencia presenta un casuismo extremo, tanto en el ámbito interno de los distintos países, cuanto en la jurisdicción de los Tribunales europeos TEDH y TJUE, como pondremos de relieve.

Por un lado, la vigencia de este principio se asienta en el principio de culpabilidad, de naturaleza material, que impide que pueda imponerse por el mismo hecho al mismo sujeto una sanción que exceda del límite proporcional de la culpa, quedando vedada la penalización desproporcionada de la infracción. La prohibición de un nuevo castigo se refiere, lógicamente al ámbito de las sentencias condenatorias, donde la incidencia del *ne bis in idem* es muy notoria.

Por otro lado, existe una segunda vertiente, de índole procesal, ligada al concepto de cosa juzgada (*res iudicata*), entendida ésta, no solo como un efecto procesal de las resoluciones firmes, sino que trasciende hasta convertirse en un elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva²¹, que se caracteriza por la imposibilidad de abrir dos procesos sobre los mismos hechos, directamente relacionada con la Seguridad Jurídica, que impide que una persona

19. Por ejemplo, concurrencia de sanciones penales y/o administrativas de un mismo Estado, imposición de esas mismas sanciones por parte de varios Estados de la Unión, concurrencia de sanciones administrativas internas y sanciones impuestas por las instituciones de la Unión, concurrencia sanciones de países no pertenecientes a la Unión y de las instituciones sancionadoras de la Unión, etc. Sobre los numerosos supuestos de concurrencia punitiva que pueden darse, Vid. PEREZ MANZANO M. «La prohibición de incurrir in bis in idem en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)» en Pérez Manzano M./ Lascuráin Sánchez J.A. (Dirs.), *La Tutela Multinivel del Principio de Legalidad Penal*. Marcial Pons, 2016, pp. 149-190.

20. Esta situación ha sido evidenciada por la Doctrina más reconocida sobre el tema, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras; así, PEREZ MANZANO M. «La prohibición constitucional de incurrir en “bis in idem”», op. cit., p. 55. LOPEZ BARJA DE QUIROGA J. «El principio “non bis in idem”», op. cit., pp. 35 y ss. BLANCO CORDERO I. «El principio ne bis in idem en la Unión Europea», *Diario La Ley*, nº 6285, 2005, pp. 1 y ss. DE HOYOS SANCHO M. «Eficacia Transnacional del non bis in idem y denegación de la Euroorden», *Diario La Ley* nº 6330, 2005, p. 3.

21. ASENCIO MELLADO J. M^a *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, Tirant lo Blanc, 2015. La cita en p. 186.

pueda ser doblemente sometida al proceso, con independencia del resultado del primer enjuiciamiento²².

De ahí que la aplicación, el contenido y los límites del principio *non bis in idem* sigan siendo un tema recurrente en la Doctrina, siendo uno de los principales escollos para dotarle de contenido, el determinar si la prohibición se refiere a la imposibilidad de aplicar el *ius puniendi* del Estado en un segundo proceso, o a la prohibición de imponer una segunda sanción contra el mismo sujeto, por los mismos hechos y con el mismo fundamento jurídico. De tal forma que las dos vertientes, la sustantiva y la procesal que presenta esta garantía, aunque están estrechamente vinculadas entre sí, responden a principios distintos²³. La prohibición de doble enjuiciamiento se vincularía al principio de cosa juzgada, mientras que la prohibición de doble castigo haría referencia a la idea de proporcionalidad. En ese sentido todos los Estados continentales parecen conocer esta distinción, pero la relación de estas reglas con el *ne bis in idem* no es en absoluto pacífica: para algunos solo la prohibición de doble enjuiciamiento se incluiría en el *ne bis in idem*, mientras que para otros daría cobertura a las dos prohibiciones²⁴.

2. Espacio judicial europeo y principio *ne bis in idem*

El llamado «Espacio Judicial Europeo» es un término que se emplea para designar un espacio de contornos difusos, comprensivo de diversas realidades, que son, básicamente tres: El Consejo de Europa, el Espacio Schengen y la Unión Europea.

También hay que tomar en consideración que cuando se hace referencia a la extensión de estos diferentes ámbitos o de los países que integran cada uno de ellos, no se quiere indicar que los diversos instrumentos de cooperación judicial desarrollados en cada uno de estos ámbitos sean de aplicación necesariamente a todos los países integrados en él. Ello es especialmente claro en el caso de los Convenios (ya sean del Consejo de Europa o de la UE), ya que no se aplican

22. Vid. sobre el particular, VERA SÁNCHEZ J. S. «*Ne bis in idem* procesal y cosa juzgada en materia penal: ¿idéntico sentido normativo?». *Política criminal*, vol. 18, n° 35, 2023, pp. 433-459.

23. Sobre las razones por las que se considera preferible distinguir ambas vertientes del principio, Cfr. PÉREZ MANZANO M. «*La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*», op. cit., pp. 25 ss. y 56 ss., respectivamente. Sobre ambas vertientes del principio, Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR L., *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 29 ss., y 99 ss.

24. Cfr. BUENO ARMIJO A. «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, n° 218, 2022, pp. 171-206, pág. 178; ALCACER GUIRAO R. «El Derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», *Revista Justicia Administrativa*, n° 61, 2013, pp. 25-52.

automáticamente a todos los Estados miembros de cada una de esas Organizaciones Internacionales, sino sólo a aquellos que hayan ratificado el correspondiente Convenio y una vez que éste haya entrado en vigor. Lo mismo sucede con los Acuerdos o las Decisiones Marco de la UE, que sólo son eficaces una vez que los Estados hayan procedido a incorporarlas a su legislación interna.

2.1. El ámbito judicial del Consejo de Europa

El ámbito del Consejo de Europa es el espacio de mayor amplitud, ya que está integrado por el mayor número de Estados²⁵, de los cuales la mayoría son a su vez, parte del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959²⁶, pieza fundamental de toda la cooperación judicial penal en Europa, base de posteriores convenios y Acuerdos, tanto en la Unión Europea como en el ámbito del Convenio de Schengen.

Otros Instrumentos del ámbito del Consejo de Europa, todos ellos de naturaleza convencional son: el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 17 de marzo de 1978²⁷ y que tenía como finalidad extender el ámbito del Convenio a los delitos fiscales, sin limitación alguna, lo que llevó a efecto en su Título I, arts. 1 y 2²⁸; El Segundo Protocolo

25. En la actualidad son Estados Miembros del Consejo de Europa: los 28 Estados que integran la Unión Europea; los dos países candidatos a la adhesión Turquía, y la antigua República Yugoslava de Macedonia, y todos los países de los Balcanes Occidentales candidatos potenciales a la UE: Albania, Bosnia y Herzegovina, Montenegro y Serbia incluido Kosovo; Islandia, Noruega, Suiza, Liechtenstein, Andorra, Mónaco, San Marino; y la ex repúblicas soviéticas europeas y caucásicas (con excepción de Bielorrusia y Kazajistán), Rusia, Moldavia, Georgia, Armenia y Azerbaiyán. En total, 47 países.

26. Este Convenio entró en vigor el 12 de junio de 1962, después de haber sido ratificado por tres países (Italia, Dinamarca y Noruega). España ratificó este Convenio mediante instrumento de 14 de Julio de 1982 (BOE de 17 de septiembre de 1982), entrando en vigor en nuestro país el 16 de noviembre de 1982. En la actualidad, este Convenio ha sido ratificado por todos los países miembros del Consejo de Europa, y también por Israel que es un país que no es miembro del Consejo de Europa, pero donde el Convenio de Asistencia Judicial en materia Penal está en vigor desde 1967. Otros países no miembros del Consejo de Europa que han firmado este Tratado son Chile y la República de Corea que lo han hecho en 2011. Para consultar el Texto del Convenio y de sus dos Protocolos Adicionales, así como el Estado de ratificaciones y vigencia vid. la página Web www.conventions.coe.int/treaty

27. Este Protocolo fue ratificado por España mediante instrumento de 27 de mayo de 1991 (BOE de 2 de agosto de 1991), entró en vigor el 11 de septiembre de 1991. Este Protocolo entró en vigor el 12/4/1982, después de haber sido ratificado por tres países (Grecia, Suecia y Países Bajos). En la actualidad ha sido ratificado por 43 de los países miembros del Consejo de Europa.

28. Sin embargo, el propio Protocolo, en su art. 8 ha previsto que cualquier Estado en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que se reserva el derecho a no aceptar el Título I o a aceptarlo sólo con respecto a determinadas infracciones o categorías de infracciones, o a no ejecutar las comisiones rogatorias referentes a registro o embargo de bienes en relación a los delitos fiscales. Esta previsión se complementa con la clásica cláusula de reciprocidad. Han declarado que sólo lo aplicarán si se cumple el requisito de la doble incriminación: Azerbaiyán, Bulgaria, Georgia y Luxemburgo. Austria ha declarado que sólo aplicará el Protocolo respecto a los delitos relacionados con tasas,

Adicional al Convenio Europeo de 8 de noviembre de 2001²⁹, pretende extender a todos los países del Consejo de Europa las novedades que en el ámbito de la UE y del espacio Schengen introdujeron el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen y el Convenio de la Unión Europea de asistencia judicial en materia penal (arts. 18-22)³⁰.

También pueden mencionarse otros Convenios de naturaleza sectorial, que contienen asimismo disposiciones en materia de asistencia judicial penal, como son el Convenio relativo al Blanqueo, seguimiento, embargo decomiso de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990³¹; el Convenio Penal contra la corrupción de 27 de Enero de 1999, con su Protocolo Adicional de 15 de mayo de 2003³²; y el Convenio sobre Ciberdelito, de 23 de Noviembre de 2001, completado por un Protocolo Adicional de 28 de Enero de 2003³³. Con todo, el instrumento internacional más importante es el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, ya mencionado³⁴.

impuestos y aduanas. Han declarado que aceptan el Título I, pero que no ejecutan o se reservan el derecho de no ejecutar comisiones rogatorias que tengan por objeto un registro o embargo de bienes: Armenia, Georgia y España. Alemania ha declarado que condicionará la cumplimentación de estas comisiones rogatorias al requisito de la doble incriminación. Las Antillas Holandesas han declarado que sólo aplicarán el Título I del Protocolo respecto de los países con los que exista convenio de doble imposición.

29. Este Segundo Protocolo entró en vigor el 1 de febrero de 2004, después de ser ratificado por Albania, Dinamarca y Polonia. En la actualidad ha sido ratificado por 37 de los países integrantes del Consejo de Europa y por Israel donde está en vigor desde el 1 de julio de 2006 y Chile desde 2011. España firmó este Segundo protocolo en marzo de 2015 y lo ratificó el 26 de marzo de 2018, y entró en vigor el 1 de Julio de 2018.

30. Cfr. RODRIGUEZ SOL L. «La investigación de la Delincuencia Económica en el Espacio Judicial Europeo», *Diario La ley*, nº 6278, mayo 2005, La cita en pp. 11-12.

31. Ratificado por España mediante instrumento de fecha 22 de Julio de 1998 (BOE de 21 de octubre de 1998), cuya entrada en vigor se produjo en nuestro país el 1 de diciembre de 1998.

32. Este Convenio ha entrado en vigor el 1 de Julio de 2002, después de haber sido ratificado por 14 países. En la actualidad ha sido ratificado por 48 países, es decir, todos los miembros del Consejo de Europa y por un Estado no miembro, Bielorrusia; si bien ha sido firmado, aunque no ratificado por otros dos países no miembros del Consejo de Europa como son, México y EE. UU. De América. España ratificó este Tratado el 28 de abril de 2010, que entró en vigor en nuestro país en agosto del mismo año.

33. Entró en vigor el 1 de Julio de 2004, después de haber sido ratificado por cinco países, siendo, al menos tres de ellos, miembros del Consejo de Europa. En la actualidad ha sido ratificado y está en vigor en 43 países miembros del Consejo de Europa y 14 países no miembros, entre ellos EE. UU., Japón y Canadá. El Protocolo Adicional entró en vigor el 1 de marzo de 2006, después de haber recibido cinco ratificaciones (Albania, Chipre, Dinamarca, Ex República yugoslava de Macedonia y Eslovenia). En la actualidad ha sido ratificado y entrado en vigor en 28 países miembros del Consejo de Europa, y en Senegal. También ha sido firmado, aunque no ratificado por Canadá. España ha ratificó este Convenio el 18/12/2014, en vigor en nuestro país desde el 1 de abril de 2015.

34. Pese a su importancia, tiene, no obstante, una importante limitación en cuanto a su eficacia derivada de la delimitación territorial de su esfera de actuación. En efecto, conforme al art. 25.1, el Convenio se aplicará a los territorios metropolitanos de las Partes contratantes, y, por tanto, no obligatoriamente a otros territorios sometidos a su soberanía, algunos de los cuales son conocidos paraísos fiscales (Vid. la Lista de países considerados Paraísos Fiscales en el R. D. 1080/1991, de 5 de Julio, completada por la O.M. 2652/2002, de 24 de octubre). Sin embargo, algunos Estados Parte lo han extendido a sus territorios periféricos mediante la oportuna Declaración, como es el caso de Holanda, respecto de las Antillas Holandesas y araba o el de Gran Breta-

Ahora bien, en la materia que nos ocupa el Texto fundamental es el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, como hemos adelantado, consagra en el art. 4, de su Protocolo nº 7, el principio *ne bis in idem*³⁵. Es curioso hacer notar que, en esta materia, pese a la trascendencia de la regulación del *ne bis in idem*, casi un tercio de los 44 países firmantes de este Convenio, han presentado reservas, muchas de las cuales se orientan a dejar fuera del radio de acción del Protocolo las sanciones administrativas, lo que limita en buena medida su efecto garantista³⁶, y resta relevancia a este instrumento como unificador del tratamiento del *ne bis in idem* en el ámbito del Consejo de Europa.

Este artículo reconoce a todos los ciudadanos de los Estados que ratificasen dicho instrumento la garantía del *ne bis in idem*, pero enfocada hacia el Derecho interno.

La disposición contenida en el art. 4. Protocolo 7, circunscribe el efecto profiláctico de la jurisdicción del TEDH a los supuestos de doble sanción o persecución *nacionales*, esto es se presenta como un medio depurativo de la indeseable utilización por un mismo Estado del *ius puniendi*. Por ello, la evolución de la jurisprudencia de dicho Tribunal sigue la pauta de una progresiva definición de la proscripción del *bis in idem* dentro del mismo país, como «standard» europeo (es decir, en el espacio del Consejo de Europa, que va más allá del territorio de Europa) aplicable a todos los Estados miembros, con independencia de su tradición jurídica y su situación política³⁷.

ña, que lo ha declarado aplicable a la isla de Man y a la Bailía de Guernesey, aunque sólo en las relaciones bilaterales con determinados países que han aceptado esta extensión y entre los que se encuentra España. Cfr. RODRIGUEZ SOL L. «La investigación de la Delincuencia Económica en el Espacio Judicial Europeo», *Diario La ley*, nº 6278, mayo 2005, p. 3.

35. «1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. 3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo en virtud del art. 15 del Convenio.»

36. Países como Alemania, Holanda, Reino Unido y Turquía no han ratificado este Protocolo y una larga lista de los que lo han ratificado han formulado reservas al mismo (Francia, Italia, Portugal, Austria), lo que resta relevancia a este instrumento como unificador del tratamiento del *ne bis in idem* en el ámbito del Consejo de Europa. España lo ratificó mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009, con fecha de entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009. Vid. VERVAELE «Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», *InDret* nº 1, 2014, p. 7; MANACORDA, «Dalle Carte dei diritti a un diritto penale «a la carta», *Diritto penale contemporaneo*, nº 3, 2013, págs. 242 y ss.; CAVOSKI, «Interpretation of the rule ne bis in idem», *¿Revija za evropsko pmvo*, 2004, pp. 65 y ss. BERNARD «Rights or Jurisdictional Pointsman?», *Journal of International Criminal Justice* nº 9, 2011, pp. 863 y ss.

37. Cfr. GARCIA RIVAS N. «Alcance y perspectivas del ne bis in idem en el espacio jurídico europeo». *Revista General de Derecho Penal*, 2017, nº 27, pp. 18 y ss., la cita en p. 35.

En cualquier caso, el derecho fundamental recogido en el art. 4, Protocolo 7 al CEDH, es un derecho que deja todo su contenido abierto a la interpretación que del mismo hagan los tribunales, en este caso el TEDH, tanto de lo que deba entenderse por infracción, a los efectos de excluir el ulterior proceso sobre los mismos hechos, cuanto de lo que deba entenderse por doble enjuiciamiento, es decir, la duplicidad de procedimientos y sanciones penales (y/o administrativas), y que como veremos en el siguiente apartado, ha sufrido variaciones en su interpretación a lo largo del tiempo, en tanto el propio Tribunal ha modificado su criterio en diversas ocasiones, si bien, últimamente, ha esbozado un criterio uniforme en torno al *bis in idem*.

2.2. La jurisprudencia del TEDH y el *Ne bis in idem*

La protección de los derechos humanos contenidos en el Convenio corresponde en el ámbito jurisdiccional al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyas sentencias tienen un valor interpretativo adicional³⁸.

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha mantenido desde un inicio, y respecto de determinados aspectos básicos, una posición constante e inalterada. Algunos de estos aspectos revisten especial relevancia, ya que implican una clara diferencia respecto de la aplicación del principio por otros tribunales, tanto nacionales (el Tribunal Constitucional Español) como supranacionales (el TJUE).

38. Sobre la Jurisprudencia del TEDH respecto del *Ne bis in Idem*, Vid., entre otros, MARTÍNEZ MUÑOZ Y. *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia tributaria: un análisis jurisprudencial*. Aranzadi Editorial, 2002. CARPIO BRIZ D. «Europeización y reconstrucción del *non bis in idem* —efectos en España de la STEDH Serguei Zolotoukhine v. Rusia, de 10 de febrero de 2009», en Mir Puig S./ Corcoy Bidasolo M. (Dirs.), *Constitución y Sistema Penal*, Marcial Pons, 2012, pp. 223-244. GARIN A. «*Non bis in idem* et Convention Européenne des droits de l'homme. Du nébuleux au clair-obscur: état des lieux d'un principe ambivalent», en *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, nº 106 2016, pp. 395-432. LOPEZ GUERRA L. «“*Ne bis in idem*” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista Española de Derecho Europeo*, 2019, nº 69, pp. 9–26. IDEM, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 66, 2020, pp. 385-406. MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. «La transformación del principio *ne bis in idem* a la luz de la reciente jurisprudencia del TEDH y el TJUE en materia tributaria: valoración de nuestro ordenamiento interno». 2020, pp. 207-253. GÓMEZ TOMILLO M. «*Non bis in idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH». *InDret*, 2020, nº 2, pp. 16 y ss. MARTÍNEZ CANTÓN S./ PÉREZ CORDÓN R. «La identidad de procedimientos en el principio *non bis in idem* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 52, 2020, pp. 73-92. MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M.: «La transformación del principio *ne bis in idem* a la luz de la reciente jurisprudencia del TEDH y TJUE en materia tributaria. Valoración de nuestro ordenamiento interno», en Merino Jara, I. (Dir.), *Derechos fundamentales y tributación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020. BUENO ARMILLO A. «La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, *Sabalić c. Croacia*, rec. n.º 50231/13», en Calzadilla Medina M. A./Martín Quintero R. (Dirs.), *El Derecho de la Unión Europea ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2022.

A diferencia de lo que ocurre en el TJUE, el art. 4 del Protocolo 7 es aplicable sólo a procedimientos seguidos ante tribunales y otras autoridades del mismo Estado³⁹.

Además, el *ne bis in idem* se ha configurado en la jurisprudencia del TEDH como aplicable únicamente en el caso de existencia de una dualidad de procesos; es decir, para el Tribunal no resulta aplicable la doctrina que reconoce la posibilidad de un *ne bis in idem* material, en el sentido de que el principio prohíbe que en el mismo proceso penal «por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción principal doble o plural». La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo exige la presencia de una dualidad de procedimientos, independientemente de su eventual conexión.

También puede señalarse que el artículo 4 del protocolo 7 es aplicable, no sólo en casos de condena en un segundo proceso por los mismos hechos, sino también cuando, recaída resolución firme en el primero, se produzca un nuevo enjuiciamiento por esos hechos, haya o no recaído nuevo pronunciamiento. En palabras del Tribunal, «el artículo 4 del protocolo número 7 no menciona únicamente el caso de una doble condena, sino también el de doble enjuiciamiento»⁴⁰. De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, el citado artículo contiene tres garantías distintas: que nadie pueda ser 1) perseguido 2) juzgado o 3) condenado dos veces por los mismos hechos⁴¹.

Por lo que respecta a la determinación de la naturaleza de la infracción/sanción, el TEDH dejó fijados unos criterios en 1976 (*Engel*) que todavía hoy son considerados válidos no sólo por él mismo sino también por el TJUE: la calificación jurídica de la infracción en Derecho interno, la propia naturaleza de la infracción y la naturaleza y gravedad de la sanción que puede imponerse al interesado⁴².

Ahora bien, más allá de esos principios básicos, la Jurisprudencia del TEDH sobre la aplicación del art. 4 del Protocolo 7 al CEDH ha sido contradictoria. En su sentencia de 23 de mayo de 1955 en el caso *Grandinger c. Austria* lo interpretó en el sentido de identidad de hecho material sancionado, hecha abstrac-

39. Salvo alguna decisión anterior de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal se pronunció en este sentido en su decisión de inadmisibilidad en el caso *Böheim contra Italia*, de 22 de mayo de 2007, que versaba sobre procedimientos penales llevados a cabo en Italia y Alemania. Esta posición fue reiterada en la sentencia en el caso *Trabelsi contra Bélgica* (JUR 2014, 223498) del año 2014, en el sentido de que el citado artículo no sería aplicable respecto de procedimientos y condenas producidos en diferentes Estados.

40. Vid., STEDH *Zolotukhin contra Rusia* (TEDH 2009, 23), par. 96: *Franz Fischer contra Austria* (TEDH 2001, 352) (2001) par. 29.

41. Vid., STEDH *Zolotukhin* (TEDH 2009, 23), 110; *Nikitine contra Rusia* (JUR 2004, 193137), 2004 par. 36.

42. STEDH, 8 de junio de 1976 (*Engel y otros c. Países Bajos*) y STJUE 5.6.2012, Asunto *Bonda*.

ción de su calificación jurídica. Posteriormente, en la Sentencia de 30 de Julio de 1998, en el caso *Oliveira c. Suisse*, recurre a la identidad de calificación jurídica⁴³. Luego intenta conciliar ambos precedentes en una tercera sentencia de 29 de mayo de 2001 en el caso *Franz Fischer V. Austria*, en la que de nuevo se basa en los hechos.

Finalmente, en la Sentencia de 2 de Julio de 2002, en el caso *Göklan v. France* recurre de nuevo al *Idem* jurídico⁴⁴.

Hasta el momento, los principios generales de su jurisprudencia se encuentran recogidos, esencialmente, en dos sentencias: por un lado, la sentencia en el caso *Zolotukhin contra Rusia*, (TEDH 2009, 23) del año 2009, referida sobre todo a la definición del *idem*, y por otro la recaída en el caso *A y B contra Noruega* (JUR 2016, 272540), de 2016, que procede a establecer un tratamiento consolidado de la cuestión referente a la existencia de una doble punición (*bis*)⁴⁵, en las que se avanzó hacia una interpretación homogénea del elemento *Idem*, influenciada notoriamente por la Jurisprudencia del TJUE sobre la vertiente transnacional del art. 54 del CAAS. Especialmente en la STEDH *Zolotoukhin c. Rusia*, ya citada, el Tribunal de Estrasburgo adoptó la interpretación del elemento «*idem*», como «*idem factum*», en detrimento de la más formalista «*idem crimen*», acabando así con la disparidad de criterios que marcó su anterior jurisprudencia. Esa línea jurisprudencial respecto del elemento *Idem* se ha mantenido en la posterior jurisprudencia del TEDH.

Más problemática sigue siendo la determinación del elemento «*bis*», es decir, determinar cuando hay un doble enjuiciamiento o una doble incriminación contrarias al derecho *ne bis in idem* recogido en el Protocolo 7 al CEDH. Respecto de este elemento, históricamente el Tribunal Europeo se orientó a determinar si la sanción formalmente administrativa aplicada al caso concreto debía ser o no ser considerada de naturaleza sustancialmente penal, tras aplicar a la

43. En este supuesto se inclinó Estrasburgo por no depurar la duplicidad de procedimientos sancionadores siempre que no se produzca desproporción. Entiende que los «elementos esenciales» de ambas infracciones se superponen lo suficiente como para que las sanciones puedan superponerse del mismo modo. Vid. STEDH *Oliveira c. Suisse*

44. Cfr. BLANCO CORDERO I. «El principio *non bis in Idem* en la Unión Europea (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 10 de marzo de 2005 en el Asunto C-469/2003: Asunto *Miraglia*)», op. cit., pp. 9-10.

45. Cfr. LOPEZ GUERRA L. «“Ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Op. cit., págs. 3-4; HERNANDEZ LOPEZ A. «La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales», *Revista de Estudios Europeos* n° extraordinario monográfico, 1-2019, pp. 286-304, la cita en p. 289.

sanción los criterios o «test» de proporcionalidad de acuerdo con los criterios que había instaurado la STEDH⁴⁶.

Desde entonces, el TEDH viene reiterando que, a los efectos de la aplicación de la definición de la «acusación en materia penal», la calificación de la sanción según el derecho de que se trate constituye solo un punto de partida con un «valor relativo».

Por consiguiente, como resume la sentencia, la calificación como «penal» de una infracción debe determinarse sobre la base de tres criterios, conocidos como «criterios Engel»: a) la clasificación de la disposición a nivel interno; b) el tipo de infracción; y c) la gravedad de la sanción impuesta al interesado⁴⁷.

En relación al elemento «bis», como ya hemos dicho, es significativa la Sentencia *A y B contra Noruega*, ya citada. En dicha sentencia cambia la posición hasta entonces mantenida por el Tribunal al declarar que no existe violación del art. 4 Protocolo nº7 CEDH en la imposición de una dualidad de sanciones sustancialmente penales, al no apreciar la concurrencia del elemento *bis*, lo cual va en detrimento de los derechos individuales⁴⁸.

En dicha Sentencia también considera el Tribunal de Estrasburgo que de nada servirían las garantías establecidas para las sanciones penales en el CEDH, si los Estados Parte pueden a su antojo calificar como administrativas determinadas conductas y encomendar la punición de las mismas al poder sancionador de la Administración⁴⁹. Dicha consideración corre pareja con el movimiento despenalizador que para las conductas menos graves o leves se ha producido en todos los países europeos, sobre todo en el último tercio del siglo pasado,

46. Sentencia: 5100/71 [ECLI: CE: ECHR: 1976:0608JUD000510071], de 8 de junio de 1976.

47. Vid., entre otros, el caso *Ezeh y Connors c. Reino Unido*, Sentencia de 9 de octubre de 2003.

48. La sentencia mereció un duro voto particular del Magistrado Pinto de Albuquerque, que criticó duramente el cambio de rumbo de la Gran Sala, en detrimento de la interpretación más acorde con los derechos fundamentales, y también alejándose de la línea interpretativa del TJUE. vid. voto particular a la STEDH *A y B c. Noruega* (cit.), párrafo 34).

49. En el mismo sentido la sentencia *Öztürk contra la República Federal Alemana* de 21 de febrero de 1984, establece que «La Convención no se opone a las tendencias de la «descriminalización» existentes —bajo formas bien diversas— en los Estados miembros del Consejo de Europa [...], sin embargo, si los Estados contratantes pudieran, a su antojo, calificando una infracción de administrativa en vez que de penal, evitar el juego de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7, la aplicación de éstas se encontraría subordinada a su voluntad soberana», lo que podría contribuir a «resultados incompatibles con el objeto y el fin de la Convención». Sobre el particular, RUBIO DE CASAS M.^a G. «Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Öztürk», *Revista de Administración Pública*, nº 104, 1984, pp. 275 y ss. LOZANO CUTANDA B. *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, 1990. BERTAZZO S. «El derecho administrativo sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, 2015.

dada la ineficacia del sistema de justicia penal para reprimirlas⁵⁰, al que, si bien no ha sido ajeno el TEDH, sí que entiende que hay que mantener un concepto autónomo de «materia penal».

De interés, en la materia, sin duda, es también la sentencia *Saquetti Iglesias c. España*⁵¹ que, pese a ser una Sentencia relativa a la necesidad de incorporar la doble instancia en los recursos contencioso-administrativos como una necesaria mejora del control jurisdiccional de las sanciones administrativas más graves⁵², sienta una doctrina directamente relacionada con la cuestión que nos ocupa, es decir, la determinación del *Bis*, en los supuestos de doble enjuiciamiento, toda vez que vuelve sobre la doctrina de que hechos han de considerarse de relevancia penal y no suponer una simple sanción administrativa, aplicados los criterios ya establecidos por el TEDH, en relación a que, aunque a la luz del derecho interno la calificación sea de ilícito administrativo, la naturaleza de la infracción, la magnitud del colectivo al que va dirigido, el bien jurídico protegido y la gravedad de la sanción determinan, a la luz de la Jurisprudencia del Alto Tribunal, que sea considerada una sanción penal, en atención a doctrina jurisprudencial expuesta sobre el concepto autónomo de la noción de materia penal⁵³.

50. Vid., LOZANO CUTANDA B. «Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa: «despenalización» y garantía», *Revista de Administración Pública*, nº 121, 1990, pp. 393 y ss.

51. STEDH de 30 de junio de 2020. La sentencia condena a España por no haber garantizado este derecho a la doble instancia judicial respecto al sancionado al pago de una multa administrativa —el señor Saqueti Iglesias—, por cuanto, tras impugnarla ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma y ver su recurso desestimado, se le denegó el acceso al recurso de casación por razón de la cuantía, en aplicación de lo entonces dispuesto por el art. 86.2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El recurso de casación contencioso-administrativo entonces vigente no cumplía los requisitos para considerarse una segunda instancia judicial, como tampoco los cumple, conforme a la jurisprudencia del TEDH, el recurso de casación introducido por la disposición adicional de la Ley Orgánica 7/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial. Cfr. LOZANO CUTANDA B. «La Sentencia Saqueti iglesias c. España impone la introducción de la Doble Instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas». *Revista de Administración Pública*, nº 213, septiembre - diciembre 2020, pp. 181-207. La cita en p. 185.

52. Sobre el particular, SOLDEVILLA FRAGOSO F. «Sentencia de gran impacto: Asunto Saqueti Iglesias v. España. STEDH de 30 de junio de 2020», *Actualidad Administrativa*, nº 9, 2020, Wolters Kluwer, pp. 1 y ss. COBRE-ROS MENDAZONA E. «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas, una imperiosa exigencia convencional y constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 118, 2020, pp. 17-48. LOZANO CUTANDA B. «La Sentencia Saqueti iglesias c. España impone la introducción de la Doble Instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas», op. cit. BELTRÁN DE FELIPE M. «La doble instancia en la impugnación jurisdiccional de las sanciones administrativas: una mirada oblicua a la sentencia del TEDH Saqueti c. España». *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 35, 2021, pp. 9 y ss. BOUAZZA ARIÑO O. «El concepto autónomo de sanción en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (Dir. Rebollo Puig M./ Huergo Lora A./Guillén Caramés J./Cano Campos T.), Cizur Menor Thomson-Civitas, 2021a, pp. 309-333.

53. Así lo había estimado anteriormente el TEDH en anteriores sentencias: *Kadubek c. Eslovaquia*, de 2 de septiembre de 1998; *Lauko c. Eslovaquia*, de 2 de septiembre de 1998; *Ezeh y Connors c. Reino Unido*, de 9 de octubre de 2003; *Sergei Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009; y *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria*, de 14 de enero de 2010.

En cualquier caso, nos parece claro que debería primar el procedimiento penal por su carácter más garantista (judicialización plena, oralidad, derecho a la última palabra, derecho a la doble instancia, etc.), por sus mayores posibilidades investigadoras necesarias para llegar a la verdad material⁵⁴, por la protección penal reforzada en caso de no prestar colaboración (arts. 458 y 463 C. Penal español), así como por el hecho de que la potestad sancionadora de la Administración sea una excepción al principio de separación de poderes que debe dejar paso a la regla de que la potestad de juzgar esté en manos del poder judicial⁵⁵.

En general el TEDH ha prestado más atención al elemento material que al procedimental que, desde nuestro punto de vista, y el de otros autores, reviste una mayor significación desde la perspectiva de la seguridad jurídica, en tanto que lo que se prohíbe es el doble enjuiciamiento (en aquellos supuestos en que se enjuician los mismos hechos, cometidos por un mismo sujeto y con el mismo fundamento jurídico), siendo indiferente que se trate de dos procedimientos penales, dos procedimientos administrativos o un procedimiento penal y uno administrativo⁵⁶.

El TEDH ha tenido en cuenta, incluso expresamente⁵⁷, la jurisprudencia paralela del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁸, aunque hay que reconocer

54. Hay que recordar que el procedimiento administrativo sancionador carece de diversas posibilidades investigadoras que, sin embargo, pueden ser utilizadas en el procedimiento penal. Entre ellas cabe citar la intervención de las telecomunicaciones (véase, no obstante, la STS de 27 de septiembre de 2010, sala tercera, en cuanto a la posibilidad de interceptación de telecomunicaciones por infracción administrativa).

De igual forma, en principio no cabe en el procedimiento administrativo sancionador la utilización de la mayor parte de los métodos previstos en los arts. 588 bis a) LE Criminal): captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen. Asimismo, no se tiene acceso a la orden europea de investigación (véase Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, para regular la Orden Europea de Investigación, modificada por la Ley 3/2018, de 11 de junio).

55. Cfr. GOMEZ TOMILLO M. «Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, vol., 2, 2020, p. 436.

56. Ya lo ponía de relieve L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, 2008, p. 23. La situación contrasta con lo que es habitual en los países de nuestro entorno jurídico y cultural; al respecto, vid., por todos, W.B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, Leiden, 2009, p. 35, hasta el punto de que, afirma, la regla procedimental proporciona mayor protección que la material (id., p. 34 y 37) y ha de considerarse el verdadero principio ne bis in idem (id. p. 55). Cfr. GOMEZ TOMILLO M. «Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo...», op. cit., p. 423, nota 3.

57. La STEDH de 30 de abril de 2015, *Kapetanios y otros c. Grecia*, n. 3453/12, 42941/12 y 9028/13, ap. 73, habla, en este sentido, de «una convergencia de las dos jurisdicciones sobre la apreciación del carácter sancionador de un procedimiento [sancionador] tributario y, a mayor abundamiento, sobre las modalidades de aplicación del principio ne bis in idem en los ámbitos [sancionador] tributario y penal».

58. Sobre este acercamiento, Vid., MAULET L., «Le principe ne bis in idem, objet d'un «dialogue» contrasté entre la Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour Européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 109, 2017, pp. 107-130. GARCÍA CARACUEL, M., «El principio ne bis in idem

que pese a ese acercamiento de posiciones entre ambos tribunales sigue habiendo divergencias.

También hay que considerar que la eficacia de las SSTEDH en los ordenamientos internos de los Estados parte del proceso es meramente declarativa, ya que como indica el propio Convenio, el Tribunal Europeo solo declara la existencia o no de una violación del Convenio sin establecer la obligación de realizar ninguna actividad concreta por parte del Estado acusado, y en consecuencia las decisiones del Tribunal no son por sí mismas ejecutables⁵⁹.

Ahora bien, el hecho de que dichas sentencias no tengan fuerza ejecutiva directa en el ordenamiento interno no implica que carezcan de ningún efecto, puesto que interpretan el contenido del Convenio al que se ha adherido la Unión Europea⁶⁰. En nuestro ordenamiento el Convenio Europeo no solo forma parte del mismo conforme al artículo 96.1 de la CE, sino que además las normas relativas a los derechos fundamentales recogidas en la Constitución han de interpretarse de conformidad con su contenido.

3. El principio *Ne bis in idem* en la Unión Europea

3.1. Regulación de *Ne bis in idem* en la UE. El espacio Schengen

El Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 constituyó uno de los pasos más importantes de la construcción de la Unión Europea. El acuerdo tiene como objetivo eliminar progresivamente los controles en las fronteras comunes y establecer un régimen de libre circulación para todos los nacionales de los Estados signatarios, de los otros Estados de la Comunidad o de terceros países.

en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE» en Caruso Fontan V. y Pérez Alberdi M.^a R. (Dirs.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Europeo de Protección de Derechos: una mirada interdisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 475-492. BUENO ARMIJO A. «Non bis in idem en el Derecho europeo: garantía sustancial y procesal», en Montana Plata A. y Jorge Iván Rincón Córdoba J.I. (Eds.), *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción*, Universidad Externado, Bogotá, 2018, pp. 954-957.

59. Cfr. MARTÍNEZ MUÑOZ Y. *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia tributaria: un análisis jurisprudencial*, op. cit. p. 59. IDEM, «La interpretación del Principio *non bis in idem* en el Derecho de la Unión. Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de febrero de 2013», *Crónica Tributaria. Boletín de Actualidad*, n° 4, 2013, pp. 21-28. Especialmente págs. 26-27.

60. En virtud del artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea, los derechos recogidos en el CEDH forman parte del Derecho de la Unión Europea como principios generales, pero, además, el artículo 52.3 de la CDFUE exige dar a los derechos garantizados por el CEDH el mismo contenido y alcance que les confiere dicho Convenio, a pesar de que éste no constituya un instrumento jurídico integrado formalmente en el Derecho de la Unión Europea⁴, permitiéndose que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa pero nunca menos extensa que el Convenio.

El Convenio de Schengen, firmado el 19 de junio de 1990, completa el Acuerdo y define las condiciones y las garantías de aplicación de esta libre circulación y no entró en vigor hasta 1995. El Acuerdo y el Convenio, la normativa adoptada sobre la base de ambos Textos y los acuerdos conexos conforman el llamado «acervo Schengen»⁶¹.

Ahora bien, ni el Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunitarias, ni su posterior Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990 (el llamado Convenio Schengen), eran en su origen Tratados comunitarios, sino simples Convenios Internacionales Multilaterales en los que, eso sí, todos los Estados Parte eran a su vez Estados miembros de la Unión Europea⁶². Asimismo, desde el 1 de Enero de 2005 se aplica también parcialmente en el Reino Unido y, más recientemente en Irlanda⁶³. Por otra parte, Suiza ha abierto un proceso de participación en el acervo Schengen, que ha terminado con un acuerdo entre esta Confederación y la Unión Europea en torno a la aplicación del acervo Schengen en ese país extracomunitario⁶⁴. Cabe mencionar que, muy recientemente, han entrado a

61. España se sumó al sistema Schengen por Acuerdo de 25 de junio de 1991, ratificado por instrumento de 23 de julio de 1993 (BOE 5/Abril/1994). Todos los Textos del acervo Schengen pueden verse en <http://europa.eu/scadplus/leg/es>.

62. Inicialmente los Estados signatarios del Convenio fueron los tres países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), Alemania y Francia, a los que posteriormente se sumaron Italia (1990), España y Portugal (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Dinamarca, Finlandia y Suecia (1996). En 1996 se adhirieron dos Estados extracomunitarios (Noruega e Islandia). Desde el 1 de mayo de 2004, el acervo de Schengen se aplicaba parcialmente a los diez nuevos Estados miembros. Esta aplicación ha sido totalmente completada, con la supresión total de los controles fronterizos terrestres y marítimos de Estonia, la República Checa, Lituania, Hungría, Letonia, Malta, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia desde el 21 de diciembre de 2007, y desde el 30 de marzo de 2008, con la supresión de los controles fronterizos aéreos en esos mismos países. Tras la supresión de los controles terrestres y marítimos (MEMO/07/619) se ha procedido también a la supresión de los controles fronterizos aéreos en el espacio Schengen ampliado, como consecuencia de una Decisión adoptada en noviembre de 2007 por los Ministros de Justicia e Interior, por entender que todos los países candidatos cumplían los criterios del acervo Schengen.

63. De acuerdo con el Protocolo adjunto al Tratado de Ámsterdam, Irlanda y el Reino Unido pueden participar en la totalidad o en parte de las disposiciones del acervo de Schengen después de una votación unánime en el Consejo de los Estados parte en los Acuerdos y del representante del Estado del Gobierno de que se trate. En marzo de 1999 el Reino Unido pidió participar en algunos aspectos de la cooperación basada en Schengen: cooperación policial y judicial en materia penal, lucha contra los estupefacientes y sistemas de información Schengen. La decisión del Consejo aprobando esta solicitud del Reino Unido se produjo el 29 de mayo de 2000, ya que el problema de Gibraltar, fuente de litigios entre España y Reino Unido retrasó el proceso (DOCE L 131 de 1/6/2000).

En junio de 2000 Irlanda pidió también participar en algunas disposiciones de Schengen similares a las solicitadas por el Reino Unido, salvo algunas excepciones. El Consejo aprobó esta demanda mediante decisión de 28 de febrero de 2002 (DOCE L 64 de 7/3/2002). La Comisión había emitido Dictámenes sobre ambas solicitudes destacando que la participación parcial de estos dos Estados en el acervo Schengen no debían obstaculizar la coherencia del conjunto de disposiciones que lo constituyen. Después de evaluar las condiciones previas para la aplicación de las disposiciones de la cooperación policial y judicial, el 22/12/2004, el Consejo decidió aplicar estas partes del acervo de Schengen por parte del Reino Unido (DOUE L 395 de 31/12/2004).

64. La Comisión abrió negociaciones con Suiza en junio de 2002 que desembocaron en la firma de un Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confede-

formar parte del espacio Schengen Rumania y Bulgaria que forman parte de este espacio desde el 31 de marzo de 2024⁶⁵.

Así, pues, Schengen se configuró en su origen como un «subespacio» dentro del espacio judicial de la Unión Europea, aunque con clara tendencia expansiva⁶⁶.

Por ello, en el momento de la redacción del Tratado de Ámsterdam se decidió incorporar definitivamente el «acervo de Schengen» en el marco de la Unión Europea, lo que se llevó a cabo mediante el Protocolo nº 2 anejo al TUE y al Tratado de la Comunidad Europea, conocido como Protocolo de Schengen⁶⁷.

Los Acuerdos de Schengen atienden fundamentalmente a los aspectos policiales de la cooperación. En relación con la Asistencia en Materia Penal, su objetivo era completar el Convenio Europeo de 1959, facilitando con ello su aplicación (art. 48 Convenio Schengen), y contiene una serie de Disposiciones bajo el epígrafe de «Asistencia Judicial en materia Penal»⁶⁸.

Así, pues, por lo que hace a la UE, la cooperación judicial constituye el elemento esencial del espacio europeo de Justicia, tal y como ha sido articulado por el Tratado de la UE y tal y como se articula en el Tratado de Reforma, el Tratado

ración Suiza a la aplicación y desarrollo del acervo de Schengen (DOUE L 370 de 17/12/2004). Se adhirió al Acuerdo de Schengen el 5 de junio de 2005. la adhesión será efectiva en 2008 cuando el SIS esté en funcionamiento.

65. Ambos países son miembros de la UE desde 2007. Antes de incorporarse a Schengen, ya en 2018 Rumanía y Bulgaria consiguieron acceso total al *Schengen Information System* (SIS). En todo caso, el proceso será gradual, aplicándose primero a las fronteras aéreas y marítimas, dejando la decisión sobre las fronteras terrestres para más adelante.

66. Hasta el punto de que en 1996 se incorporaron al espacio Schengen dos Estados extracomunitarios (Noruega e Islandia). Estos dos países pertenecen, con Suecia, Finlandia y Dinamarca, a la Unión Escandinava de Pasaportes que suprimió los controles en sus fronteras comunes. Estos dos países asociados que no pertenecen a la UE no tienen derecho a voto en el Comité Ejecutivo de Schengen, pero tienen la posibilidad de expresar Dictámenes y formular propuestas. En la práctica esta asociación se concreta en forma de un Comité mixto creado fuera del marco de la UE, que reúne a representantes de los gobiernos de Islandia y Noruega, de los miembros del Consejo de la UE y de la Comisión. A partir del 25 de marzo de 2001, el acervo de Schengen se aplica en los cinco países de la Unión Nórdica de Pasaportes (DOCE L 309 de 9/12/2000), así como el Sistema de Información de Schengen (SIS), a partir del 1 de enero de 2000.

67. En anexo al Protocolo de Schengen se concreta cual es este «acervo», que está integrado por: 1º El Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes; 2º El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, junto con su Acta Final y Declaraciones comunes. 3º Los Protocolos y Acuerdos de adhesión al Acuerdo de 1985 y al Convenio de Aplicación de 1990, junto con sus actas finales y declaraciones. 4º Decisiones y Declaraciones adoptadas por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio de Aplicación de 1990, así como actos adoptados para la aplicación por instancias a las que el Comité Ejecutivo haya atribuido competencias decisorias.

68. También regulado en el Título III, Capítulo. II «De la Asistencia Judicial en materia Penal», en los arts. 48-53. Sobre los avances del Convenio de Schengen en materia de cooperación judicial penal, PEREZ GIL J., op. cit, págs. 5-6. RODRÍGUEZ SOL I. op. cit., p. 7.

de Lisboa⁶⁹. En dicho Tratado se recoge, al igual que lo hiciera el anterior Tratado Constitucional —que no llegó a materializarse⁷⁰, lo relativo a la Ciudadanía Europea, así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁷¹.

En el Tratado de Lisboa, se regula el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El antiguo Título IV, relativo a los visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, se sustituye en el nuevo Tratado por un Título IV denominado «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia»⁷².

En el ámbito de la Unión Europea y en materia de Cooperación Judicial Penal conviene señalar que la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (OEI), establece un sistema general que sustituye a todos los instrumentos existentes en este ámbito, es decir, la Decisión Marco 2003/577/JAI para prevenir la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de pruebas y la Decisión Marco 2008/978/JAI, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas, y crea un único instrumento de gran alcance que sustituye al fragmentado marco jurídico existente hasta ese momento para la obtención de pruebas. La Directiva es vinculante para todos los países de la Unión, con excepción de Irlanda y Dinamarca. Esta Directiva, que entró en vigor el 21 de Mayo de 2014, ha sido traspuesta por España, aunque pasado el plazo establecido por la UE, en virtud de la Ley 3/2018, de 11 de Junio (BOE nº 142, de 12 de Junio de 2018), por la que se modifica la Ley

69. El proceso de ratificación del Tratado de Lisboa fue largo. Su entrada en vigor estaba condicionada a la ratificación por todos los Estados miembros. Hungría fue el primero en ratificarlo el 17 de diciembre de 2007, y la República Checa finalizó el proceso en noviembre de 2009. Irlanda fue el único de los países de la Unión que sometió la aprobación del Tratado a referéndum. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. El Texto puede consultarse en la Web <http://europa.eu.int/eur-lex/es/treaties>.

70. Este Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa estaba destinado a sustituir al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Mediante esta reforma se simplificaban los Tratados, se realizaba una reforma institucional (en particular mediante la supresión de la estructura en pilares de la Unión Europea) y se profundizaba en la construcción europea, reforzando, entre otros, la política exterior y de seguridad común. La Información de esta Convención puede confrontarse en la Web, <http://european-convention.eu.int>

71. El Texto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE puede verse en DOCE 2000/C3 64/01. El Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001 supuso un paso importantísimo en materia de Derechos Fundamentales en la UE, al establecer el Estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia.

72. Este Título IV consta de los siguientes capítulos: Capítulo 1: Disposiciones Generales (arts. 61-68); Capítulo 2: Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (arts. 69, A, B y C); Capítulo 3: Cooperación judicial en materia civil Art. 69 D); Capítulo 4: Cooperación Judicial en materia penal Arts. 69 e, F, G, H, I); Capítulo 5: Cooperación policial (Arts. 69 J, K y L).

23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación⁷³.

Respecto al Principio *Ne bis in Idem* tiene un reconocimiento y una garantía que pueden aun considerarse insuficientes en la Unión Europea.

En efecto, los arts. 54 a 58 del Convenio Schengen regulan este principio, concretamente el art. 54 dispone que «*Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena*», aunque el art. 55 recoge algunos supuestos en los cuales una Parte contratante podrá declarar que no estará vinculada por lo dispuestos en el art. Anterior. Por su parte, el art. 58 establece que las anteriores disposiciones no serán obstáculo para la aplicación de aquellas nacionales «*más extensivas relativas al non bis in idem vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero*».

Estas mismas normas han sido recogidas también en la iniciativa de la República de Grecia para la adopción de una Decisión Marco del Consejo relativa a la aplicación del Principio *ne bis in idem* (arts. 4 y 5)⁷⁴, presentada dentro del Programa de medidas destinado a la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales⁷⁵. También, el Programa de la Haya para la consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la UE⁷⁶, en su apartado 3.3.1, contiene una referencia al principio que nos ocupa, así también como dentro del Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito penal.

Igualmente hay que mencionar el Convenio de 25 de mayo de 1987 entre Estados miembros de la Unión, sobre la prohibición de la doble persecución penal *ne bis in idem*, que reconoce en su art. 1, en forma casi idéntica al Convenio de Schengen, el mencionado principio, garantizando que condenas con fuerza

73. Vid., por todos, MARTINEZ GARCIA E. *La Orden Europea de Investigación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

74. DOUE de 26 de abril de 2003, C-100/24.

75. DOUE de 15 de enero de 2001, C-12.

76. DOUE de 3 de marzo de 2005, C-53.

de cosa juzgada y absoluciones operan como un impedimento procesal en los respectivos espacios jurídicos⁷⁷.

Además, hay que hacer referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Consejo Europeo de Niza- 10 de diciembre de 2000), que en su art. 50 establece: «*nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la Ley*». Así, recoge en términos similares al CEDH el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito. Esta Carta, tal y como fue adoptada en Estrasburgo en diciembre de 2007, adquiere después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el mismo carácter vinculante que los Tratados, de manera que las normas relativas a los derechos fundamentales establecidos en nuestra Constitución han de ser interpretadas también de acuerdo con lo dispuesto en esta Carta, teniendo en cuenta que los derechos contenidos en la misma, en la medida en que se correspondan, presentan el mismo sentido y alcance que los garantizados por el Convenio Europeo⁷⁸.

Asimismo, el Tratado en el que se establecía una Constitución para Europa, que en su art. II-11 lo recogía también, en los mismos términos.

Existen, también, algunos Instrumentos Convencionales en la UE que se refieren al *Ne bis in Idem* como motivo de denegación de los mecanismos de cooperación a los que aluden. Tal es el caso del Convenio relativo a la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas (art. 7) y del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 10)⁷⁹.

Igualmente se recoge en las Primeras Decisiones Marco que concretan el principio de reconocimiento mutuo en el sector penal, como son la Decisión Marco relativa a la Ejecución en la Unión Europea de las Resoluciones de Embargo

77. En todo caso, conviene tener en cuenta que, así como el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen está vigente en todos los países miembros de la UE, más Islandia y Noruega, el Convenio del *ne bis in idem* de 1987, sólo lo está en Alemania, Dinamarca, Francia, Italia, Países Bajos, Austria, Irlanda y Portugal.

78. Los artículos 52 y 53, remiten al CEDH para que el alcance y el sentido de los derechos y principios reconocidos sean iguales, tanto en la Carta como en el CEDH, como en los Protocolos anexos a este último. Cfr. GARCÍA CARACUEL, M: «Los límites derivados del principio *ne bis in idem* en la persecución del delito fiscal», *Nueva Fiscalidad*, nº.1, 2020, págs. 77-106. La cita en pág. 89. Sobre el alcance del art. 52.1 CDFU, CARMONA CONTRERAS A. (Dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Manual de uso*, Aranzadi, Madrid, 2020, págs. 51-97, así como A. MANGAS MARTÍN A. «Art. 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios», en MANGAS MARTÍN A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2008, pp. 832-837.

79. Vid. ambos Convenios en DO C316 de 27/11/1995 y DO C 195 de 25/06/1997.

preventivo de Bienes y de Aseguramiento de Pruebas y la Decisión Marco relativa a la Ejecución de resoluciones de Decomiso en la Unión Europea⁸⁰, que disponen que las Autoridades del Estado de ejecución de la decisión pueden denegar la ejecución de las resoluciones si son contrarias al principio *ne bis in idem*. Este motivo de rechazo se contiene también en la Decisión marco de 13 de junio de 2002 relativa a la Orden de Detención Europea y a los Procedimientos de Entrega entre Estados Miembros⁸¹.

Característica de este último instrumento es que amplía el ámbito de aplicación espacial del principio *Ne bis in Idem* más allá de los Estados miembros de la Unión Europea, mientras que otros instrumentos europeos de cooperación en los que se prevé dicho principio, se aplican exclusivamente entre las Partes contratantes o los Estados miembros⁸².

El principio *ne bis in idem* ha ido adquiriendo en la Unión Europea un mayor protagonismo, esencialmente en el marco de la consecución del objetivo de creación de un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (arts. 2 y 29 TUE), como se ha adelantado.

En este sentido, ya el Plan de Acción de Viena de 1998⁸³ señalaba que en el plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam

80. Decisiones Marco 2003/57/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, DO L 196, de agosto de 2003, e «Iniciativa del Reino de Dinamarca con vistas a la adopción de una Decisión Marco del Consejo, relativa a la ejecución de resoluciones de decomiso en la Unión Europea», DO C 184, de 2 de agosto de 2002.

81. Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, DO L 190/1, de 18 de junio de 2002. El artículo 3.2 de la Decisión Marco establece la imposibilidad de ejecutar la orden de detención europea «cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena». Vid., al respecto, ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «TJCE – Sentencia de 03.05.2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad* – C-303/05 — Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal – Orden de Detención Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 28, 2007, pp. 960 y ss.; CUERDA RIEZU A. «La extradición y la orden europea de detención y entrega», *Revista Cenipec*, n.º 25, 2006, pp.51-52; FONSECA MORILLO, F., «La orden de detención y entrega europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, 2003, pp. 69 y ss. HAVA GARCÍA E. Tribunal de Justicia de la Unión Europea-TJUE Sentencia de 16.11. 2010 (Gran Sala), Gaetano Mantello, C-261/09 «Cooperación judicial en materia penal Orden de detención europea Decisión marco 2002/584/JAI Artículo 3.2 Non bis in idem Concepto de los mismos hechos Sentencia firme en el Estado miembro emisor» Contenido del principio non bis in idem en el Derecho de la Unión. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, vol. 15, n.º 39, pp. 523-540.

82. En efecto, el art. 4.5 dispone: «La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea (...)cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del estado de condena».

83. Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, DO C 19, de 23 de enero de 1999.

debería establecerse «medidas de coordinación de las investigaciones penales y las diligencias que están en curso en los Estados miembros, para así evitar las duplicaciones y las resoluciones contradictorias, teniendo en cuenta una mejor utilización del principio *ne bis in idem*».

Además, este Principio está esencialmente vinculado al proceso iniciado en la UE de *reconocimiento mutuo* de las decisiones judiciales penales, a partir del Consejo Europeo de Cardiff⁸⁴, y que en el Consejo Europeo Especial de Tampere⁸⁵ se configura este reconocimiento mutuo como la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal⁸⁶. Así lo evidencia el *Programa de Medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal*⁸⁷, que prevé un nuevo estudio de los arts. 54 a 57 del Convenio de Schengen en relación al *ne bis in idem*. Asimismo, el *Programa de la Haya*⁸⁸ hace una mención expresa al *ne bis in idem*, en el marco de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal.

También en 2005 la Comisión aprobó con fecha de 23 de diciembre, el Libro Verde, con la finalidad de debatir sobre el tipo de medidas que podrían adoptarse para evitar conflictos positivos de jurisdicción y reforzar el principio de *non bis in idem* en el ámbito de la Unión Europea⁸⁹.

Ahora, si bien desde el punto de vista teórico el Principio *ne bis in idem*, que impone la prohibición de que una persona pueda ser juzgada dos veces por los mismos hechos, es un concepto claramente perfilado y comúnmente aceptado en el ámbito del Derecho interno de los países de la UE, su delimitación práctica, como veremos, dista mucho de ser pacífica⁹⁰.

84. Celebrado los días 15 y 16 de junio de 1998. Conclusiones de la Presidencia, SN 150/1/1998 REV 1.

85. Celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia, SN 200/1999.

86. El párrafo 33 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Tampere dispone: «un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo hace suyo el principio de reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales».

87. DO C 12, de 15 de enero de 2001.

88. (2005/C53/2001) DO C53, de 3 de marzo de 2005.

89. Vid. COM (2005) 696 final. Sobre el particular, GONZÁLEZ CANO M.^a I. «Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio «non bis in idem» en los procedimientos penales». *Unión Europea Aranzadi*, nº 11, 2006, pp. 5-15.

90. En relación a los problemas prácticos que plantea la determinación de la identidad de los objetos procesales para que opere el efecto excluyente de la cosa juzgada, como consecuencia del *non bis in idem*, Vid., más ampliamente, ROMERO PRADAS M. I. «El Sobreseimiento», Valencia, 2002, pp. 157 y ss. SIGÜENZA LOPEZ J. «El Sobreseimiento Libre», Edit. Cizur Menor, 2002, pp. 183 y ss. Entre la Doctrina italiana vid., por todos,

El contenido de este principio o garantía del *non bis in idem* se sustenta en una doble fundamentación, que se puede hacer extensiva también al ámbito del proceso penal en delitos transnacionales de la Unión Europea⁹¹.

Como ya hemos adelantado, hay un *ne bis in idem* material se asienta en el principio de culpabilidad, que impide la penalización desproporcionada de la infracción. La prohibición de un nuevo castigo se refiere, lógicamente al ámbito de las sentencias condenatorias, donde la incidencia del *ne bis in idem* es muy notoria.

Por otro lado, existe una vertiente, de índole procesal, en la que el TJUE hace mucho hincapié, que afecta tanto a la condena como a la absolución, ligada al concepto de cosa juzgada (*res iudicata*), y que se caracteriza por la imposibilidad de dos procesos sobre los mismos hechos, directamente relacionada con la Seguridad Jurídica, que impide que una persona pueda ser juzgada dos veces por los mismos hechos, con independencia del resultado del primer enjuiciamiento⁹².

En el ámbito transnacional de la Unión Europea, como ha puesto de relieve la Doctrina especializada⁹³, la opción por una u otra fundamentación del principio *ne bis in idem* gira en torno a la confianza mutua de los Estados miembros en relación a las resoluciones dictadas por los tribunales de los otros Estados miembros. Así entendemos que en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

CORDERO F. *Procedura Penale*, 7ª Ed., Milano, 2003, pp. 1210 y ss.; y GAITO A. *Compendio di Procedura Penale*, CONSO/GREVI (Coords.), 2ª Ed., Padova, 2003, pp. 926 y ss.

91. En el ámbito de la Unión Europea este principio está adquiriendo cada vez más actualidad como consecuencia de varias e importantes Sentencias del TJCE, la Sentencia de 11 de febrero de 2003 en los asuntos acumulados *Gözütok y Brügge* C-187/2001 y C-385/2001, 2003 ECR-I 5689; la Sentencia del TJCE de 10 de marzo de 2005 en el asunto *Miraglia*, C-469/2003; y, más recientemente, la Sentencia de 9 de marzo de 2006, caso *Van Esbroeck*, C-436/2004. Además, la eficacia transnacional del Principio *Non bis in Idem* repercute en el Derecho nacional de los Estados miembros de la UE, ya que, con creciente asiduidad los Tribunales nacionales se enfrentan a asuntos transnacionales como consecuencia, fundamentalmente, de la libre circulación de personas en la Unión, lo que permite a los ciudadanos desplazarse libremente de un Estado a otro y del carácter internacional de muchos delitos. Vid. Comentarios a las Sentencias mencionadas en SANTOS VARA J. «El alcance del Principio *non bis in idem* en el marco del Convenio Schengen (Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, *Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge*», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1, mayo 2003. BLANCO CORDERO I. «El principio *non bis in idem* en la Unión Europea (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 10 de marzo de 2005 en el Asunto C-469/2003: Asunto *Miraglia*)», op. cit. También en JIMENO FERNÁNDEZ F. «Algunas Reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de Aplicación de Schengen (Comentario a la STJCE *Van Esbroeck* (C-436/2004) de 9 de marzo de 2006)», *Diario La Ley*, nº 6494, 2006, pp. 1-9.

92. Sobre el particular, VIVES ANTÓN T. «El *ne bis in idem* procesal, en los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia», *Consejo General del Poder Judicial*, 1992. DE LA OLIVA SANTOS, A. «La regla *Non bis in idem* en el Derecho Procesal Penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas», en De La Oliva Santos A. (Dir.). *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Edit. Colex, 2008, pp.167-185.

93. Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, op. cit. pp. 81 y ss. BLANCO CORDERO, op. cit. p. 7.

de la Unión Europea el principio del *Ne Bis in Idem* debe estar basado en el Principio de Seguridad jurídica y de Confianza Mutua, como base también del reconocimiento de las resoluciones judiciales en que también se funda este principio o garantía⁹⁴.

Tanto es así, que hay una correlación directa entre la *confianza mutua* y el *mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales*, sobre todo en materia penal⁹⁵, ya que el Derecho penal está íntimamente ligado todavía a la idea de soberanía nacional, y profundamente marcado por el principio de territorialidad. Pues bien, el Principio *Ne bis in Idem* implica una derogación o una limitación de la aplicación estricta del criterio de territorialidad de la ley penal, porque supone reconocer autoridad de cosa juzgada a las resoluciones y sentencias penales dictadas por Tribunales extranjeros, lo que implica el reconocimiento de efectos extraterritoriales a las mismas⁹⁶.

El principio *Ne bis in Idem* también está estrechamente relacionado con la *aproximación de las legislaciones sustantivas penales*⁹⁷ y, especialmente, con la *aproximación de los criterios de competencia jurisdiccional* en Derecho Penal. El objetivo de esta aproximación es facilitar el reconocimiento mutuo en general y el *ne bis in idem* en particular, puesto que si existieran normas comúnmente admitidas que organizaran la distribución de las competencias, los Estados miembros reconocerían y aceptarían más fácilmente las decisiones extranjeras. Por ello el *Programa de medidas destinadas a aplicar el principio de reconocimiento mutuo* pone como ejemplo de normas mínimas comunes ne-

94. Dicha confianza se justifica en la existencia de una serie de valores y objetivos comunes de los Estados miembros, fundamentalmente los llamados valores constitucionales comunes (Libertad, Democracia, respeto de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y del Estado de Derecho. Vid. sobre el particular, NIETO MARTIN A. «Fundamentos Constitucionales del Sistema europeo de Derecho Penal», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2005. También, ampliamente sobre el reconocimiento mutuo y la confianza compartida, FERNANDEZ ROZAS J. C. «El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea», *La Ley*, nº 6097, septiembre 2004, pp. 1-18.

95. El propio TJCE ha destacado que una de las funciones que ha de desempeñar el Principio *non bis in Idem*, contenido en el art. 54 del Convenio de Schengen, implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su Derecho nacional conduzca a una solución diferente. Vid. Sentencia de 11 de febrero de 2003 dictada en los casos acumulados *Gözütok y Brügge*, ya mencionada.

96. Vid., en este sentido, WEYEMBERGH A. «Le principe *ne bis in Idem*: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen», *Cahiers de Droit Européen*, nº 3 y 4, 2004, pp. 337-375.

97. Por ello, el *Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea*, presentado por la Comisión en Bruselas el 30 de abril de 2004, COM (2004) 334 final, pág. 10, tiene por objeto abrir la discusión sobre el tipo de medidas que podrían adoptarse para evitar conflictos positivos de jurisdicción y reforzar el principio de *non bis in idem* en el ámbito de la Unión Europea. En él la Comisión afirma que la aplicación del *Ne bis in Idem* será más fácilmente aceptada si las penas aplicables son similares.

cesarias para facilitar su aplicación, la fijación de normas en materia de competencia jurisdiccional⁹⁸.

Carecería de sentido utilizar el *ne bis in Idem* como único mecanismo de resolución de los conflictos sin determinar criterios comunes de competencia. Pese a ello, y aunque la letra d) del art. 31 del TUE establece que la acción común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros, no existe a día de hoy ningún instrumento que fije de modo vinculante los criterios de competencia jurisdiccional en el ámbito penal⁹⁹.

Por ello, se hace ineludible dotar a la UE de una normativa vinculante sobre la garantía del *ne bis in idem* en el ámbito transnacional, de manera que puedan operar con carácter previo reglas claras y precisas que eviten o limiten los conflictos de competencia, de forma que el principio *ne bis in idem* pueda cumplir sus efectos impositivos de la doble persecución penal.

En definitiva, las cuestiones fundamentales en torno al *Ne Bis in Idem* y los requisitos que inciden directamente en su aplicación y eficacia son las siguientes:

- El ámbito personal y la identidad subjetiva. A la vista del tenor literal del art. 54 del Convenio de Schengen («una persona que haya sido juzgada en sentencia firme... no podrá ser perseguida»), hay que entender que la identidad de la persona afectada es un requisito ineludible para la aplicación del *ne bis in Idem*¹⁰⁰.
- El contenido del Bis. El art. 54 del CAAS se refiere a que «la persona haya sido juzgada en sentencia firme» en un Estado miembro como motivo que impide que pueda ser juzgada nuevamente en otro Estado miembro. Aunque parezca claro que el art. 54 se refiere la resolución de un Juez o Tribunal, la alusión plantea no pocos problemas, en parte conse-

98. Programa de Medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (2001C 12/2002), DO C12, 15 de enero de 2001.

99. Algunos textos relativos a delitos específicos se refieren a diversos criterios y alguno hace una llamada a la colaboración y la coordinación entre Estados, como la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre lucha contra el terrorismo (art. 9), y que ha inspirado el Proyecto griego de Decisión marco sobre *ne bis in Idem*, que contiene un artículo dedicado a la litispendencia.

100. No obstante, esta conclusión general dista mucho de ser indiscutible en dos supuestos concretos: en primer lugar, en los casos de sentencia absolutoria por inexistencia del hecho; en segundo lugar, en los delitos cometidos por un ente social a través de sus órganos de representación. En el primer caso, la cosa juzgada material y el principio de seguridad jurídica vedarían un nuevo enjuiciamiento sobre el mismo hecho. En los supuestos de actuación en nombre de entidad jurídica, debería aceptarse la aplicación del art. 54 CAAS, siempre que los hechos hayan sido objeto ya de un nuevo enjuiciamiento. Cfr. JIMENO FERNANDEZ F. «Algunas reflexiones sobre el Principio *Ne bis in idem* y el art. 54 del Convenio de Aplicación de Schengen», op. cit., p. 5.

cuencia de los distintos significados que las expresiones utilizadas tienen en los distintos países¹⁰¹. Se discute, por ejemplo, que clase de resoluciones se consideran «sentencias firmes»¹⁰². En este sentido la interpretación mayoritaria a nivel de Derecho comparado entiende que sólo caben en la expresión del art. 54 las Sentencias firmes dictadas por un Tribunal¹⁰³. Sin embargo, el TJCE amplía el campo de interpretación de este art. 54 estimado que el principio *ne bis in idem* no está limitado sólo a las resoluciones definitivas de las jurisdicciones penales, sino que abarcan también a las resoluciones de archivo promovidas por el Ministerio Fiscal¹⁰⁴. E incluso es extensible a los supuestos de transacción penal ya que ésta es admitida en la mayoría de los Estados miembros de la UE como manifestación del *ius Puniendi*.

- La definición del *idem* (la identidad de los hechos). Una de las cuestiones más debatidas a nivel Internacional es si el «*idem*», es decir, el objeto sometido a la consideración judicial, se refiere a los hechos en sí mismo considerados, o a la calificación jurídica de los hechos, en tanto que unos mismos hechos pudieran originar, en dos países distintos, dos calificaciones jurídicas diferentes, en cuyo caso, los mismos hechos podrán originar dos condenas por la comisión de distintas infracciones penales.

La expresión «*misimos hechos*» que utiliza el art. 54 del CAAS determina que el presupuesto de aplicación del precepto no es la calificación jurídica de los hechos en los distintos ordenamientos jurídicos internos, sino la identidad fáctica.

101. En España, por ejemplo, el Auto de Sobreseimiento definitivo dictado como consecuencia de lo establecido en el art. 637 LE Criminal (que el hecho no existió, que no es constitutivo de delito, o que el autor está exento totalmente de responsabilidad criminal) equivale a una Sentencia absolutoria, que una vez firme, pasa en autoridad de cosa juzgada material.

102. Las divergencias existentes entre los distintos sistemas procesales nacionales aconsejan una interpretación amplia y flexible del art. 54 del CAAS que incluya en su ámbito de aplicación cualquier resolución que ponga fin al proceso penal siempre que, y éste es el elemento determinante de la aplicación del precepto y no la forma que adopte la resolución judicial, se haya producido alguna apreciación en el fondo del asunto que vaya más allá de aspectos meramente formales. Esta apreciación de los hechos sometidos al proceso penal concreto y que implica el ejercicio efectivo de la acción penal, no tiene que culminar necesariamente en la emisión de una sentencia firme tras el juicio oral, sino que es predicable de cualquier pronunciamiento emanado de la autoridad competente.

103. Vid. DANNECKER «La garantía del Principio *ne bis in idem* en Europa», op. cit. p. 170. También el estudio comparado en DE LA CUESTA ARZAMENDI «Sección IV. Competencias Penales Nacionales e Internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem*. Relación General», op. cit., p. 755.

104. En la mencionada Sentencia 11 de Febrero de 2003 de los casos acumulados *Gozütok y Brügge*, el TJCE dice en su párrafo 48: « (...) el principio *ne bis in idem*, consagrado en el art. 54 del CAAS se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, (...) por los que el M. Fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el M Fiscal».

La referencia a esta cuestión varía en los distintos Instrumentos Internacionales. Así, el CEDH (Protocolo 7- art.4)¹⁰⁵ utiliza el término «infracción», como también el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; por su parte, El Convenio Europeo de Extradición de 1957 y su Protocolo de 1975, el Convenio de 1979 sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales y el Convenio de 1972 sobre transmisión de Procesos Penales, el *Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del principio Ne bis in Idem* de 1987, así como el propio Convenio de Schengen (art. 54), utilizan el término de «hechos».

El TJCE en la Sentencia *Van Esbroeck* establece que el principio *ne bis in Idem* exige que un Estado acepte la aplicación del Derecho penal efectuada por otro, aun cuando la aplicación de su propio derecho nacional conduzca a una solución diferente. Además, las divergencias entre las calificaciones jurídicas o el bien jurídico protegido no pueden erigirse en obstáculo para la aplicación del art. 54 del CAAS. Recuerda el Tribunal que ni las disposiciones del Título VI del Tratado de la Unión Europea, relativo a la Cooperación judicial y policial en materia penal, entre las que se encuentran los art. 34 y 31, bases jurídicas de los arts. 54 a 58 del CAAS, ni las del Acuerdo de Schengen supeditan la aplicación del art. 54 al requisito de que se armonicen o se aproximen las legislaciones penales de los Estados miembros¹⁰⁶.

En definitiva, la aplicación práctica del principio *ne bis in idem* en el ámbito de la Unión Europea exige, como criterio válido para establecer la conexión entre los procedimientos tramitados, la identidad de los hechos¹⁰⁷.

105. La Jurisprudencia del TEDH sobre la aplicación del art. 4 del Protocolo 7 al CEDH ha sido contradictoria. En su sentencia de 23 de mayo de 1955 en el caso *Grandinger c. Austria* lo interpretó en el sentido de identidad de hecho material sancionado, hecha abstracción de su calificación jurídica. Posteriormente, en la Sentencia de 30 de Julio de 1998, en el caso *Oliveira c. Suisse*, recurre a la identidad de calificación jurídica. Luego intenta conciliar ambos precedentes en una tercera sentencia de 29 de mayo de 2001 en el caso *Franz Fischer V. Austria*, en la que de nuevo se basa en los hechos. Finalmente, en la Sentencia de 2 de Julio de 2002, en el caso *Gökkan v. France* recurre de nuevo al *Idem* jurídico. Cfr. BLANCO CORDERO I. «El principio *non bis in Idem* en la Unión Europea (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 10 de marzo de 2005 en el Asunto C-469/2003: Asunto *Miraglia*)», op. cit., pp. 9-10.

106. Cfr. JIMENO FERNANDEZ F. «Algunas reflexiones sobre el Principio Ne bis in idem y el art. 54 del Convenio de Aplicación de Schengen (Comentario a la Sentencia *Van Esbroeck*)», op. cit., p. 6.

107. Así dice el TJUE «debido a la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales, un criterio basado en la calificación jurídica de los hechos o en el interés jurídico protegido crearía tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen como sistemas penales existen en los Estados contratantes»; en consecuencia, «el único criterio pertinente a efectos de la aplicación del artículo 54 del CAAS es el de la identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas» (Vid., entre otras, el asunto *Leopold Henri Van Esbroeck*, Sentencia de 9 de marzo de 2006, § 36). Añade el TJUE que el empleo del término «los mismos hechos» en el artículo 54 Convenio Schengen, en contraposición al término «infracción» empleado en el art. 14 (7) del PIDCP y en el art. 4 del Protocolo 7 al CEDH, implica la adhesión el criterio de la materialidad de los hechos, con exclusión de su calificación jurídica (§ 27-28).

Ahora bien, la apreciación de la concurrencia de los requisitos del art. 54 corresponde al Juez nacional el cual, conforme a las líneas generales diseñadas por el TJCE, debe determinar, si la primera autoridad ha llevado a cabo una apreciación suficiente sobre el fondo del asunto, toda vez que, en la mayoría de los países se considera que producen efecto *ne bis in idem* las decisiones o pronunciamientos judiciales firmes sobre el fondo¹⁰⁸.

Ello implica un proceso difícil y complejo, en tanto el Tribunal nacional deberá solicitar a su homólogo extranjero los documentos que acreditan la existencia de cosa juzgada para establecer la identidad de los hechos juzgados por la resolución.

Es por ello que se han emprendido diversas iniciativas en la Unión Europea dirigidas al intercambio de información, aparte de las recogidas en el *Plan de Viena* de 1998 o en el *Programa de Medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal*, que contienen referencias a la mejora del intercambio de información, tales como la *Decisión del Consejo relativa al intercambio de información de los Registros de antecedentes penales*¹⁰⁹.

Finalmente, aunque no sea objeto de este trabajo, no podemos dejar de mencionar, la creación de la Fiscalía Europea en virtud del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada¹¹⁰, que no solo ha supuesto un cambio fundamental en el ámbito del proceso penal español¹¹¹, sino que también, tiene una incidencia, en materia de competencia jurisdiccional, en relación al principio *ne bis in idem* que nos ocupa.

La elaboración del Reglamento de la Fiscalía europea para una cooperación reforzada entre los países de la Unión no ha estado exento de complicaciones

108. Vid., el estudio comparado DE LA CUESTA ARZAMENDI, ya citado, págs. 755 y ss.

109. Vid. Decisión del Consejo 2005/876/JAI, de 21 de noviembre de 2005.

110. DOUE de 31 de octubre de 2017.

111. Cambios que han tenido como consecuencia la aprobación de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. DOUE de 31 de octubre de 2017. Por lo que hace al procedimiento penal español, el escollo fundamental venía representado por la encomienda en nuestro país de la fase de investigación al juez de instrucción, en lugar de al Ministerio Fiscal, como sucede en la mayoría de los países del entorno europeo. Ello trajo como consecuencia no pocas dificultades a la hora de adaptar el modelo español al establecido en el Reglamento de la Fiscalía Europea. De ahí que la Ley Orgánica 9/2021 haya creado un proceso penal especial en que la instrucción se atribuye al Fiscal europeo, convirtiéndolo en director de la investigación en los delitos que determinan el ámbito objetivo del Reglamento, circunscrito a los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la UE.

y ha sido un andadura ardua¹¹², teniendo en cuenta las diferencias existentes en el ámbito procesal penal entre los distintos países, y que finalmente quedó incorporada al art. 86 del TUE¹¹³.

La incidencia del *ne bis in Idem* puede darse en los supuestos de terminación anticipada de la causa por parte de la FE, tanto cuando se trate de una resolución que ponga término al proceso de forma definitiva (equivalente a las causas de nuestro sobreseimiento definitivo— inexistencia del hecho, que este no tenga relevancia penal, o que no sea constitutivo de delito, que respecto de los mismos hechos, haya recaído, previamente, resolución judicial, con efectos de cosa juzgada; la infracción o el plazo para ejercer la acción penal hayan prescrito, amnistía e indulto—), como cuando se trate de un sobreseimiento provisional (por insuficiencia de la prueba, es decir que no existan indicios o elementos probatorios suficientes, para atribuir la realización del hecho punible, a quien aparezca, como responsable de su comisión, o que el fundamento de la acusación resulte insuficiente para incoar, contra él un procedimiento penal)¹¹⁴.

112. Tanto es así que el artículo 86 del Tratado recoge un plan alternativo a la unanimidad requerida, al permitir que al menos nueve Estados miembros puedan crearla mediante un sistema de cooperación reforzada. Así dieciséis Estados miembros pusieron en marcha el mencionado procedimiento, al que se unieron posteriormente otros Estados. Finalmente, han sido veinte los Estados que han formado parte de la cooperación reforzada y adoptado el Reglamento por el que se crea la Fiscalía Europea. Los Estados que no se han adherido son: Hungría, Malta, Polonia, Suiza y los Países Bajos, aunque estos últimos (Países Bajos) han anunciado su intención de sumarse. Por su parte, Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido se han acogido a una cláusula de exclusión voluntaria.

113. Sobre los antecedentes y el iter de la elaboración del Reglamento pueden verse, entre la ya abundante bibliografía, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ G. «Hacia una Autoridad de Persecución Criminal Común para Europa (Reflexiones acerca de la Conveniencia de Crear una Fiscalía Europea y sobre el Papel de EUROJUST)», *La Ley Penal*, 2009. MORENO CATENA V. *Fiscalía Europea y Derechos Fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014; ESCALADA LÓPEZ M.^a L. «Los instrumentos de cooperación judicial europea: Hacia una futura Fiscalía Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n.º 47, 2014, pp. 117 y ss.; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA M. «Hacia la creación de la fiscalía europea: Estudio de la Propuesta de Reglamento de 17 de julio de 2013», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 118, 2016, pp. 238 y ss.; ESTÉVEZ MENDOZA L. M.^a «La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: Problemas orgánicos y procesales», *Revista de Estudios Europeos* n.º 1 (monográfico), 2017, pp. 108-122. PÉREZ MARTÍN M.^a A., «La futura Fiscalía Europea», en Jimeno Bulnes, M. *Aproximación legislativa vs reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo*, Barcelona: Bosch, 2018, pp. 265 y ss. AAVV (Bachmaier Winter L. Coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, 2018. MONTESINOS GARCÍA A. «La nueva Fiscalía para combatir el fraude y la corrupción transfronteriza: Orígenes, estructura y competencia material», en Barona Vilar S. (ed.), *Claves de la Justicia Penal. Feminización, Inteligencia artificial, Supranacionalidad y Seguridad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 471 y ss. CALDERÓN CUADRADO P. «La Fiscalía Europea. Alguna clave para su entendimiento», *Revista Boliviana de Derecho* n.º 29, 2020, pp. 230 y ss.; LUPARIA DONATI L., et al. «Origen y antecedentes de la Fiscalía Europea». *Grandes Tratados*, 2023, pp. 87-126. PÉREZ MARTÍN M.^a A. *La Fiscalía Europea. Fundamentos y competencias del órgano Penal de la Unión*. Edit. Atelier, 2024.

114. Cfr., sobre el particular, GIL GARCÍA F. S. «La terminación anticipada de la causa en el Reglamento de la Fiscalía Europea y su incidencia en el proceso penal español». *Revista de Estudios Europeos*, n.º 75, 2020, pp. 242-260, especialmente pp. 248-252.

También pueden aparecer conflictos referentes a la aplicación del *ne bis in idem*, en los llamados delitos indisociablemente vinculados¹¹⁵. Se trata de supuestos de conexidad entre delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión y otros delitos relativos a la participación en una organización delictiva definida en la Decisión Marco 2008/841/JAI (art. 22.2 Reglamento FE).

A este respecto, la D M en su Considerado 54 determina que «*la investigación eficiente de delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y el principio ne bis in idem pueden exigir, en determinados casos, que la investigación se amplíe con arreglo a la legislación nacional a otros delitos que estén indisociablemente vinculados con un delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión. El concepto de «delitos indisociablemente vinculados» debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia pertinente, la cual mantiene como criterio importante, para la aplicación del principio de ne bis in idem, la identidad de los hechos materiales (o hechos que sean sustancialmente iguales), entendida como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisociablemente vinculadas entre sí en el tiempo y en el espacio»*¹¹⁶.

3.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Inicialmente el TJUE tuvo que pronunciarse sobre el principio del *ne bis in idem*, sobre todo en el ámbito del Derecho de la competencia, cuyas autoridades autorizadas para aplicar sanciones administrativas eran tanto la Comisión Europea como las autoridades de los Estados nacionales competentes para imponerlas¹¹⁷.

Así se desprende de su abundante jurisprudencia en materia de competencia, sobre la que había tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones.

En algunas de esas Sentencias el TJUE determinó que las dobles persecuciones, una por la Comisión y otra por las autoridades nacionales, eran conformes al Reglamento 17/62 y no violaban el principio *ne bis in idem*, puesto que era

115. El art. 22.3 del Reglamento FE dice: «*La Fiscalía Europea también será competente respecto de cualquier otro delito que esté indisociablemente vinculado con un comportamiento constitutivo de delito incluido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del presente artículo. La competencia respecto de dichos delitos solo podrá ejercerse de conformidad con el artículo 25, apartado 3*».

116. Cfr. CALDERÓN CUADRADO P. «La Fiscalía Europea. Alguna clave para su entendimiento», op. cit., pp.259-261. Vid. también, SIXTO SEIJAS E. *Competencia material de la fiscalía europea: la problemática de los delitos indisociablemente unidos*. 2024.

117. Vid. WIL, «The principle of 'ne bis in idem' in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis», *World Competition*, nº 2, 2003.

diferente el ámbito de las disposiciones normativas europeas y el de las nacionales¹¹⁸.

A partir de ese momento el TJUE empieza elaborar una jurisprudencia en torno al Principio *de ne bis in idem*, como un principio del Derecho Comunitario Europeo, aplicable no sólo a sanciones penales sino también administrativas en materia de competencia, pero sometió la aplicación del principio general *ne bis in idem* en el área del Derecho de la competencia CE a un triple requisito: «identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido». Estos elementos utilizados por el Tribunal para definir el elemento *idem* no estaban en consonancia con la jurisprudencia en aquel momento emitida por el TEDH¹¹⁹.

Sin embargo, tal y como se ha puesto de relieve en las SSTJUE citadas en el apartado anterior (y a las que nos remitimos), el Tribunal de Justicia parece limitar el principio *ne bis in idem* al doble castigo y admitir el principio de descuento en lugar de prohibir el segundo castigo. Y ello a pesar de que el vigente Reglamento europeo sobre la competencia¹²⁰, establece un marco sólido para la colaboración entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, tratando de evitar los conflictos de jurisdicción y los problemas con el *ne bis in idem* a través de buenas prácticas de cooperación, pro sin prohibir de manera expresa una doble persecución como tal.

No fue hasta la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea y a la incorporación al Derecho de la UE, a través del Protocolo 19 anexo al Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea (TUE), del Convenio Schengen y del acervo Schengen que el principio *ne bis in idem* pasó a formar parte del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y a convertirse en un principio transnacional

118. Vid. el Asunto 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, [1969] ECR 3. No obstante, el TJUE también establece que, si bien si el resultado es la imposición de dos sanciones consecutivas, un requisito de justicia natural demanda que toda decisión punitiva previa deba ser tenida en cuenta para la determinación de cualquier sanción a imponer, invocando la proporcionalidad y aplicando el llamado principio de descuento.

119. Vid. STEDH caso *Zolotukhin*, ya citado, que contiene una concepción diferente del *idem factum*. Cfr. VERVAELE J. A.E. «Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», *InDret*, nº 1, 2014, pp. 1-33. La cita en págs. 12-13. Publicado también en *Utrecht Law Review*, Vol. 4, issue 3, 2013, pp. 211-219.

120. Reglamento (CE) Nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. D.O. 2003, L 1/1-25. En vigor desde el 1 de mayo de 2004. Accesible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj> (última consulta 20 julio de 2024). Sustituyó al marco procedimental para la aplicación de las normas de competencia de la UE establecido en el Reglamento 17 de 6 de febrero de 1962. El Reglamento 773/2004 estableció el marco procedimental para la aplicación del Reglamento 1/2003 y también entró en vigor el 1 de mayo de 2004.

europeo, que, además, con su formulación en el art. 50 de la CDF tiene la consideración de derecho fundamental en el ámbito de la UE¹²¹.

En el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal, el principio *ne bis in idem* se incluyó entre las prioridades de la UE.

En cuanto a la incidencia de los conflictos de jurisdicción en la problemática del *ne bis in idem*, la Comisión Europea elaboró en 2005 un Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *ne bis in idem* en los procedimientos penales¹²².

En 2003, Grecia presentó una propuesta de Decisión Marco el objetivo de sustituir a los arts. 54 a 58 del CAAS por nuevas normas jurídicas de la UE con el fin de garantizar la uniformidad tanto en la interpretación como la aplicación práctica de dichas normas, propuesta que no llegó a prosperar.

Posteriormente, y después de una segunda propuesta llevada a cabo por la Presidencia de la República Checa en orden a una Decisión Marco en la materia, la Comisión adoptó una Decisión Marco sobre esta cuestión¹²³, si bien tampoco esta DM determinó criterios uniformes de priorización de la jurisdicción competente en cada caso, por lo que ha sido la jurisprudencia del TJUE la que ha ido concretando el marco aplicativo¹²⁴.

Desde los asuntos acumulados *Gözütok y Brügge*¹²⁵, de manera constante los tribunales nacionales han presentado al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales con arreglo al art. 35 del TUE sobre la interpretación del art. 54 del CAAS, respecto de la relación y el alcance del elemento *bis* (*Gözütok y Brügge*, *Miraglia*¹²⁶, *Van Straaten*¹²⁷, *Turansky*¹²⁸) y la cláusula de ejecución (*Klaus Bour-*

121. Cfr. VERVAELE J. A.E. «Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», op. cit., p. 16.

122. COM (2005) 696 final y Commission Staff working document SEC (2005) 1767.

123. Decisión Marco 2009/948/JHA del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. DO L 328 de 15.12.2009, p. 42–47. Accesible en http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2009/948/oj (última consulta en 20 julio 2024).

124. Cfr. VERVAELE J. A.E. «Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», op. cit., p. 17.

125. STJUE de 11.02.2003 en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01). Petición de decisión prejudicial *Hüseyin Gözütok* (Asunto C-187/01) y *Klaus Brügge* (Asunto C-385/01), (2003) ECR I-5689.

126. Asunto C-469/03, sentencia de 10.03.2005.

127. Asunto C-150/05, sentencia de 28.09.2006.

128. Asunto C-491/07, sentencia de 22.12.2008.

*quain*¹²⁹ y *Kretzinger*¹³⁰), y sobre el fundamento y el alcance del elemento *idem* (*Van Esbroeck*¹³¹, *Van Straaten*, *Gasparini*¹³², *Kretzinger*, *Kraaijenbrink*¹³³).

La jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación y aplicación del principio *ne bis in idem*, ha ido evolucionando en los últimos tiempos y quedó patente en la Sentencia de 26 de febrero de 2013¹³⁴, *Akerberg Fransson* (resolviendo una cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal nacional sueco)¹³⁵. En dicha sentencia el tribunal marcó las líneas de lo que entendía por «carácter penal de las sanciones impuestas», en los supuestos de concurrencia de un procedimiento administrativo sancionador y un posterior proceso penal por los mismos hechos, y así estableció que «solo cuando la sanción fiscal tenga carácter penal en el sentido del artículo 50 de la Carta, y ya no pueda ser objeto de recurso, podrá considerarse que este artículo se opone a una acción penal por los mismos hechos contra la misma persona»¹³⁶.

Posteriormente, en la Sentencia *Luca Menci*, el Tribunal de Luxemburgo ha revisado y adaptado su jurisprudencia sobre el art. 50 CDFUE de acuerdo con la nueva interpretación de los límites de este principio realizada por la jurisprudencia del TEDH¹³⁷.

129. Asunto C-297/07, sentencia de 11.12.2008

130. Asunto C-288/05, sentencia de 18.07.2007.

131. Asunto C-436/04, sentencia de 9.03.2006.

132. Asunto C-467/04, sentencia de 28.09.2006.

133. Asunto, C-367/05, sentencia de 18.07.2007.

134. Hay que señalar, como cuestión preliminar, que la competencia del TJUE para examinar este asunto fue un presupuesto ampliamente discutido. Alegaron la falta de competencia cinco Estados miembros, la Comisión Europea e, incluso, el Abogado General. Sin embargo, el TJUE, reafirmó su competencia para conocer de este asunto. Cfr. STJUE asunto *Åkerberg Fransson* (cit.), apartados 16-31.

135. STJUE asunto *Åkerberg Fransson*, C-617/10, de 26 de febrero de 2013 (ECLI:EU:C:2013:105).

136. Cfr. MUÑOZ MARTINEZ Y. «La revisión del principio de no concurrencia de sanciones tributarias a la luz de la normativa y jurisprudencia europea», *Crónica Tributaria*, n° 139, 2011, p. 134. IDEM, «La interpretación del Principio *non bis in idem* en el Derecho de la Unión. Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de febrero de 2013», op. cit., p. 23. Vid., también SARMIENTO D. «El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en Arroyo Zapatero L./Nieto Martín A. (Coords.). *El Principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal Europeo e Internacional*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 37-64. HAVA GARCÍA E. «Contenido del principio *non bis in idem* en el Derecho de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 39, 2011. LOPEZ ESCUDERO M. «El principio *non bis in idem* en el Derecho de la Unión Europea». *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2023, n° 108, p. 54-58.

137. GARCÍA MORENO V. A. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la posibilidad de sancionar dos veces. Recientes aportaciones sobre el contenido del principio *non bis in idem*. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, Asunto C-524/15 — *Luca Menci*», *Diario la Ley* 9198, 16 de mayo de 2018. Vid. también, BARCIELA PÉREZ J.A. «El principio *non bis in idem* en el ámbito tributario a tenor de la reciente jurisprudencia del TEDH y el TJUE», *Revista Quincena Fiscal*, n°. 6, 2019, pp. 2 y ss. MACARRO OSUNA J.M. «La acumulación de sanciones administrativa y penal en el ordenamiento jurídico italiano y el principio “*ne bis in idem*”», *Revista Española de Derecho Financiero*, n° 185, 2020. LÓPEZ ESPEJO J. «La configuración del *non bis in idem* en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE como

La cuestión prejudicial en este caso trae causa de la condena impuesta al ciudadano italiano Luca Menci, como consecuencia del impago del IVA a través del procedimiento administrativo sancionador. Firme la resolución administrativa, un año después, la *Procura della Repubblica* insta la apertura de un proceso penal contra esta misma persona por los mismos hechos, al entender que el volumen del impago del IVA, dada su magnitud, podía ser constitutivo, a su vez, de un delito conforme al derecho penal sustantivo italiano. El Tribunal nacional suspendió el proceso penal y planteó la cuestión prejudicial de si podría haber una vulneración del *ne bis in idem*, conforme al art. 50 de la CDF. Aunque el TJUE ya se había pronunciado anteriormente sobre esta cuestión¹³⁸, en el sentido que hemos apuntado, es decir, si la sanción de carácter administrativo impuesta debía o no ser considerada una sanción de naturaleza penal conforme a los criterios derivados de *Engel* y establecidos por la jurisprudencia del TJUE para determinar si existía o no violación de ese derecho fundamental, da un paso más pues, ya no se limita a derivar al juez nacional la concurrencia de los criterios de determinación de la sanción administrativa como penal, es decir, la calificación jurídica en el Derecho nacional, la propia naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción impuesta, sino que el propio Tribunal entra a considerar si concurren o no esos criterios.

No obstante, recuerda el TJUE que, pese al examen efectuado sobre la naturaleza penal de la sanción administrativa, que la concurrencia de este extremo debe ser valorada en última instancia por el tribunal italiano en atención a las circunstancias del caso, tal y como había establecido ya en el caso *Akerberg Fransson*, ya citado. Pero con base en ese análisis preliminar efectuado declara abiertamente que tanto el procedimiento administrativo sancionador como la subsiguiente sanción firme impuestas en los antecedentes del litigio principal en Italia tienen naturaleza penal¹³⁹, y, por tanto, el mantenimiento de ambos procedimientos supone una limitación al derecho siguiendo en esto a la jurisprudencia ya expresada por el TEDH, señaladamente en el caso *A y B c. Noruega*, ya citado.

Finalmente aludir al planteamiento del *ne bis in idem* por el TJUE (también del TEDH), a diferencia de lo que ocurre en nuestro TC¹⁴⁰, como una garantía de

elemento de integración europea. Especial referencia al Derecho tributario sancionador». *Revista de Estudios Europeos*, nº 79, 2022, pp. 619-639.

138. Vid. SSTJUE asunto *Bonda* (cit.), asunto *Åkerberg Fransson* (cit.); asuntos acumulados *Orsi y Baldetti*, C-217/15 y C-350/15, de 5 de abril de 2017 (ECLI: EU:C:2017:264).

139. Cfr. HERNÁNDEZ LOPEZ A. «La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales», op. cit., pp.296-297.

140. Sobre la protección multinivel en el ámbito europeo, Vid., por todos MUÑOZ MACHADO S.» Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales de la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 50, 2015, pp.

naturaleza estrictamente procesal, y no material y procesal. De tal suerte que, si no existe más de un proceso punitivo contra la misma persona y por los mismos hechos, no hay vulneración del *ne bis in idem*, aun cuando en el seno del único proceso tramitado se haya impuesto más de un castigo en aplicación de normas distintas.

Este planteamiento, que se encontraba latente en muchos pronunciamientos previos, ha sido expresamente confirmarlo en dos relativamente recientes sentencias: la SIJUE de 3 de abril de 2019¹⁴¹, relativa a una doble sanción impuesta en un mismo procedimiento por una autoridad de la competencia nacional, y la STJUE de 4 de marzo de 2020¹⁴², relativa a una doble sanción impuesta en un mismo procedimiento por la Comisión Europea.

En ambas sentencias el TJUE adopta un enfoque estrictamente centrado en la vertiente procedimental del *ne bis in idem*, y considera que, *como corolario del principio de fuerza de cosa juzgada, este principio tiene por objeto avalar la seguridad jurídica y la equidad. Así pues, la protección que el principio ne bis in idem pretende ofrecer contra la repetición de diligencias dirigidas a imponer una condena carece de objeto en una situación en la que, en una misma resolución, se hace una aplicación paralela del Derecho nacional de la competencia y del Derecho de la Unión en materia de competencia*¹⁴³.

4. El principio *non bis in idem* en el Derecho Español

4.1. El principio *non bis in idem* en la Constitución Española

El principio *non bis in idem* no aparece expresamente regulado en la Constitución Española (CE), si bien se recoge implícitamente en los principios de legalidad y tipicidad que su artículo 25 predica de las infracciones administrativas y penales (en su denominada vertiente sustantiva o material con la finalidad de proteger la proporcionalidad del castigo), y ahí encuentra su fundamento¹⁴⁴, si

141. *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, as. C-617/17.

142. *Marine Harvest/Comisión*, as. C-10/18 P.

143. Cfr. BUENO ARMILLO A. «El principio «non bis in idem» en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español», *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, 2021, pp. 272-307. La cita en p. 279-280.

144. Así lo entiende un nutrido sector de la Doctrina, entre otros, QUINTERO OLIVARES G. «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *Revista de Administración Pública* nº 126, 1991, pp. 281 y ss. SUAY RINCON J. «La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia», *Justicia Administrativa* Número Extraordinario, 2001, p. 23. GARCÍA DE ENTERRÍA E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas. Madrid, 1985, p. 246. GARCÍA ALBERO R. *Non*

bien es cierto que hay quien encuentra el fundamento constitucional del *non bis in idem* en los principios de *proporcionalidad* (Vid. STC 54/1990, de 15 de octubre. F.J. 3) y de *cosa juzgada*¹⁴⁵.

Por otro lado, existe una vertiente procesal del *non bis in idem* formalmente reconocida en el art. 24 CE y destinada a garantizar el valor de la seguridad jurídica por la que se prohibirían repetidas exposiciones punitivas de un mismo sujeto, por un mismo hecho, lo que en el *common law* se conoce como doble enjuiciamiento.

Lo cierto es que, durante el debate parlamentario para la aprobación de la CE, el principio se recogía expresamente en los artículos 9.3 y 24.3 del anteproyecto de la Constitución. El artículo 9.3 sostenía: «*se reconocen los principios de publicidad y jerarquía normativa, de legalidad, de irretroactividad de las normas punitivas, sancionadoras, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales, de seguridad jurídica, de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos y de responsabilidad de los poderes públicos*». Por su parte el artículo 24.3 expresaba: «*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento. Tampoco puede ser impuesta una pena*». Conviene precisar que el texto de esta última disposición quedó incluido en el hoy artículo 25 de la CE y que las discusiones que se suscitaron, en torno al entonces artículo 24, estaban relacionadas con otros aspectos planteados en dicha disposición, pero no sobre el principio *non bis in idem*. Aprobado el texto definitivo se comprueba que el principio no aparece recogido como tal¹⁴⁶.

bis in idem. Material y concurso de leyes, Cedecs, Barcelona, 1995, p. QUERALT J. «Ne bis in idem: significados constitucionales», en *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1993, p. 891; DEL REY GUANTER S. *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 12; CANO CAMPOS T. «Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública* nº 156, 2001, p. 204.

145. Vid., al respecto DE LEÓN VILLALBA F.J. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Bosch, Barcelona, 1998, realiza un análisis del fundamento constitucional de principio *non bis in idem* siendo el hilo conductor de su estudio el concepto de seguridad jurídica. Esta noción se proyecta a través de los diversos principios: legalidad, proporcionalidad, al orden jurídico constitucional. Así, la seguridad jurídica se convierte en la piedra angular sobre la cual el sistema de valores informa al poder sancionador del Estado (Págs. 446-447). Sobre el fundamento constitucional del *non bis in idem* en el Ordenamiento español, vid., también, TORRES FERNÁNDEZ M. «El principio de *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional», *La Ley* 5070, 2000, págs. 1.547 a 1.553. RAMÍREZ-BARBOSA P. A. *El principio de non bis in idem como pilar fundamental del Estado de Derecho. Aspectos esenciales de su configuración*. 2008. NOGALES CLAVEL M. *Repensando el Principio Non Bis in Idem*. 2016.

146. Vid. Boletín Oficial de las Cortes, 1978, «Constitución española, Elaboración y aprobación de la constitución española», nº 44, disponible en: <http://narrros.congreso.es/constitución/constitución/elaboración/index.htm>. Citado por RAMÍREZ TORRADO M^a L. «El Criterio de Interpretación del principio *non bis in idem* previsto en el artículo 45.3 de la Constitución Española», *Revista Ius et Praxis*, Año 16, nº 1, 2010, pp. 287-302, nota 2.

No obstante, huelga subrayar que el citado derecho goza de indudable reconocimiento por parte de nuestros Tribunales en el ámbito del proceso penal, elevado incluso a principio constitucional, como demuestra la expresa y reiterada proclamación del mismo a través de una jurisprudencia constante y sin ambigüedades.

Su significado debe atender, según lo dispuesto en el art. 10.2 del texto constitucional, a lo establecido por los Tratados y Convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, destacando en este punto, el CEDH y sus Protocolos adicionales. En especial, como ya hemos adelantado, el art. 4 del Protocolo nº 7¹⁴⁷ recoge en el ámbito europeo el principio *non bis in idem*, estableciendo la prohibición de sancionar doblemente los mismos hechos, así como el desarrollo de dos o más procedimientos sancionadores cuando concurre identidad de los elementos identificadores de la acción (hechos, sujeto y fundamento)¹⁴⁸, sin perjuicio de la posibilidad de reabrir el proceso si aparecen hechos nuevos o nuevas revelaciones, o algún vicio esencial en el proceso anterior que pudiera afectar a la sentencia ya dictada¹⁴⁹.

Sin embargo, en el ámbito del ordenamiento español, sí se han planteado, como veremos, problemas interpretativos en relación con la posible invocación de este derecho en el procedimiento administrativo sancionador, dado que el artículo 24.2 CE contempla el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, y a determinadas garantías de tipo procesal, con especial referencia al orden penal, sin aludir de forma expresa al ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración.

4.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia

La jurisprudencia constitucional en torno a la delimitación y conceptualización de este principio no escrito fue fértil desde el principio. Ya en la STC2/1981, de

147. Este Protocolo entró en vigor con carácter general el 1 de noviembre de 1988, pero no fue ratificado por España hasta el 16 de septiembre de 2009, formando parte de nuestro ordenamiento interno desde su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

148. El precepto citado dispone que «*Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado*».

149. El TC ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la doble funcionalidad material y procesal del principio *non bis in idem* en numerosas ocasiones, entre las que destacan sus Sentencias de 30-enero-1951, 3-octubre-1953, 21- mayo-1954, 27-noviembre-1955, 14-febrero, 23-mayo y 5-julio de 1956, 19-febrero-1957, 1-julio-1959, 15-octubre-1990, 4-julio y 1 O-diciembre de 1991, 4-diciembre-1997, 12-enero y 15-junio de 1995. De igual forma, las Sentencias del TS de 6-mayo-1957, 23-marzo-1990, 5-julio y 5-octubre de 1991, 31-julio y 5-noviembre de 1995 y 13-febrero-1999, entre otras. Una recopilación de esta jurisprudencia puede verse en QUERALT JIMÉNEZ J. *El principio non bis in idem*, Tecnos, Madrid, 1992.

31 de enero, declaró su vigencia al precisar, que «no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....— que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración».

Dicha declaración implica la conceptualización del *ne bis in idem* como una garantía constitucional, en torno a los tres elementos identificadores (sujeto, hecho y fundamento), lo cual no impide que existan serias discrepancias a veces acerca de la consideración del «*idem*» o de su contrario respecto a determinadas sanciones, especialmente en el ámbito administrativo¹⁵⁰.

La STC 77/1983, de 3 de octubre, da un paso adelante al establecer la garantía procesal que este principio conlleva invocando la división de poderes y la correlación entre decisiones de la Administración y decisiones judiciales, considerando lógicamente supeditadas las primeras a éstas últimas, de acuerdo con lo que establece el propio art. 25.3 de la CE. Así, siguiendo en ello la interpretación dada por el TEDH al art. 4 del Protocolo 7 al CEDH, establece: «la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada. La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema», lo cual implica la determinación de este principio como una doble garantía constitucional, sustantiva y procesal. Este contenido procesal del *Ne bis in*

150. En general, puede decirse que la doctrina constitucional lo vincula al derecho a un proceso con todas las garantías. Así, en la STC 2/2003 de 16 de enero, FJ 3 b) inicialmente, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, «...sólo ha reconocido de manera expresa autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal (STC 159/1987, de 26 de octubre; ATC 1001/1987, de 16 de septiembre), de modo que la mera coexistencia de procedimientos sancionadores —administrativo y penal— que no ocasiona una doble sanción no ha adquirido relevancia constitucional en el marco de este derecho (STC 98/1989, de 1 de junio; AATC 600/1987, de 20 de mayo; 413/1990, de 26 de noviembre)».

idem, determina que el criterio a adoptar es el de la preferencia de los tribunales jurisdiccionales sobre los administrativos¹⁵¹.

Ahora bien, existe cierta confusión terminológica respecto de lo que sea la preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa. El TC, así como algunos autores, denominan como «procesal» a la regla de prevalencia de la jurisdicción penal, que considera como una vertiente del *bis in idem*. Sin embargo, algunos otros autores consideran que esa prevalencia no forma parte del contenido del derecho, y que sería más procedente, para evitar confusiones, referirse a la vertiente «formal» o «procedimental» del *bis in idem* para designar esa regla, reservando la noción de *bis in idem* «procesal» para la prohibición constitucional de doble enjuiciamiento¹⁵², toda vez que no forma parte de las garantías del derecho fundamental, sino que es un instrumento para prevenir su lesión. La regla de prevalencia de la jurisdicción, y la consiguiente regla de subordinación de la Administración, que a veces suele identificarse con la vertiente «formal» o «procedimental», y que se denomina, generando confusión, procesal del *bis in idem*¹⁵³.

La STC 159/1987, de 26 de octubre, desarrolla la vertiente procesal del *Ne bis in idem*, al declarar la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que «*en el ámbito... de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar —a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional— un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme*» (FJ 2), pues, además, con ello se arroja sobre el reo la «*carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional*» (FJ 3). Con esto el TC sitúa la garantía procesal del *ne bis in idem* en el radio de influencia del art. 24.2 CE, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en el orden jurisdiccional penal¹⁵⁴. De este modo, se

151. La preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa se pone de manifiesto en el art. 180.1 de la LGT cuando impone la paralización del procedimiento administrativo sancionador si la Administración estima la posible existencia de un delito, quedando éste suspendido a resultas de las actuaciones de la autoridad judicial. Dicha subordinación resulta, en el caso de no ser apreciada la existencia de delito, de la continuación del expediente sancionador sobre la base de los hechos declarados probados por el Tribunal penal. CANO CAMPOS T. «Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador», *Revista de Administración Pública*. nº 156, 2001, pp. 201-205.

152. Entre ellos, ALARCÓN SOTOMAYOR M. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., pp. 103 y ss.-175 y ss. ALCÁCER GUIRAO R. «El Derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal ...», op. cit., p. 27.

153. Cfr. IDEM, p. 27.

154. En relación al doble enjuiciamiento Penal, el Tribunal Constitucional lo sitúa en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en la STC 23/2008 de 11 de febrero, FJ 3, se dice: «...la prohibición de incurrir en

amplía el espectro normativo sustentador del *ne bis in idem*, que no sólo se apoya en el art. 25.1 CE sino también en este otro precepto, dedicado en exclusiva a garantizar el debido proceso.

A partir de ese momento, y determinados constitucionalmente los límites de este principio, nos encontramos con la STC 177/1999, que viene a pronunciarse sobre cuál es la solución en el supuesto de que el procedimiento administrativo fuese anterior al proceso penal. En esta sentencia el Alto Tribunal dice que:

«en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del ne bis in idem no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionales legitimados para el ejercicio del Derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental», por lo expuesto, «irrogada una sanción, sea de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento»¹⁵⁵.

No obstante, ello, el TC en su sentencia 2/2003, de 16 de enero, invocó la prioridad del orden jurisdiccional penal sobre el administrativo y ello pese a lo mantenido en la anterior sentencia estableciendo que *«la cuestión atinente a cuál es el órgano sancionador que actúa en primer lugar tiene relevancia constitucional a pesar de lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre»*¹⁵⁶, de

bis in idem procesal o doble enjuiciamiento penal queda encuadrada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretándose en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada (entendemos también cuando se ha dictado Auto de sobreseimiento definitivo) que, por tanto, en rigor, no cabe entender concurriendo un doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado en virtud del régimen de recursos legalmente previsto (Vid., SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; y 218/2007, de 8 de octubre, FJ 4)».

155. Vid., sobre esta Sentencia, VICENTE MARTÍNEZ, «Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio *ne bis in idem*)», *Actualidad Penal*, nº. 22, 2000, pp. 473 y ss.; CORCOY BISASOLO, GALLEGOS SOLER, «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito medioambiental: *non bis in idem* material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)», *Actualidad Penal*, nº. 8, 2000, pp. 159 y ss. CANO CAMPOS T. «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador», op. cit.

156. Esa era también la posición mantenida por el Voto particular a la STC 177/1999, de 11 de octubre, en el que se indica que *«la solución de dar preferencia a la primera sanción que deviene firme, aun cuando sea administrativa, en vez de dar preferencia a la sanción penal pronunciada por un Tribunal después de un proceso con todas las garantías, es una solución ajena a la norma constitucional»*. Vid., sobre el particular, RIBES RIBES A. *Aspectos procedimentales del delito de defraudación tributaria*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 105. ALARCÓN SOTOMAYOR L. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, op. cit., p. 137.

manera que «en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no pueden ceder ante las dictadas en aquélla». Por consiguiente, puede ser impuesta una ulterior sanción en un procedimiento penal sin infringir la prohibición del *bis in idem*, porque la jurisdicción penal prevalece sobre la Administración sancionadora¹⁵⁷.

En efecto, la STC (Pleno) 2/2003, de 6 de febrero, modificó la línea jurisprudencial mantenida hasta ese momento por el TC, e impuso una interpretación material de la vertiente sustantiva de la garantía de *bis in idem* basada en la salvaguarda de la protección de la proporcionalidad del castigo a través de la técnica del descuento entre sanciones administrativas y penales¹⁵⁸.

De este modo, gracias a la técnica de la compensación, no cabe anular el proceso y la condena penal posterior a una previa sanción administrativa a un mismo sujeto, por unos mismos hechos y con idéntica finalidad, en la medida que se descuenta la sanción administrativa abonada inicialmente en la multa penal impuesta mediante un proceso posterior, pues de este modo no se produce la desproporción punitiva que constituye el valor jurídico protegido en la vertiente material del *ne bis in idem*.

Ese mismo criterio ha seguido el Alto tribunal en la STC 2/2023, de 6 de febrero, que plantea la aplicación de la garantía *non bis in idem* cuando concurren sanciones y procedimientos penales y administrativos en la jurisdicción de menores.

MARINA JALVO B. «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem», *Revista de Administración Pública* n.º 162, 2003. JAÉN VALLEJO M. «Principio constitucional *non bis in idem* (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 584, Aranzadi, 2003. GÓRRIZ ROYO, «Sentido y alcance del *ne bis in idem* respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia constitucional (en especial en la STC 2/2003, de 16 de enero)», en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 2004, pp. 188 y ss.

157. Aquí el criterio del TC se ajusta al del TJUE. Por otro lado, si como resulta del art. 4 del Protocolo n.º 7, la prohibición de dobles procedimientos sancionadores sobre los mismos hechos solo se incumple si los dos procedimientos se han llevado a cabo con las debidas garantías, el desarrollo de un primer procedimiento administrativo sin respetar la preferencia del orden jurisdiccional penal no debe impedir la apertura de un segundo procedimiento sancionador, al incumplirse uno de los requisitos exigidos por la norma para aplicar el principio *non bis in idem*. Cfr. MARINA JALVO B. «*No bis in idem* y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 108, 2000, pp. 609 y ss. GARCÍA RIVAS N. «Alcance y Perspectivas del *Ne bis in Idem* en el espacio jurídico europeo», *Revista General de Derecho Penal*, 2017, n.º 27, pp. 18 y ss. ODRIÓZOLA GURRU-TXAGA «Duplicidad de sanciones administrativas y penales en la Unión Europea y en España. Comparación de la jurisprudencia europea y española desde la perspectiva del principio non bis in idem», en *Adaptación del Derecho Penal Español a la Política Criminal de la Unión Europea*, De La Cuesta Arzamendi J. L./ De La Mata Barranco N. J./ Blanco Cordero I. (Coords.), Thomson Reuters/Aranzadi, 2017, pp. 148 y ss.

158. Sobre la dificultad de hacer efectivo el *bis in idem* procedimental con el criterio constitucional, véase PÉREZ MANZANO M. «Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», *La Ley*, 5802, 2003, p. 13; ALARCÓN SOTOMAYOR L. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, 2008, pp. 181-182.

El TC entiende que no hubo vulneración de la garantía del *non bis in idem* procesal, ya que las resoluciones judiciales respetaron el derecho del menor a no ser sometido a un doble proceso cuando su expediente prosiguió tras el abono de la sanción. En el caso coexistieron dos vías sancionadoras: la penal, prioritaria, y la administrativa, subordinada y no finalizada en el momento de iniciarse la causa penal.

Por el contrario, estima que sí existió vulneración de la garantía del *non bis in idem* material, ya que los órganos judiciales no realizaron la compensación necesaria para evitar el exceso punitivo. De ello resulta la vulneración del derecho fundamental del recurrente a no sufrir una doble condena por los mismos hechos (art. 25.1 CE), dado que no existió realmente ningún «descuento» que garantizase el derecho a no ser condenado dos veces por los mismos hechos¹⁵⁹.

En este sentido es llamativo el contraste entre la jurisprudencia del TC español y la del TEDH. Como hemos expuesto, la doctrina constitucional española en relación con la llamada vertiente procedimental del principio *non bis in idem* se basa esencialmente en establecer la compatibilidad de ambos procedimientos en tanto en cuanto el administrativo no pueda por su complejidad equipararse al penal, mientras que la doctrina del TEDH considera otros múltiples factores¹⁶⁰.

5. Conclusiones

En el propio contexto de la UE disponemos de un reconocimiento múltiple de garantías del *ne bis in idem* con carácter transnacional: un principio general del Derecho de la UE en el marco del derecho de la competencia; el artículo 54 CAAS en el espacio de libertad, seguridad y justicia, las disposiciones de los instrumentos de cooperación judicial y RM y el artículo 50 CDF. El TJUE ha convertido el artículo 54 CAAS en un verdadero principio transnacional de derechos humanos. Sin embargo, este precepto no se aplica a todos los ámbitos de la política y el Derecho UE, sino que se limita al espacio de libertad, seguridad y justicia, y ni siquiera está claro si en este ámbito aún siguen teniendo valor jurídico las excepciones y reservas de los antiguos Estados Schengen.

159. Sobre el particular, CARPIO BRIZ D. «¿Comparar peras con manzanas? Sobre la naturaleza del recargo como sanción administrativa y sus efectos ante la doble desvaloración punitiva en el proceso penal de menores. Comentario a la STC 2/2023, de 6 de febrero», *InDret*, nº 1, 2024, pp. 573-582.

160. Esa diferencia ya estaba presente con anterioridad al caso de *A y B contra Noruega*; al respecto, vid., ALCÁCER GUIRAO R. «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem*...», op. cit., pp. 13-14. Vid. también, CARPIO BRIZ D. «El Canon Convencional sobre la prohibición de doble persecución y su repercusión en el sistema punitivo español», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº1, 2019, pp. 379-442.

El Principio *ne bis in idem* goza de una doble garantía constitucional sustantiva y procesal. Para el TCE, la «dimensión material o sustantiva» y la «dimensión procesal o formal» son dos vertientes, dos manifestaciones del mismo derecho, conectadas entre sí, pero distintas. Por el contrario, para el TJUE y para el TEDH, el verdadero contenido del principio *ne bis in idem* es el procesal, como derivación con caracteres propios, derivado del principio de cosa juzgada, es decir, la prohibición de someter a una misma persona por unos mismos hechos a un nuevo proceso, cuando ya ha recaído una decisión definitiva en otro proceso punitivo previo. La prohibición del doble castigo se derivaría, en su caso, como una consecuencia de esta prohibición procesal, pero no tendría sustantividad propia ni formaría, en rigor, parte de este principio¹⁶¹.

En este sentido es claro que el principio *non bis in idem* persigue la interdicción del doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos, garantía ésta reconocida en el ámbito doméstico de la totalidad de los países de la Unión Europea. El problema se plantea más en el ámbito de la posible aplicación transfronteriza del principio en las relaciones horizontales entre autoridades nacionales de diferentes Estados¹⁶², extendiendo la prohibición de doble persecución y condena también a procesos y condenas seguidas en diferentes jurisdicciones nacionales (sobre la base de la construcción de un principio *non bis in idem* como derecho fundamental en el seno de la UE)¹⁶³, y también en los supuestos en que, en el ámbito nacional, a la aplicación del *ne bis in idem* en relación con la múltiple persecución y condena en una misma jurisdicción de unos mismos hechos punibles, centrada en la problemática acumulación de procedimientos y sanciones en vía administrativa y en vía penal¹⁶⁴.

161. Cfr. BUENO ARMILLO A. «El principio «non bis in idem» en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español», op. cit., p.273.

162. SSTJUE asuntos *Gözütök y Brügge*, C-187/01 y C-385/01, de 11 de febrero de 2003 (ECLI: EU:C:2003:87); *Miraglia*, C-469/03, de 10 de marzo de 2005 (ECLI: EU:C:2005:156); *Van Esbroeck*, C-436/04, de 9 de marzo de 2006 (ECLI: EU:C:2006:165); *Gasparini*, C-467/04, de 28 de septiembre de 2006 (ECLI:EU:C:2006:610); *Van Straaten*, C-150/05, de 28 de septiembre de 2006 (ECLI: EU:C:2006:614); *Kretzinger*, C-288/05, de 18 de julio de 2007 (ECLI: EU:C:2007:441); *Kraaijenbrink*, C-367/05, de 18 de julio de 2007 (ECLI:EU:C:2007:444); *Bourquain*, C-297/07, de 11 de diciembre de 2008 (ECLI: EU:C:2008:708); *Turansky*, C-491/07, de 22 de diciembre de 2008 (ECLI:EU:C:2008:768); *Mantello*, C-261/09, de 16 de noviembre de 2010 (ECLI: EU:C:2010:683); *Baláž*, C-60/12, de 14 de noviembre de 2013 (ECLI: EU:C:2013:733); M, C-398/12, de 5 de junio de 2014 (ECLI: EU:C:2014:1057); *Spasic*, C-129/14, de 27 de mayo de 2014 (ECLI: EU:C:2014:586); *Kossowski*, C-486/14, de 29 de junio de 2016 (ECLI:EU:C:2016:483).

163. En este ámbito, el propio TJUE ha desarrollado un cuerpo jurisprudencial respecto de la aplicación transnacional del *ne bis in idem* en materia de acumulación de sanciones europeas y nacionales en relación al derecho de la competencia. Vid. SSTJUE asuntos *Walt Wilhelm y otros c. Bundeskartellamt*, C-14/68, de 13 de febrero de 1969 (ECLI:EU:C:1969:4); *Aalborg Portland y otros c. Comisión*, acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, de 7 de enero de 2004 (ECLI:EU:C:2004:6); *Showa Denko KK*, C-289/04 P, de 29 de junio de 2006 (ECLI:EU:C:2006:431); *Toshiba Corporation y otros*, C-17/10, de 14 de febrero de 2012 (ECLI: EU:C:2012:72).

164. En nuestro país el legislador español llegó incluso a incorporarla como garantía material de la proporcionalidad del reproche penal cuando se imponga por un mismo hecho una sanción a la persona física y a la

El principio *non bis in idem* se presenta también como una garantía para evitar una sanción no ajustada a la gravedad de la conducta, pero impedir una doble sanción no conlleva en todo caso aplicar el principio de proporcionalidad, ya que este puede satisfacerse mediante la acumulación de sanciones en su grado mínimo o, en su caso, la imposición del castigo más grave, como puede suceder en los concursos ideales de infracciones.

Por ello, las instancias jurisdiccionales internas, incluido el TC, o las internacionales, como el TEDH, a veces han confundido la proporcionalidad de la sanción con la aplicación del principio *ne bis in idem*. Así, se ha permitido la compensación de sanciones de la misma naturaleza, habiendo admitido incluso la posibilidad del doble enjuiciamiento¹⁶⁵. Pero el principio *ne bis in idem* comporta un solo castigo y un solo procedimiento en caso de que concurren los mismos sujetos, hechos y fundamento de la infracción, no el concurso, la compensación o la acumulación atemperada de los castigos¹⁶⁶.

En cualquier caso, su afirmación por el TEDH y el TJUE es indudable. Ambos tribunales ven como una anomalía que los Estados utilicen la vía administrativa sancionadora y la vía penal para determinar las consecuencias punitivas derivadas de una misma conducta y abogan, expresamente, por eliminar estos casos.

Así, pues, la adopción de estándares comunes en el ámbito europeo aumentará la confianza entre los distintos sistemas judiciales de los países de la UE, garantizando no sólo una protección uniforme, sino también la eficiencia de la cooperación judicial en ese ámbito, una cuestión que todavía está por realizarse pese a los esfuerzos efectuados sobre todo en el ámbito de la Unión Europea.

6. Bibliografía

AAVV (Bachmaier Winter L. Coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, 2018.
ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «TJCE —Sentencia de 03.05.2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*— C-303/05 —Cooperación Poli-

jurídica (inicialmente previsto en el art. 31 bis. 2 C. Penal introducido por la LO 5/2010 y reubicado en ap. 1 del art. 31 ter mediante la reforma operada por la LO 1/2015).

165. Vid., sobre el particular, UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y RIPOLL CARULLA S. «La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJUE *Melloni*, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)». *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 46, 2013, pp. 151-197. Vid., también, STJUE asunto *Menci*, C-524/15, de 20 de marzo de 2018 (ECLI:EU:C:2018:197).

166. CUBERO MARCOS J. I. *Revista de Administración Pública*, nº 207, septiembre-diciembre 2018, pp. 253-288. La cita en p. 258.

- cial y Judicial en Materia Penal— Orden de Detención Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 28, 2007, pp. 960 y ss.
- AGUILERA MORALES M. «El ne bis in idem: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea». *Revista Española de Derecho Europeo*, 2006, n.º 20, pp. 479-531.
- ALARCON SOTOMAYOR L. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- «El «non bis in idem» como principio general del derecho administrativo», en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo. La Ley*, 2010. pp. 387-426.
- ALCACER GUIRAO R. «El Derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», *Revista Justicia Administrativa*, n.º 61, 2013, pp. 25-52.
- AMALFITANO C. «Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», *Cassazione Penale*, n.º 1, 2012.
- ASENCIO MELLADO J. M^a *Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*, Tirant lo Blanc, 2015.
- BARCIELA PÉREZ J.A. «El principio non bis in idem en el ámbito tributario a tenor de la reciente jurisprudencia del TEDH y el TJUE», *Revista Quincena Fiscal*, n.º. 6, 2019, pp. 2 y ss.
- BELTRÁN DE FELIPE M. «La doble instancia en la impugnación jurisdiccional de las sanciones administrativas: una mirada oblicua a la sentencia del TEDH Saquetti c. España». *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 35, 2021, pp. 9 y ss.
- BERTAZZO S. «El derecho administrativo sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, 2015
- BLANCO CORDERO I. «El principio ne bis in idem en la Unión Europea», *Diario La Ley*, n.º 6285, 2005, pp. 1 y ss.
- BOUAZZA ARIÑO O. «El concepto autónomo de sanción en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (Dir. Rebollo Puig M./ Huergo Lora A./Guillén Caramés J./Cano Campos T.), Cizur Menor Thomson-Civitas, 2021a, pp. 309-333.
- BUENO ARMIJO A. «Non bis in idem en el Derecho europeo: garantía sustancial y procesal», en Montana Plata A. y Jorge Iván Rincón Córdoba J.I. (Eds.), *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción*, Universidad Externado, Bogotá, 2018, pp. 954-957.
- «El principio non bis in idem en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del Derecho español», *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2021, pp. 272-307.

- «La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, *Sabalić c. Croacia*, rec. n.º 50231/13», en Calzadilla Medina M. A./Martín Quintero R. (Dirs.), *El Derecho de la Unión Europea ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2022.
- CANO CAMPOS T. «Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública* n.º 156, 2001.
- «Los claroscuros del non bis in idem en el espacio jurídico europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 80, 2021, pp. 9-53.
- CARMONA CONTRERAS A. (Dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Manual de uso*, Aranzadi, Madrid, 2020, pp. 51-97.
- CARPIO BRIZ D. «Europeización y reconstrucción del non bis in idem —efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia, de 10 de febrero de 2009» en Mir Puig S./Corcoy Bidasolo M. (Dirs.), *Constitución y Sistema Penal*, Marcial Pons, 2012, pp. 223-244.
- «El Canon Convencional sobre la prohibición de doble persecución y su repercusión en el sistema punitivo español», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 2019, pp. 379-442.
- «¿Comparar peras con manzanas? Sobre la naturaleza del recargo como sanción administrativa y sus efectos ante la doble desvaloración punitiva en el proceso penal de menores. Comentario a la STC 2/2023, de 6 de febrero», *InDret*, n.º 1, 2024, pp. 573-582.
- COBREROS MENDEZ E. «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas, una imperiosa exigencia convencional y constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 118, 2020, pp. 17-48.
- CORCOY BISASOLO, GALLEGO SOLER, «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito medioambiental: non bis in idem material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)», *Actualidad Penal*, n.º. 8, 2000, pp. 159 y ss.
- CORDERO F. *Procedura Penale*, 7ª Ed., Milano, 2003.
- CUBERO MARCOS J. I. *Revista de Administración Pública*, n.º 207, septiembre-diciembre 2018, pp. 253-288.
- CUERDA RIEZU A. «La extradición y la orden europea de detención y entrega», *Revista Cenipec*, n.º 25, 2006, pp. 51-52.
- DANNECKER G. «La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa», *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, López Barja De Quiroga J./Zugaldia Espinar J. M. (Coords.), Madrid, 2004, pp. 157-176.
- DE HOYOS SANCHO M. «Eficacia Transnacional del non bis in idem y denegación de la Euroorden», *Diario La Ley* n.º 6330, 2005.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI J. L. «Sección IV. Competencias Penales Nacionales e Internacionales concurrentes y el principio *Ne Bis in Idem*. Relación General», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 3º y 4º Trimestre, nº 6, 2002, pp. 737-769.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. «La regla Non bis in idem en el Derecho Procesal Penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas», De La Oliva Santos A. (Dir.). *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Edit. Colex, 2008, pp.167-185.
- DEL REY GUANTER, S. *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- FERNANDEZ ROZAS J. C. «El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea», *La Ley*, nº 6097, septiembre 2004, pp. 1-18.
- FONSECA MORILLO, F., «La orden de detención y entrega europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, 2003, pp. 69 y ss.
- GAITO A. *Compendio di Procedura Penale*, Conso/Grevi (Coords.), 2ª Ed., Padova, 2003.
- GARCÍA ALBERO R. *Non bis in idem. Material y concurso de leyes*, Cedecs, Barcelona, 1995.
- GARCÍA CARACUEL, M: «Los límites derivados del principio ne bis in idem en la persecución del delito fiscal», *Nueva Fiscalidad*, nº.1, 2020, pp. 77-106.
- «El principio ne bis in idem en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE» en Caruso Fontan V. y Pérez Alberdi M.^a R. (Dirs.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Europeo de Protección de Derechos: una mirada interdisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 475-492.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas. Madrid, 1985.
- GARCÍA RIVAS N. «Alcance y perspectivas del ne bis in idem en el espacio jurídico europeo». *Revista General de Derecho Penal*, 2017, nº 27, pp. 18 y ss.
- GARIN A. «*Non bis in idem* et Convention Européenne des droits de l'homme. Du nébuleux au clair-obscur: état des lieux d'un principe ambivalent», *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, nº 106 2016, pp. 395-432.
- GIL GARCÍA F. S. «La terminación anticipada de la causa en el Reglamento de la Fiscalía Europea y su incidencia en el proceso penal español». *Revista de Estudios Europeos*, nº 75, 2020, pp. 242-260, especialmente pp. 248-252.
- GRANADOS PEREZ C. (Dir.) «La Criminalidad Organizada: Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos», *Cuadernos de Derecho Judicial II*, Madrid, 2001.
- GÓMEZ TOMILLO M. «Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», *InDret* nº 2, 2020, pp. 421-456.
- GONZÁLEZ CANO M.^a I. «Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio» non bis in idem» en los procedimientos penales». *Unión Europea Aranzadi*, nº 11, 2006, pp. 5-15.

- GÓRRIZ ROYO, «Sentido y alcance del *ne bis in idem* respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia constitucional (en especial en la STC 2/2003, de 16 de enero)», *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 2004, pp. 188 y ss.
- HAVA GARCÍA E. «Tribunal de Justicia de la Unión Europea-TJUE Sentencia de 16.11. 2010 (Gran Sala), Gaetano Mantello, C-261/09 «Cooperación judicial en materia penal Orden de detención europea Decisión marco 2002/584/JAI Artículo 3.2 Non bis in idem Concepto de los mismos hechos Sentencia firme en el Estado miembro emisor» Contenido del principio non bis in idem en el Derecho de la Unión». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, vol. 15, nº 39, pp. 523-540.
- «Contenido del principio non bis in idem en el Derecho de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 39, 2011.
- HERNANDEZ LOPEZ A. «La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales», *Revista de Estudios Europeos* nº extraordinario monográfico, 1-2019, pp. 286-304.
- JAÉN VALLEJO M. «Principio constitucional *non bis in idem* (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 584, 2003.
- JIMÉNEZ.GARCÍA F. «Blanqueo de capitales y Derecho internacional». *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, nº 10, pp. 216-230.
- JIMENO FERNANDEZ F. «Algunas Reflexiones sobre el principio *ne bis in Idem* y el artículo 54 del Convenio de Aplicación de Schengen (Comentario a la STJCE *Van Esbroeck* (C-436/2004) de 9 de marzo de 2006)», *Diario La Ley*, nº 6494, 2006, pp. 1-9.
- LEÓN VILLALBA F.J. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA J. *El Principio «Non bis in idem»*, Dykinson, Madrid, 2004.
- LOPEZ ESCUDERO M. «El principio non bis in idem en el Derecho de la Unión Europea». *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2023, nº 108, p. 54-58.
- LÓPEZ ESPEJO J. «La configuración del non bis in idem en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento de integración europea. Especial referencia al Derecho tributario sancionador». *Revista de Estudios Europeos*, nº 79, 2022, pp. 619-639.
- LÓPEZ GUERRA L. «Ne bis in idem» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 69, 2019, pp.9-26.
- «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 66, 2020, pp. 385-406.

- LOZANO CUTANDA B. *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, 1990.
- «Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa: «despenalización» y garantía», *Revista de Administración Pública*, nº 121, 1990, pp. 393 y ss.
- «La Sentencia Saquetti iglesias c. España impone la introducción de la Doble Instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas». *Revista de Administración Pública*, nº 213, septiembre — diciembre 2020, pp. 181-207.
- LUCHTMAN M. «The ECJ's recent case law on ne bis in idem: implications for law enforcement in a shared legal order», *Common Market Law Review*, Nº 44, 2018, pp. 1717-1750.
- MACARRO OSUNA J.M. «La acumulación de sanciones administrativa y penal en el ordenamiento jurídico italiano y el principio "ne bis in idem"», *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 185, 2020.
- MANGAS MARTÍN A. «Art. 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios», en Mangas Martín A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2008, pp. 832-837.
- MARINA JALVO B. «Non bis in idem y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 108, 2000, pp. 609 y ss.
- «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem», *Revista de Administración Pública* nº 162, 2003.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M: «La transformación del principio ne bis in idem a la luz de la reciente jurisprudencia del TEDH y TJUE en materia tributaria. Valoración de nuestro ordenamiento interno», en Merino Jara, I. (Dir.), *Derechos fundamentales y tributación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020.
- MARTÍNEZ CANTÓN S./ PÉREZ CORDÓN R. «La identidad de procedimientos en el principio non bis in idem ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 52, 2020, pp. 73-92.
- MARTÍNEZ MUÑOZ Y. *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia tributaria: un análisis jurisprudencial*. Aranzadi Editorial, 2002.
- «La revisión del principio de no concurrencia de sanciones tributarias a la luz de la normativa y jurisprudencia europea», *Crónica Tributaria*, nº 139, 2011.
- «La interpretación del principio non bis in idem en el Derecho de la Unión. Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de febrero de 2013», *Crónica Tributaria*, nº 4, Instituto de Estudios Fiscales, 2013, pp. 21-28.
- MAULET L., «Le principe ne bis in idem, objet d'un «dialogue» contrasté entre la Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour Européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, nº 109, 2017, pp. 107-130.

- MUÑOZ MACHADO S. «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 50, vol. 19, 2015, pp. 195-230.
- NIETO GARCÍA A. *Derecho administrativo sancionador*, 2012.
- NIETO MARTIN A. «Fundamentos Constitucionales del Sistema europeo de Derecho Penal», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2005.
- NOGALES CLAVEL M. *Repensando el Principio Non Bis in Idem*. 2016.
- ODRIOZOLA GURRUTXAGA «Duplicidad de sanciones administrativas y penales en la Unión Europea y en España. Comparación de la jurisprudencia europea y española desde la perspectiva del principio non bis in idem», en *Adaptación del Derecho Penal Español a la Política Criminal de la Unión Europea*, De La Cuesta Arzamendi J. L./ De La Mata Barranco N. J./ Blanco Cordero I. (Coords.), Thomson Reuters/Aranzadi, 2017, pp. 148 y ss.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ G. «Hacia una Autoridad de Persecución Criminal Común para Europa (Reflexiones acerca de la Conveniencia de Crear una Fiscalía Europea y sobre el Papel de EUROJUST)», *La Ley Penal*, 2009.
- PEREZ MARTIN M^a A. *La Fiscalía Europea. Fundamentos y competencias del órgano Penal de la Unión*. Edit. Atelier, 2024.
- PEREZ MANZANO M. «La prohibición constitucional de incurrir en “bis in idem”», Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- QUERALT J. «Ne bis in idem: significados constitucionales», en *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1993.
- QUINTERO OLIVARES G. «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *Revista de Administración Pública* nº 126, 1991, pp. 281 y ss.
- RAMÍREZ-BARBOSA P. A. *El principio de non bis in idem como pilar fundamental del Estado de Derecho. Aspectos esenciales de su configuración*. 2008.
- RAMÍREZ TORRADO M^a L. «El Criterio de Interpretación del principio *non bis in idem* previsto en el artículo 45.3 de la Constitución Española», *Revista Ius et Praxis*, Año 16, nº 1, 2010, pp. 287-302.
- RIBES RIBES A. *Aspectos procedimentales del delito de defraudación tributaria*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- RODRIGUEZ SOL L. «La investigación de la Delincuencia Económica en el Espacio Judicial Europeo», *Diario La ley*, nº 6278, mayo 2005.
- ROMERO PRADAS M. I. *El Sobreseimiento*, Valencia, 2002.
- RUBIO DE CASAS M.^a G. «Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Öztürk», *Revista de Administración Pública*, nº 104, 1984, pp. 275 y ss.
- SANCHEZ GARCIA DE PAZ I. *La Criminalidad Organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, 2005, Parte II.

- SANTOS VARA J. «El alcance del Principio *non bis in Idem* en el marco del Convenio Schengen (Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, *Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge*)», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1, mayo 2003.
- SARMIENTO D. «Ne Bis in Idem in the Case Law of the European Court of Justice», en B. van Bockel (ed.), *Ne bis in idem in EU Law*, Cambridge University Press, 2016, pp. 103-130.
- SIGUENZA LOPEZ J. *El Sobreseimiento Libre*, Edit. Cizur Menor, 2002.
- SIXTO SEIJAS E. *Competencia material de la fiscalía europea: la problemática de los delitos indisociablemente unidos*. 2024
- SOLDEVILLA FRAGOSO F. «Sentencia de gran impacto: Asunto Saquetti Iglesias v. España. STEDH de 30 de junio de 2020», *Actualidad Administrativa*, 9, 2020, Wolters Kluwer, pp. 1 y ss.
- SPINELLIS D. «The *ne bis in Idem* principle in «global instruments», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 3º y 4º trimestres de 2002, pp. 1149-1162.
- SUAY RINCON J. «La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia», *Justicia Administrativa* Número Extraordinario, 2001.
- TORRES FERNÁNDEZ M. «El principio de non bis in idem en la jurisprudencia constitucional», *La Ley* 5070, 2000, págs. 1.547 a 1.553.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y RIPOLL CARULLA S. «La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)». *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 46, 2013, pp. 151-197.
- VAN DEN WYNGAERT C. «Las transformaciones del Derecho Penal internacional en respuesta al reto del crimen organizado», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1º y 2º trimestres 1999, pp. 223-316, traducción de De La Cuesta Arzamendi J. L./Blanco Cordero I/Sánchez García De Paz I. «*Principales Instrumentos Internacionales (de Naciones Unidas y de la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una Organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio*», *Revista Penal* nº 6, 2000, pp. 3-14.
- VERA SÁNCHEZ J. S. «Ne bis in idem procesal y cosa juzgada en materia penal: ¿idéntico sentido normativo?». *Política criminal*, vol. 18, nº 35, 2023, pp. 433-459.
- VERVAELE, John AE. «El principio ne bis in idem en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, 2004.

—«Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?» *InDret*, 2014, pp. 1-33

VICENTE MARTÍNEZ, «Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio ne bis in idem)», *Actualidad Penal*, n.º. 22, 2000, pp. 473 y ss.

VIVES ANTÓN, T. «El ne bis in idem procesal, en los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia», *Consejo General del Poder Judicial*, 1992.

WEYEMBERGH A. «Le principe *ne bis in Idem*: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen », *Cahiers de Droit Européen*, n.º 3 y 4, 2004, pp. 337-375.

WIL, «The principle of '*ne bis in idem*' in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis», *World Competition*, n.º 2, 2003.

XIII | El *ne bis in idem*, un límite procesal al *jus puniendi*

Hernán Hormazábal Malarée¹
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL *NE BIS IN IDEM* HISTÓRICAMENTE HA SIDO UNA GARANTÍA FRENTE EL DOBLE PROCESO. 3. EL *NE BIS IN IDEM* EN LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES PARA UN MISMO HECHO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA Y EUROPEA. 3.1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC. 3.2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TJUE. 4. CONSIDERACIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Resulta difícil entender por qué el derecho penal, si se enfoca como una disciplina garantista que pone a disposición del intérprete ciertas y determinadas pautas de interpretación de las normas penales en beneficio de la seguridad jurídica y de la interdicción de la arbitrariedad, se suele explicar completamente desvinculado del derecho procesal penal. El penal y el procesal penal son dos disciplinas que se complementan. Si desde una perspectiva garantista el objetivo del derecho penal es asegurar una interpretación segura, previsible y fiable de la norma penal, el del procesal penal es el de garantizar que esas normas se aplicarán en un proceso que se desarrolle en un marco de respeto de derechos y libertades constitucionales.

Una de las garantías que sobresale en la aplicación de la norma penal es el principio *ne bis in idem*, que asegura que a una misma persona no se la va a procesar dos veces por el mismo hecho. Si se enfoca esta garantía como un límite del *jus puniendi*, se puede constatar que opera dentro del sistema penal no sólo en el momento de creación e interpretación de la norma penal sino también en el momento de su aplicación, cuando en el proceso se acredita ante el juez de la instancia, con el apoyo de una sentencia firme, que la misma

1. Al profesor Dr. Manuel Cachón Cadenas un excepcional jurista y una gran persona.

persona ya había sido enjuiciada por el mismo hecho². En tal caso, el juez de la instancia deberá, según cual sea la etapa en que se encuentre el proceso, disponer el sobreseimiento y archivo o bien dictar una sentencia absolutoria³.

Sin embargo, la constatación de un *bis in idem* se complica si se tiene en cuenta que el *jus puniendi* se encuentra fragmentado entre normas administrativas sancionadoras y normas penales y que cada una de ellas es aplicada por órganos jurisdiccionales sustancialmente diferentes, administrativos en un caso y judiciales en otro⁴.

En estos casos de concurrencia para un mismo hecho de normas sancionadoras administrativas y normas penales, al juez de la instancia se le presenta una vez superadas las dificultades de comprobar que los hechos son los mismos (el *idem*) y que la norma administrativa no sea complementaria de la penal (infra 3.2), el problema adicional de comprobar si esos hechos ya habían sido enjuiciados (el *bis*). Para ello deberá valorar, en primer lugar, si los procedimientos, el administrativo y el penal, son equivalentes; en segundo lugar, si la resolución administrativa firme que puso fin al procedimiento administrativo equivale a una sentencia judicial firme y si como esta tiene capacidad de producir efecto de cosa juzgada; y, en tercer lugar, si la resolución administrativa fue condenatoria, si la sanción administrativa equivale a una pena.

Ahora bien, como el principio *ne bis in idem* está previsto en la Constitución Española⁵ (en adelante CE) entre los derechos susceptibles del recurso de ampa-

2. En el momento de la creación de la norma la prevención del *bis in idem* obliga al legislador a observar una cuidadosa técnica legislativa que permita delimitar con claridad el ámbito de aplicación de cada norma, especialmente en aquellos casos en que existe el riesgo de que normas administrativas sancionadoras se solapen con ilícitos penales.

3. El momento procesal puede ser cualquiera durante la instrucción. En el procedimiento abreviado, de acuerdo con el artículo 786.2 LECrim será al comienzo del juicio oral en el momento de apertura del turno de intervenciones y en el ordinario, de acuerdo con el artículo 666 LECrim se alegará como artículo de previo pronunciamiento en el plazo que señala el artículo 667 LECrim. Sobre el particular TORRES FERNÁNDEZ M.E. «De nuevo sobre el principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional», La Ley N° 5824-2003, Madrid. Como acertadamente ha precisado esta autora, en la medida de que se trata de la vulneración de un derecho fundamental y ante la eventualidad de un recurso de amparo, por exigencia del artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional debe hacerse «tan pronto como, una vez conocida la violación hubiere lugar para ello».

4. BUENO ARMIJO, A., «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea». Revista de Administración Pública, N° 218-2022, pp. 171-206; ALCACER GUIRAO, R: «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», en Justicia Administrativa, Revista de Derecho Administrativo, Lex Nova, N° 61-2013, pp. 25-52; PÉREZ MANZANO M., «Reflexiones sobre el Derecho Fundamental a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», La Ley, N° 5802.2003, Madrid.

5. Como se verá el TC entiende que el *ne bis in idem* forma parte de los derechos al debido proceso del artículo 24 CE y del principio de legalidad del artículo 25 CE.

ro ante el Tribunal Constitucional⁶ (en adelante TC) y también en el artículo 4.1 del Protocolo N.º 7 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁷ (en adelante Protocolo 7) y en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸ (en adelante CDFUE o la Carta), de cuyo control de cumplimiento se encargan respectivamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), esta valoración debería hacerla el juez de la instancia de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que es posible identificar en las sentencias de estos tribunales⁹.

Sin embargo, entre los planteamientos doctrinales contenidos en las sentencias del TC español y los de los tribunales europeos, como se verá (infra 3), se aprecia una importante diferencia en lo que respecta al derecho que específicamente garantiza el principio *ne bis in idem*.

2. El *ne bis in idem* históricamente ha sido una garantía frente al doble proceso

La prohibición de la reiteración del proceso y eventualmente del castigo por un mismo hecho, más allá de la seguridad jurídica, se fundamenta, como todos los derechos y libertades, en el reconocimiento de la posición antinómica de la persona frente al Estado, el poder por antonomasia. Es a partir de este reconocimiento y del riesgo de un ejercicio abusivo de ese poder cuando surge la necesidad en un Estado Democrático de Derecho de establecer garantías a favor de las personas en sus relaciones con el Estado, especialmente en aquellos

6. Artículo 41. Uno de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución.

7. Artículo 4 Protocolo 7 TEDH. 1. Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. 3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio.

8. Artículo 50 CDFUE. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción. Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

9. También el *ne bis in idem* está previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 del que es Estado parte España. De acuerdo con el artículo 14.7 del Pacto «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país». El control de cumplimiento no es jurisdiccional, está a cargo de expertos integrados en un Comité de Derechos Humanos.

escenarios en que las ocasiones de arbitrariedad son múltiples. Entre esos escenarios se encuentra, sin duda, el del proceso penal. El individuo debe defenderse en el proceso penal, observando un ritual predefinido por el Estado, de una acusación que es sostenida por un agente de un poder del Estado y que resolverá otro agente de otro poder del Estado. En ese escenario el riesgo de abuso estatal se multiplica. Algunos abusos son imprevisibles y otros, sólo los más evidentes y posiblemente los más graves, son previsibles. En prevención de estos riesgos de abusos y a favor de las personas se establecen en el sistema penal de un Estado Democrático de Derecho las garantías procesales.

El principio *ne bis in idem* es precisamente una garantía pensada para prevenir el que quizá sea, como lo demuestra la experiencia histórica, uno de los abusos más previsibles que puedan tener lugar en el proceso penal, el de que una persona sea enjuiciada y condenada más de una vez por un mismo hecho.

Esta garantía ya aparece alrededor del año 1800 a. C., cierto que todavía en una forma embrionaria, en la Ley 5 del Código de Hammurabi. En esa Ley 5 se establecía un castigo para el juez que una vez que había dictado una sentencia cambiaba más tarde su decisión¹⁰. Aparece también en el Código de Justiniano (*Corpus Iuris Civilis*) en un texto de Ulpiano en el que dice con toda claridad que la autoridad no debe permitir que a un hombre se le responsabilice por el mismo delito del que ya había sido absuelto¹¹.

En la actualidad y legitimada por el liberalismo político la prohibición de un nuevo proceso por los mismos hechos está prevista desde su fundación en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica entre las garantías procesales contenidas en la Quinta Enmienda de su Constitución, exactamente en la llamada «Double Jeopardy Clause», que expresamente prohíbe que a una persona se la enjuicie por segunda vez por el mismo delito¹².

En el derecho europeo el *ne bis in idem*, según se ha visto antes, sin perjuicio de que también lo esté en las respectivas legislaciones internas de los Estados parte, está previsto en el artículo 4.1 del Protocolo 7 y en el artículo 50 CDFUE.

10. Código de Hammurabi. «Ley 5 Si un juez ha sentenciado en un proceso un documento sellado (una tablilla) con su sentencia, y luego cambió su decisión, este juez será convicto de haber cambiado la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces el reclamo que motivó el proceso y públicamente se le expulsará de su lugar en el tribunal y no participará más con los jueces en un proceso».

11. *Corpus Iuris Civilis*, Libro XLVIII, Título II, §7.

12. La Quinta Enmienda de la Constitución es de 1791. En ella se prevén garantías procesales, entre ellas la prohibición de un nuevo proceso por el mismo delito. Dice textualmente que «ninguna persona puede estar sujeta al riesgo de que por segunda vez se ponga en peligro su vida o integridad física por el mismo delito».

Como es sabido, en la Constitución Española no hay un texto que contemple expresamente el principio *ne bis in idem*. Ha sido el TC el que por vía interpretativa ha establecido que la prohibición de no ser procesado dos veces por el mismo hecho está comprendida en el derecho a un proceso con todas las garantías en los artículos 24. 1 y 2 CE. Pero, el TC al mismo tiempo y también con la etiqueta *ne bis in idem*, identificó lo que para una parte de la doctrina es otro derecho fundamental, con anclaje en el principio de legalidad y de tipicidad del artículo 25 CE, el de la prohibición de ser castigado dos veces por un mismo hecho. Para el TC el *ne bis in idem* tiene dos vertientes, una procesal o procedimental y una penal, material o sustantiva en cuyo núcleo está impedir el exceso punitivo no previsto en la ley¹³. Sin embargo, la circunstancia de que cada una de estas llamadas vertientes tenga diferentes contenidos, diferentes requisitos y diferentes fundamentos jurídicos lleva a pensar que más que vertientes del *ne bis in idem*, sería más propio considerarlas, de acuerdo con esa parte de la doctrina, derechos autónomos.

Para esta corriente de opinión la llamada vertiente procesal es propiamente el derecho al *ne bis in idem* que el TC fundamenta en el derecho a la seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, en la tutela judicial efectiva, en el derecho de defensa y en el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24. 1 y 2 CE¹⁴. Con la prohibición de enjuiciar por segunda vez por los mismos hechos a la misma persona se agota el contenido de esta garantía. La segunda pena es una consecuencia de la inobservancia de la prohibición de un nuevo proceso por el mismo hecho.

Por su parte, la llamada vertiente sustantiva o penal, aunque vinculada a la procesal, garantiza otra cosa, garantiza la legalidad de la pena, que con la duplicidad del castigo no se va a imponer otra pena que no sea la prevista en la ley. Esta vertiente que para el TC prevalece sobre la procesal¹⁵, se fundamenta, también como ella, en el derecho a la seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y, especialmente, en el principio de legalidad y tipicidad del artículo 25 CE y, además, en la medida que tiene por objeto impedir una reiteración punitiva, en el

13. STC 2/1981, FJ 4; antes SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.

14. SSTC 154/1990 de 15 de octubre y 2/2003 de 16 de enero, FJ 3 a) entre otras.

15. SSTC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 4 y 2/2003, de 16 de enero, FJ 9 y 10. BUENO ARMIJO, A., «Carácter procedimental...», ob. cit. nota 4; ALCACER GUIRAO, R: «El derecho a no ser sometido ...», ob. cit. nota 4; PÉREZ MANZANO M., «Reflexiones sobre...», ob. cit. nota 4; PUERTA SEGUIDO F. y BELTRÁN DE FELIPE M., «Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el *ne bis in idem*», Revista Española de Derecho Constitucional, año 24, Nº 71-2004, mayo-agosto, pp. 363-393.

principio de proporcionalidad vinculado al principio de justicia previsto en el artículo 1. 1 CE¹⁶.

De este modo, por sus diferentes fines y fundamentos el derecho a no ser castigado más de una vez, es decir a la que el TC llama vertiente sustantiva o penal del *ne bis in idem*, sería más propio considerarlo no como una vertiente, un aspecto o una manifestación de esta garantía, sino como otro derecho¹⁷.

Por otra parte, esta concepción que mantiene el TC del *ne bis in idem* como continente de dos derechos que aunque vinculados son autónomos, el procesal y el sustantivo penal, no coincide con la de los tribunales europeos que entienden que sólo prohíbe un nuevo proceso para un mismo hecho. Para los tribunales europeos el contenido del *ne bis in idem* es principalmente procesal. Donde el TC dice que el *ne bis in idem* es el derecho a no sufrir un nuevo castigo por el mismo hecho¹⁸, el TJUE y el TEDH estiman que ese derecho ya está garantizado con la prohibición de un nuevo enjuiciamiento. Si hay un único proceso no puede haber un doble castigo por el mismo hecho¹⁹.

En todo caso, conviene dejar claro que de ningún modo debe entenderse lo anterior como una crítica a la amplitud del contenido garantista del principio *ne bis in idem* que sostiene el TC. Para este órgano, como se ha visto, comprende tanto la prohibición de un nuevo enjuiciamiento como de una nueva pena por un mismo hecho. No se está proponiendo que se reduzca su ámbito exclusivamente a lo procesal de acuerdo con su origen histórico. Sólo se está afirmando que el aspecto sustantivo o penal es un derecho frente al riesgo de un doble castigo distinto del riesgo de un nuevo enjuiciamiento que previene el aspecto procesal. Los derechos protegidos tanto en la vertiente procesal como en la sustantiva son derechos fundamentales que se complementan.

16. STC 2/2023 de 6 de febrero, FJ 4 d). El principio de proporcionalidad se vería vulnerado con la imposición de una doble sanción por el mismo hecho. También SSTC 180/2004, de 7 de noviembre; 188/2005, de 4 de julio; 334/2005, de 20 de diciembre y 48/2007 de 12 de marzo.

17. BUENO ARMIJO A. en «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», ob. cit. nota 4 critica que el TC se refiera a dos vertientes del *ne bis in idem* y apunta que sería más correcto decir que, aunque vinculados, se trata de dos derechos independientes y que en tal caso sería más propio reservar la expresión *ne bis in idem* sólo para referirse a la prohibición procesal y propone la expresión *ne bis puniri* para la prohibición del doble castigo.

18. Para el TC la dimensión procesal del *ne bis in idem* cobra sentido a partir de su dimensión material. Como dice en la STC 177/1999 de 11 de octubre, FJ. 4 el enfoque primordial de esta garantía es el «sustantivo o material que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego».

19. BUENO ARMIJO A., «El principio *non bis in idem* en el derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español» en Anuario de Derecho Administrativo sancionador, 2021, pp. 271-307.

Además, para el TC tiene mucho sentido poner en primer término la vertiente penal o sustantiva que prohíbe el exceso punitivo ya que le permite sostener derechamente que la imposición de una sanción administrativa y una pena por un mismo hecho constituye una violación de principio *ne bis in idem* sin necesidad de valorar, como le exigiría la vertiente procesal, si el procedimiento y la sanción administrativa son equivalentes a un proceso y a una pena (infra 3.1)²⁰.

3. El *ne bis in idem* en los supuestos de concurrencia de sanciones administrativas y penales para un mismo hecho en la doctrina jurisprudencial española y europea

El *idem*, la exigencia que el hecho sobre el cual recaerá la reiteración procedimental sea el mismo, constituye el presupuesto de la prohibición de un nuevo enjuiciamiento. La doctrina jurisprudencial española y europea han estado de acuerdo en que el requisito del *idem* se cumple con la constatación de la coincidencia de personas, hecho y fundamento jurídico. No obstante, en fechas relativamente recientes los tribunales europeos decidieron que para establecer esa identidad no era necesario el requisito del fundamento ya que la calificación jurídica en el derecho nacional y el interés jurídico protegido pueden hacer que el alcance del artículo 50 de la Carta varíe de un Estado miembro a otro²¹. De esta manera, al juez de la instancia le bastará para acreditar el *idem* con constatar en una sentencia firme, independientemente de que sea absoluta o condenatoria, que hubo un proceso anterior contra la misma persona y por los mismos hechos²². De *idem crimen* se pasó a *idem factum*²³. De acuerdo con el *idem factum* sólo deben tomarse en cuenta los hechos materiales

20. En la STC 177/1999, de 11 de octubre se estimó que se vulneraba igualmente el *ne bis in idem*, pero en su vertiente sustantiva o penal cuando se impone una pena con posterioridad a una sanción administrativa por los mismos hechos que ha sido impuesta antes al cabo de un procedimiento administrativo que por su falta de rigor y de garantías no puede estimarse equivalente a un proceso penal. En el FJ 3 de esta sentencia se afirma que la «dimensión procesal del principio *ne bis in idem* cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material» y en el FJ 4 critica las sentencias del juzgado de la instancia que han considerado sólo la perspectiva procedimental «en que cristaliza la vertiente procesal desatendiendo su primordial enfoque sustantivo o material que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego».

21. STJUE caso Menci, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, párrafo 36.

22. SSTJUE caso Menci, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala; caso Nordzucker, de 22 de marzo de 20220 y caso bpost Gran Sala, de 22 de marzo de 2022.

23. La exclusión del requisito del fundamento jurídico especialmente a partir del caso Menci y de las dos sentencias de la Gran Sala del TJUE, bpost y Nordzucker, ambas de 22 de marzo de 2022, deja abierta la discusión sobre las consecuencias que, por ejemplo, en materia de concursos acarreará la reducción del *idem* de *idem crimen* a *idem factum*. BUENO ARMIJO, A., en ob. cit. notas 4 y 15.

para establecer la identidad entre el hecho enjuiciado administrativamente y el que lo ha sido o será penalmente.

Establecido el *idem* en los casos en que el proceso anterior y la resolución que le puso fin hayan sido administrativa, al juez de la instancia se le presenta a continuación el problema de valorar si hay un *bis*, es decir si ese procedimiento y esa resolución son suficientes para concluir razonablemente que, con el nuevo procedimiento por el mismo hecho, esta vez penal, se incurre en un *bis in idem*. Para esta valoración el juez ordinario español está vinculado a la doctrina jurisprudencial del TC que desde la STC 2/2003, de 16 de enero rechaza que en el derecho español un procedimiento administrativo pueda equipararse a un proceso penal y consecuentemente también rechaza categóricamente que en estos casos con un proceso penal posterior por el mismo hecho se infrinja el principio *ne bis in idem* en su vertiente procesal.

Como se había anticipado (supra 1. y 2.) la doctrina del TC español, elaborada a partir de las que este órgano llama dos vertientes del *ne bis in idem* y de que considera que el núcleo de esta garantía reside en la prohibición del doble castigo, difiere de la doctrina que los tribunales europeos han construido a partir de la interpretación del artículo 4 del Protocolo 7 y del artículo 50 CDFUE. El TJUE y el TEDH, por el contrario, entienden que en el núcleo del *bis in idem* está la prohibición de un doble proceso y que un procedimiento administrativo sancionatorio y una sanción administrativa bajo ciertas condiciones pueden ser considerados penales y, por tanto, suficientes para enervar un proceso penal por los mismos hechos²⁴ (infra 3.2).

3.1. La doctrina jurisprudencial del TC

Para el TC, como se ha visto (supra 2.), si bien en el principio *ne bis in idem* se engloban dos derechos fundamentales, el derecho a no ser procesado y el derecho a no ser castigado por un mismo hecho más de una vez, es este último el que prevalece sobre el primero. La garantía material, sustantiva o penal, según el TC, es la que le da sentido a la procesal o procedimental.

24. STJUE caso Menci, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, párrafos 30 y 31. El TJUE para decidir si un procedimiento y una sanción administrativos tienen o no carácter penal en el sentido del artículo 50 de la Carta recurre a los criterios Engel que permiten bajo ciertas condiciones asimilar una sanción formalmente administrativa a una pena y precisa que «la aplicación del artículo 50 de la Carta no se limita únicamente a los procesos y sanciones que el derecho nacional califica de «penales», sino que se extiende —con independencia de su calificación en Derecho interno— a procedimientos y sanciones que deban considerarse de carácter penal» por su finalidad represiva o por un cierto grado de gravedad. Los criterios Engel se encuentran en la STEDH Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976, §§ 82, 83. También en la STJUE, Gran Sala caso Bonda, de 5 de junio de 2012, párrafo 37.

Ahora bien, en lo que respecta a los casos de concurrencia de sanciones administrativas y penales para un mismo hecho la doctrina actual se inició con la ya citada STC 2/2003 de 16 de enero²⁵ (supra 3). Esta sentencia del TC, que ha dado lugar a importante literatura jurídica, reafirma que en estos casos de concurrencia prevalece la dimensión sustantiva o penal. En referencia a la aplicabilidad de la garantía procesal del *ne bis in idem* sostiene que un procedimiento administrativo no puede equipararse a un proceso penal reduciendo con ello el ámbito de aplicación de este aspecto de esta garantía sólo a los casos en que ambos procesos, el anterior y el ulterior, tienen naturaleza penal ya que el efecto de cosa juzgada no puede atribuirse a la resolución administrativa²⁶. El TC en la sentencia simplemente negó, sin ningún razonamiento, que el procedimiento administrativo tal como está regulado actualmente pueda equipararse en cuanto a complejidad y garantías a un procedimiento penal y también negó que la resolución administrativa firme que pone fin a ese procedimiento pueda producir efecto de cosa juzgada²⁷.

En efecto, el TC sin desconocer en armonía con el TJUE (infra 3.2) que en general la concurrencia de un procedimiento administrativo sancionador y uno penal puedan llegar a equipararse y que un segundo proceso vulnere el derecho a no ser sometido a doble proceso penal, descartó específicamente tal posibilidad en el derecho español porque con *«la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos...»*²⁸. En lo que respecta al efecto de cosa juzgada, el TC sencillamente rechazó que una resolución administrativa pueda producir tal efecto ya *«que, en sentido estricto, dicho efecto es predicable tan solo de las resoluciones judiciales, de modo que sólo puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuyo haz de garantías se ha reconocido el respeto a la cosa juzgada...»*²⁹.

25. Esta sentencia del Pleno cambió radicalmente la doctrina que hasta esa fecha estimaba que en los casos en que a un procedimiento administrativo le sucedía uno penal por los mismos hechos se vulneraba la vertiente penal del *ne bis in idem*. La doctrina anterior arrancó con la STC 177/1999, de 11 de octubre y continuó con la STC 152/2001, de 2 de julio. Ver PÉREZ MANZANO M. en ob. cit. nota 4; PUERTA SEGUIDO F. y BELTRÁN DE FELIPE M., «Perplejidades acerca de los vaivenes ...», ob. cit. nota 15; ALCÁCER GUIRAO, R, ob. cit. nota 4.

26. En el apartado e) del FJ 2 de la sentencia se advierte *«que la avocación al Pleno del presente recurso de amparo se ha efectuado para ejercer las facultades de revisión de la doctrina constitucional precedente conferidas al mismo por el artículo 13 LOTC, a los efectos de apartarnos de la doctrina contenida en las SSTC 177/1999, de 11 de octubre y 152/2001, de 2 de julio...»*. PUERTA SEGUIDO F. y BELTRÁN DE FELIPE M., «Perplejidades acerca de los vaivenes ...», ob. cit. nota 15.

27. STC 2/2003, de 16 de enero, FD 7, 8 y 9.

28. STC 2/2003, de 16 de enero, FD 8.

29. STC 2/2003, de 16 de enero, FD 7.

A las anteriores consideraciones del TC dirigidas a fundamentar la inaplicabilidad del derecho al ne bis in idem en los casos en que la resolución previa sea administrativa, el TC suma la de la prevalencia penal o preferencia de la vía penal si un hecho ha sido calificado al mismo tiempo como ilícito administrativo y como ilícito penal³⁰. Como dice literalmente el TC «una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal»³¹.

En los casos en que tanto la resolución administrativa anterior como la sentencia penal posterior han sido condenatorias el TC estima que, si bien no puede apreciarse *ne bis in idem* en lo que llama su vertiente procesal, sí puede estimarse que en el proceso penal ulterior puede haberse infringido esta garantía en su vertiente sustantiva o penal por el exceso punitivo que puede resultar de la suma de la sanción administrativa anterior con la de la pena posterior. El TC destacó que en estas situaciones no puede pasarse por alto que la sanción penal sumada a la administrativa podía suponer una reiteración sancionadora prohibida por el art. 25.1 CE³². El TC admitió que en estos casos para evitar el resultado del doble castigo se descuenten en el momento de la ejecución de la pena las cantidades pagadas con anterioridad. El descuento de las cantidades pagadas está dentro de la lógica del TC cuando afirma que el núcleo esencial del *ne bis in idem* sustantivo o penal «reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente»³³.

De este modo, el TC teniendo en cuenta que en este caso concreto el juez ordinario había descontado la multa administrativa en ejecución de sentencia, la conclusión no podía ser otra que la de estimar que no hubo una lesión del ne bis in idem «dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concre-

30. STC 2/2003, de 16 de enero, FD 7,8, 9 y 11. La preferencia del orden penal, como han destacado PUERTA SEGUIDO F. y BELTRÁN DE FELIPE M., «Perplejidades acerca de los vaivenes ...», ob. cit. nota 15, se apoya en a) el hecho de que las garantías procesales del artículo 24 CE sólo operan con plenitud en el proceso penal y no por su sencillez en el administrativo; b) por la regla general en el derecho español de paralizar el procedimiento administrativo cuando concurre con un proceso penal; c) El reproche penal que sólo puede hacer el juez penal impone la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración; d) El orden cronológico tiene importancia. Una intervención administrativa anterior no puede anular el castigo de una sentencia penal posterior ya que esta sentencia no ha vulnerado el derecho a no ser castigado en más de una ocasión por los mismos hechos ya que el procedimiento administrativo no es equiparable a uno penal.

31. STC 2/2003, de 16 de enero, FD 9.

32. STC 2/2003, de 16 de enero, FD 6.

33. Ibidem

to...permite concluir que no ha habido una duplicación —bis— de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente prescrito por el art. 25.1 CE»³⁴.

Más adelante, el TC en otra sentencia y siempre dentro de la misma lógica concluyó que *«no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando aun partiendo de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y a evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material el descuento provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada»*³⁵.

En una sentencia reciente del año 2023 el TC concluyó que, si bien la pena impuesta con posterioridad a una sanción administrativa por un mismo hecho vulnera la garantía *ne bis in idem*, como su objetivo es evitar el exceso punitivo, el juez ordinario debe *«descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora ya que, desde la estricta dimensión material, (el descuento) provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada»*³⁶.

De esta forma, como puede apreciarse, el TC de un plumazo excluye toda posibilidad de que pueda apreciarse una vulneración del principio *ne bis in idem* en los supuestos en que la resolución sancionadora firme anterior a la apertura de un proceso penal por los mismos hechos haya sido administrativa. Rechaza en estos casos el *ne bis in idem* procesal porque como la resolución administrativa firme no puede equipararse a una sentencia penal firme puesto que, como no es el resultado de un proceso con el rigor de un proceso penal, esa resolución no puede producir efecto de cosa juzgada. Y con respecto al *ne bis in idem* sustancial o penal establece una fórmula de «blanqueo» del *ne bis in idem* consistente en descontar en la ejecución de la sentencia penal posterior si ha sido condenatoria, la condena anterior para evitar el exceso punitivo³⁷.

34. Ibidem

35. STC 334/2005 de 20 de diciembre, FJ 2

36. STC 2/2023 de 6 de febrero, FJ 4 c); STC 2/2003 de 16 de enero, FJ 6: «...el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el doble reproche aflictivo, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto». El exceso punitivo es la consecuencia de la arbitrariedad y abuso del derecho que subyace con el nuevo proceso que provoca la imposición de una doble sanción por el mismo hecho. En el mismo sentido SSTC 180/2004, de 7 de noviembre; 188/2005, de 4 de julio; 487/2005, de 28 de mayo; 48/2007, de 12 de marzo; 806/2007, de 18 de octubre; 477/2020, de 28 de septiembre; 434/2021 de 20 de mayo.

37. PUERTA SEGUIDO F. y BELTRÁN DE FELIPE M., «Perplejidades acerca de los vaivenes ...», ob. cit. nota 15 se preguntan «¿Qué ocurre cuando los contenidos de la sanción y de la condena no son equivalentes, absorbibles o compensables? Por ejemplo: de un lado una sanción que implique la revocación de una licencia o la

3.2. La doctrina jurisprudencial del TJUE y del TEDH

De la lectura de los preceptos que consagran la garantía *ne bis in idem* en los artículos 50 CDFUE y 4 Protocolo 7 no se puede concluir otra cosa que es una garantía esencialmente procesal, que es un límite un límite al *jus puniendi* que opera en el momento de la aplicación de la norma sancionadora sea administrativa o bien penal.

En efecto, en el artículo 50 CDFUE después del epígrafe «derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción» se dice que «nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley». Por su parte, en el artículo 4 del Protocolo 7 se señala «1. Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado».

Como puede apreciarse el artículo 50 CDFUE prohíbe con toda claridad la acumulación de procedimientos y sanciones penales contra una misma persona por un mismo hecho, pero, tanto el TJUE como el TEDH han entendido que dentro de la prohibición también se comprende, si reúnen las condiciones que estos mismos organismos han establecido para que puedan ser equiparados, la acumulación de procedimientos y sanciones administrativas³⁸.

De esta manera, de acuerdo con los tribunales europeos se debe apreciar un *bis in idem* procesal, si comprobado que el hecho es el mismo se estima que la resolución administrativa firme que impuso la sanción puede ser considerada una «sentencia penal firme conforme a la ley» y «al procedimiento penal de ese Estado» como exigen el artículo 50 CDFUE y el artículo 4 Protocolo 7 y, por tanto, suficiente con el solo inicio³⁹ de un posterior nuevo procedimiento, para sostener fundadamente una violación del principio *ne bis in idem*.

Para resolver sobre la base de qué criterios se va a decidir si la resolución administrativa firme que impone una sanción puede ser considerada una «sentencia

prohibición para contratar con la Administración, o la pérdida de una subvención y de otro una condena de privación de libertad».

38. STEDH Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976, §§ 82, 83. STJUE, Gran Sala caso Bonda, de 5 de junio de 2012, párrafo 37.

39. LÓPEZ GUERRA, L., «Non bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Revista Española de Derecho Europeo 69-2019. Como señala este autor «de acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo, el citado artículo contiene tres garantías distintas: que nadie puede ser 1) perseguido 2) juzgado o 3) condenado dos veces por los mismos hechos».

penal firme conforme a la ley» y «*al procedimiento penal de ese Estado*» el TEDH ha señalado que el concepto «*proceso penal*» debe ser interpretado poniéndolo en relación con las expresiones «*acusación penal*» y «*pena*» contenidas en los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo y que para establecer si hubo o no una «*acusación penal*» hay que atender a criterios materiales⁴⁰.

El TJUE, por su parte, como antes lo hizo el TEDH⁴¹, también estima que un procedimiento y una resolución administrativa firme si reúnen ciertas condiciones puedan, en el caso de un nuevo procedimiento, esta vez penal por los mismos hechos, tener validez para apreciar un *bis in idem*. En tales supuestos condiciona la aplicabilidad de esta prohibición al hecho de que puedan ser considerados equivalentes a un proceso penal y a una pena conforme a las pautas establecidas en su jurisprudencia.

Así lo deja muy claro el TJUE en la sentencia del caso Menci del año 2018⁴², con razonamientos, además, perfectamente compatibles con la interpretación del artículo 4 Protocolo 7⁴³ que había hecho en 2016 el TEDH en el caso A y B contra Noruega⁴⁴, cuando precisa que la cuestión a resolver es si el procedimiento y la sanción administrativos irrevocable tienen o no carácter penal en el sentido del artículo 50 CDFUE. Como criterios valorativos, aparte de la calificación jurídica que pudiera haberse hecho en el derecho interno y distanciándose de aspectos puramente formales, señala los criterios materiales que fijara en 1976 el TEDH en el caso Engel en el sentido de que si se aprecia en la sanción alternativamente una naturaleza represiva o un cierto grado de gravedad debe considerarse que tiene carácter penal⁴⁵.

40. STEDH Goulandris and Vardinogianni v. Greece de 16 de junio de 2022, § 51.

41. En la STEDH de 21 de febrero de 1984, caso Öztürk c. República Federal de Alemania se incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también las de carácter administrativo atendiendo a su contenido punitivo y considerando irrelevante la denominación que se le ha dado en la legislación interna. En las SSTEDH de 23 de octubre de 1995, caso Gradinger c. Austria; de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria; de 30 de mayo de 2002, caso W. F. c. Austria; de 6 de junio de 2002, caso Sallen c. Austria a los efectos del art. 4 del Protocolo 7 CEDH se valoran como equivalentes la persecución y castigo penal en el seno de un proceso penal y el procedimiento y la sanción administrativas.

42. STJUE caso Menci, de 20 de marzo de 2018, párrafos 26 y sgtes.

43. STJUE Gran Sala, caso bpost, de 22 de marzo de 2022, párrafo 23. El TJUE deja expresa constancia de que en la medida que el artículo 50 de la Carta contiene un derecho que se corresponde con el que se establece en el artículo 4 Protocolo 7 en virtud de lo que señala el artículo 52, 3 de la Carta debe «*de tenerse en cuenta el artículo 4 del Protocolo nº 7 de ese Convenio para interpretar el artículo 50 de la Carta...*».

44. STEDH caso A y B contra Noruega de 15 de noviembre de 2016.

45. STEDH caso Engel y otros contra Países Bajos de 8 de junio de 1976, párrafos 82, 83. El TEDH sostiene en esta sentencia que la clasificación legal de los hechos que haya podido hacer el propio Estado no puede ser el único criterio para la aplicación del principio *ne bis in idem*, que su valor es relativo y que la decisión debe fundarse en criterios como la naturaleza o esencia misma de la infracción o el grado de severidad de la sanción. Desde entonces se conocen estos criterios como los «criterios Engel».

El TEDH manteniéndose en la misma línea de establecer pautas de valoración, en 2006, años después del caso Engel, precisó que para resolver si el proceso tiene o no carácter penal no debe atenderse a si la sentencia es formalmente el resultado de un procedimiento administrativo, sino a si ese procedimiento materialmente se puede asimilar a un «*procedimiento penal*» que se ha sustanciado con todas las garantías⁴⁶. En sentencias posteriores el TEDH ha sostenido con coherencia que no es necesario que la resolución provenga de una autoridad judicial, sino que es suficiente con que provenga de una autoridad que, de acuerdo con las leyes nacionales, tenga facultades para establecer y sancionar las infracciones que se le han atribuido a la persona⁴⁷.

Por su parte el TJUE en lo que respecta a la cuestión de si el procedimiento y la sanción administrativos que se impone al término de ese procedimiento tienen o no carácter penal en el sentido del artículo 50 de la Carta recurre también a los criterios Engel que, como se vio anteriormente, permiten bajo ciertas condiciones asimilar una sanción formalmente administrativa como a una pena y precisa que «*la aplicación del artículo 50 de la Carta no se limita únicamente a los procesos y sanciones que el derecho nacional califica de «penales», sino que se extiende —con independencia de su calificación en Derecho interno— a procedimientos y sanciones que deban considerarse de carácter penal*» por su finalidad represiva o por un cierto grado de gravedad⁴⁸.

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y del TEDH un procedimiento y una sanción administrativa pueden, si se cumplen las condiciones señaladas, considerarse penales a efectos del *ne bis in idem*.

El riesgo de acumulación, obviamente, lo crea la concurrencia dentro de un determinado espacio social de normas reguladoras de carácter administrativo y penal. En la jurisprudencia de los tribunales europeos, sin embargo, actualmente se aprecia una tendencia a admitir la convergencia de sanciones administrativas y penales en determinados espacios de la vida social siempre que estas normas sean complementarias. En tal caso la reiteración punitiva no in-

46. STEDH Tsonyo Tsonov c. Bulgaria (No2) de 13 de abril de 2006, §56.

47. STEDH Mihalache v. Rumania, Gran Cámara, de 8 de julio de 2019, §§ 93-95. En este caso la Gran Cámara concluyó que la intervención judicial no es necesaria para que la sentencia sea considerada como sentencia absolutoria o condenatoria firme en los términos del citado artículo y sostuvo en el párrafo 95 que «*lo que importa en cada caso es que la decisión de que se trate provenga de una autoridad que forma parte de la administración de justicia conforme al sistema legal nacional y que esa autoridad de acuerdo con las leyes domésticas sea competente para establecer y castigar cuando proceda la conducta ilegal de la que se acusa a la persona*».

48. STJUE caso Menci, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, párrafos 30 y 31.

fringiría el principio *ne bis in idem*⁴⁹. El límite estaría en el respeto del contenido esencial del principio *ne bis in idem*.

En efecto, el TJUE, sobre la base del artículo 52.1 CDFUE⁵⁰ ha admitido la acumulación de sanciones, en el entendido que el artículo 50 CDFUE no impone como obligaciones alternativas sancionar penal o administrativamente. Es suficiente, de acuerdo con el citado artículo 52. 1 CDFUE a) que haya una previsión legal; b) que se respete su contenido esencial; c) que sea necesaria para proteger un motivo de interés general o un derecho fundamental; d) respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad⁵¹.

4. Consideraciones finales

Hay varias razones que explican que, pese a su secular presencia en la historia del derecho, el principio *ne bis in idem* sea todavía un tema de interés actual. Quizá la más inmediata se deba al hecho que junto a las normas penales concurren normas sancionadoras administrativas que, al incidir en el mismo espacio de la vida social, puedan llegar a solaparse. Cuando ello ocurre el jurista, partiendo de la premisa de que en el *jus puniendi* están integradas las normas sancionadoras administrativas, debe resolver en los supuestos en que ha habido una sanción administrativa previa, si con el proceso penal posterior se sobrepasó un límite al *jus puniendi*, o dicho en otra forma, si se vulneró el *ne bis in idem*. Y ha sido precisamente este problema el que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia en la que es posible identificar una doctrina jurisprudencial del *ne bis in idem*. Esta doctrina jurisprudencial, sin embargo, como se ha visto, no es única (supra 2). Hay dos corrientes doctrinales jurisprudenciales, la del TC y la de los tribunales europeos que difieren en los que respecta al derecho garantizado en el *ne bis in idem*. Para los tribunales europeos es sólo una garantía que en esencia previene un segundo proceso por los mismos he-

49. STJUE caso Menci, de 20 de marzo de 2018; STEDH caso A y B contra Noruega, de 15 de noviembre de 2016. Como normas complementarias pueden considerarse las normas sancionadoras administrativas que pueden acumularse a las penas cuando el afectado se encuentra, como dice el TC, en una relación de sujeción especial con la Administración. Ver STC 234/1991, de 10 de diciembre, entre otras.

50. Artículo 52 CDFUE. Alcance de los derechos garantizados. 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

51. STJUE caso Menci, de 20 de marzo de 2018, párrafos 40 y 41; y SSTJUE Gran Sala de 22 de marzo de 2022, bpost, párrafo 41 y Nordzucker, párrafo 49. El TJUE con ocasión del caso Menci en que se trataba de un caso de elusión del pago del Impuesto de Valor Agregado (IVA) dijo expresamente que una acumulación de procedimientos y sanciones administrativas y penales constituía una limitación del *ne bis in idem* que estaba justificada sobre la base del artículo 52. 1 CDFUE.

chos, en cambio para el TC es una garantía que engloba dos prohibiciones fundadas en dos derechos, que, aunque complementarios, son diferentes. Se trata de la prohibición de una segunda pena por los mismos hechos y de la prohibición de un segundo proceso, con el añadido que la primera prevalece sobre la segunda.

A mi entender descartar un *bis in idem* procesal como lo hace el TC, por la sencilla razón de que un procedimiento administrativo no puede equipararse por su rigor garantista a un procedimiento penal no constituye un argumento aceptable y sostenible desde la perspectiva de la persona que por un mismo hecho ha tenido que, independientemente del rigor o complejidad del procedimiento, padecer un doble enjuiciamiento. Constituye una reducción del ámbito de aplicación de una garantía histórica que resulta difícil de explicar en un Estado democrático de Derecho. Cuando el TC dice que un procedimiento administrativo no es equiparable a uno penal está poniendo de manifiesto que el ciudadano en el ámbito del contencioso administrativo se encuentra desprotegido en sus relaciones con el Estado. Es, en definitiva, una carencia de garantías atribuible al Estado, que no tiene porqué sufrir el ciudadano y de la que el propio Estado debe responsabilizarse mientras no haga las reformas legales en el procedimiento administrativo que sean pertinentes. En definitiva, esto significa que mientras tanto a efectos del principio *ne bis in idem* un procedimiento administrativo y una resolución administrativa firme deben estimarse equiparables a un proceso penal y a una sentencia penal firme y que al igual que ella producen efecto de cosa juzgada.

5. Bibliografía

- ALCÁZER GUIRAO, R., «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», en *Justicia Administrativa, Revista de Derecho Administrativo*, Lex Nova, N° 61-2013, pp. 25-52.
- BUENO ARMIJO, A., «El principio non bis in idem en el derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español» en *Anuario de Derecho Administrativo sancionador*, 2021, pp. 271-307.
- BUENO ARMIJO, A., «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea». *Revista de Administración Pública*, N° 218-2022, pp. 171-206.
- GÓMEZ TOMILLO, M., «Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH». *InDret*. 2-2020.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Non bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista Española de Derecho Europeo* 69-2019.

- PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.
- PÉREZ MANZANO, M., «Reflexiones sobre el Derecho Fundamental a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», La Ley Nº 5802-2003, Madrid.
- PUERTA SEGUIDO, S. y BELTRÁN DE FELIPE, M., «Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el *ne bis in idem*», Revista Española de Derecho Constitucional, año 24, Nº 71-2004, mayo-agosto, pp. 363-393.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E., «De nuevo sobre el principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional», La Ley Nº 5824-2003, Madrid.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «Sanción penal-sanción administrativa: el principio «*non bis in idem*» en la jurisprudencia». Poder Judicial Nº 22-1991, pp. 113-133.
- VERVAELE, John A. E. (2006): «El Principio de *non bis in idem* en Europa», en Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net>. Fecha de consulta 30 de julio de 2022.

XIV | Implicaciones jurídicas de los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria¹

Arantza Libano Beristain²

Profesora Agregada de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA: EL IMPULSO A LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD DEL PACIENTE A PARTIR DE LAS INICIATIVAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2.1. LA RESOLUCIÓN WHA55.18 «CALIDAD DE LA ATENCIÓN: SEGURIDAD DEL PACIENTE» (2002). 2.2. LA ALIANZA MUNDIAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE (2004-2014). 2.3. LA RESOLUCIÓN WHA72.6 «ACCIÓN MUNDIAL EN PRO DE LA SEGURIDAD DEL PACIENTE» (2019). 2.4. EL PLAN DE ACCIÓN MUNDIAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE 2021-2030. HITOS HACIA EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA GLOBAL EN MATERIA DE SEGURIDAD DEL PACIENTE. 2.5. CUMBRES MINISTERIALES MUNDIALES SOBRE SEGURIDAD DEL PACIENTE. 2.6. OTRAS INICIATIVAS INTERNACIONALES RELEVANTES EN MATERIA DE SEGURIDAD DEL PACIENTE. 3. DE LAS POLÍTICAS SANITARIAS AL CONTEXTO JURÍDICO-POSITIVO. IMPLICACIONES PARA EL SISTEMA PENAL DE LAS ESTRATEGIAS SUPRAESTATALES DE SEGURIDAD DEL PACIENTE PATROCINADAS EN MATERIA DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE EVENTOS ADVERSOS. 3.1. LA PUESTA EN MARCHA DE SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE EVENTOS ADVERSOS. 3.2. EL PESO DEL CONTEXTO JURÍDICO-SANCIONATORIO COMO PRINCIPAL OBSTÁCULO PARA LA NOTIFICACIÓN EFECTIVA. 3.3. EL CASO ESPAÑOL: EL DERECHO PENAL Y PROCESAL ANTE EL FENÓMENO DE LA NOTIFICACIÓN DE EVENTOS ADVERSOS. 4. CONSIDERACIONES FINALES

1. El presente trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Retos del Derecho Procesal» (2021SGR00991) de la AGAUR y en los siguientes dos Proyectos I+D: «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21) financiado por MCIN, AEI; y, «El Derecho penal ante los retos actuales de la Biomedicina» (PID2022-136743OB-IOO) financiado por MCIN, AEI y por FEDER Una manera de hacer Europa.

2. Al Profesor, agradeciéndole su generosidad y dedicación a lo largo de estos años. Cuando pienso en usted adquiere todo su sentido la palabra Maestro. Poderme considerar su discípula constituye una de mis mayores satisfacciones como universitaria. Tenga por seguro que sus enseñanzas y su ejemplo serán, por siempre, grandes motores de mi trayectoria académica.

1. Introducción

El concepto de seguridad del paciente ha adquirido en las últimas décadas una posición central en la configuración de los sistemas sanitarios. En este sentido, resulta exigible, particularmente en aquellos países que disponen de estructuras más avanzadas, no solo que la cobertura de salud alcance a la totalidad de la población, sino también que tal prestación se produzca con garantías máximas de seguridad y calidad³.

Dicho discurso se ha impuesto desde una perspectiva claramente vertical. Tras el referente que en materia de seguridad del paciente supuso la publicación del trabajo *To Err is Human: Building a Safer Health System* en 1999⁴, la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) asumió el liderazgo en esta esfera. La constitución de la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente en el año 2004 supuso el aldabonazo definitivo para la implementación de políticas de seguridad del paciente en numerosos estados, incorporándose a partir de dicho momento a la promoción de esta área, igualmente, otros organismos internacionales como la Unión Europea o el Consejo de Europa, por solo citar los dos más relevantes en el marco geográfico europeo.

El presente trabajo parte de un análisis de las bases teóricas y normativas de las actuales políticas de seguridad del paciente implementadas en la mayor parte de los países desarrollados —y, destacadamente, en España—, trazando las líneas rectoras sobre las que se estructuran aquéllas. A tal fin procederemos a esbozar un repaso a los principales hitos normativos existentes en la esfera internacional en materia de seguridad del paciente para, con base en los mismos, determinar los perfiles sobre los que se debe estructurar un sistema sanitario que tenga la seguridad del paciente como uno de sus ejes de actuación.

A partir del estudio anterior el objeto de análisis del trabajo se centra en la caracterización de uno de los principales núcleos de las políticas de seguridad del paciente en el ámbito sanitario, integrado por los sistemas de notificación y registro de eventos adversos. Dichos sistemas resultan esenciales siempre

3. Pone de manifiesto el carácter de la seguridad del paciente como componente crítico de la calidad asistencial el Informe del INSTITUTE OF MEDICINE, *To Err is Human: Building a Safer Health System*, L. T. Kohn, J. M. Corrigan, M. S. Donaldson (eds.), edit. National Academy Press, Washington, D.C., 1999, pp. 18 y ss., Disponible: <https://nap.nationalacademies.org/catalog/9728/to-err-is-human-building-a-safer-health-system> (última visita 10.10.2023). En este sentido, KUTRYBA, B. y KUTAJ-WASIKOWSKA, H., «Seguridad clínica y acreditación: ¿Cuál es el vínculo?», *Monografías Humanitas 8. Seguridad Clínica*, 2004, p. 127, evidencian la relación entre seguridad y calidad de los servicios sanitarios, destacando que, si bien la seguridad no garantiza la calidad, constituye un prerequisite absoluto para la provisión de servicios de alta calidad pues, realmente, no hay ningún cuidado de alta calidad que sea inseguro.

4. INSTITUTE OF MEDICINE, *To Err is Human: Building a Safer Health System*, cit.

que no se limiten a constituir un mero registro de incidentes de seguridad del paciente, sino que los mismos han de servir para el aprendizaje de los profesionales a partir de los errores, lo cual de ordinario (al menos en relación con los eventos adversos más graves) exigirá el estudio retrospectivo del suceso utilizando la técnica de Análisis de Causa Raíz⁵ o similar⁶. Todo ello supone que diferentes sujetos implicados en las estructuras de seguridad del paciente (y, destacadamente, los miembros de los Comités encargados del Análisis de Causa Raíz) adquirirán un conocimiento absolutamente fidedigno de la actuación de cada uno de los profesionales implicados en un evento adverso. El conjunto de dicha información resulta de suma relevancia en el marco de las políticas de seguridad del paciente, no con el objetivo de utilizarla con fines sancionadores o culpabilizadores —lo cual, de ocurrir, supondría el ocaso de cualquier sistema de notificación como consecuencia de la desconfianza que ello generaría por parte de los profesionales sanitarios en el mismo—, sino como mecanismo de aprendizaje a futuro y de evitación de la perpetuación de prácticas potencialmente lesivas para el paciente⁷.

En definitiva, la presente investigación pretende abordar los criterios sentados en el ámbito internacional en materia de sistemas de notificación y registro de eventos adversos orientados exclusivamente al aprendizaje y no culpabilizadores en la esfera sanitaria, así como las implicaciones jurídicas de la puesta en marcha de tales sistemas.

En este sentido, las iniciativas producidas desde principios del siglo XXI por parte de diversas instancias supranacionales ponen de relieve la preocupación existente en relación con la seguridad del paciente, teniendo como eje referencial el elevado número de accidentes de los que son víctimas, en primer lugar, los propios pacientes⁸. Con base en lo anterior, no resulta exagerado afirmar que la cuestión de la seguridad de los pacientes y la prevención de eventos adversos han constituido en las dos últimas décadas materias merecedoras de una atención preferente por parte de organismos supraestatales como la OMS, el Consejo de Europa o la Unión Europea, entre otros.

5. Véase RUIZ LÓPEZ, P., GONZÁLEZ RODRÍGUEZ-SALINAS, C. y ALCALDE ESCRIBANO, J., «Análisis de causas raíz. Una herramienta útil para la prevención de errores», *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 20 n.º 2, 2005, pp. 71 y ss.

6. Puede consultarse ROMEO CASABONA, C. M.^a y URRUELA MORA, A., *El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de eventos adversos en el sector sanitario: Aspectos legales*, edit. Comares, Granada, 2010, p. 3.

7. *Ibidem*.

8. Aspecto ya destacado *ibidem*, p. 77.

2. El marco normativo de referencia: el impulso a las políticas de seguridad del paciente a partir de las iniciativas de la Organización Mundial de la Salud

Resulta de obligada mención destacar la labor realizada por la OMS en materia de diseño de las políticas de seguridad del paciente a nivel internacional. Concretamente, cabe afirmar que el organismo referido ha asumido el liderazgo mundial en relación con la promoción de la seguridad del paciente, y, en consecuencia, gran parte de las iniciativas establecidas normativamente en España en esta esfera responden a los criterios sentados en los documentos y resoluciones de la OMS, así como al trabajo desarrollado en el marco de la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente auspiciada por aquélla.

Si procedemos a un repaso histórico, la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud WHA55.18 del año 2002 sentó las bases en torno a las cuales giraría a partir de entonces la labor emprendida por dicha institución en materia de seguridad del paciente. El liderazgo en la esfera de las políticas de seguridad del paciente asumido por la OMS a partir de 2002 se ha visto jalonado posteriormente por una serie de hitos fundamentales. En esta línea, destaca, sobremanera, la creación de la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente en el año 2004, así como el punto de inflexión que en dichas políticas supuso la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud WHA72.6 del año 2019.

2.1. La Resolución WHA55.18 «Calidad de la atención: seguridad del paciente» (2002)

Ya en el año 2001, el informe «Calidad de la atención: seguridad del paciente»⁹ realizado por la Secretaría de la OMS y dirigido al Consejo Ejecutivo del propio organismo constituyó un referente en la conceptualización y abordaje de los eventos adversos. De esta forma, dicho documento puso de manifiesto cómo la propia complejidad —consecuencia de la combinación de procesos, tecnologías e interacciones humanas— ínsita en las prestaciones sanitarias conlleva un riesgo cierto de que ocurran eventos adversos. Asimismo, se insiste en que los eventos adversos se deben primariamente a las deficiencias del diseño, de la organización y del funcionamiento del sistema más que a los proveedores o a los productos individuales. En este sentido, se concluye que la mayoría de los eventos adversos no traen causa de negligencias o falta de formación, sino que se producen, más bien, debido a causas latentes en los propios sistemas.

9. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Calidad de la atención: seguridad del paciente* (Informe de la Secretaría), doc. EB109/9, 5 de diciembre 2001. Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB109/seb1099.pdf (última visita 19.11.2023).

Al objeto de reducir la magnitud del problema que para la seguridad del paciente constituyen los eventos adversos, se subraya la importancia de adoptar un enfoque sistémico, y se excluye la idoneidad de soluciones elaboradas a partir de aspectos más limitados y específicos de la materia en cuestión. Así, pues, las medidas correctivas que conllevan un cambio del sistema resultan más productivas que las que apuntan a prácticas o productos concretos. Si bien el informe admite el creciente interés existente en materia de seguridad del paciente, considera que los esfuerzos realizados al objeto de atajar el problema de los eventos adversos resultan insuficientes y se apuntan diversas razones que explicarían que la capacidad de notificar, analizar y aprender de la experiencia continúe gravemente mermada: la falta de uniformidad en los métodos de identificación y medida; la inadecuación de los planes de notificación de los eventos adversos; la existencia de una gran preocupación por la violación del carácter confidencial de los datos; o, el temor ante la eventual exigencia de responsabilidades profesionales. Por otro lado, se entiende que la reducción eficaz de los desenlaces adversos para los pacientes exige un esfuerzo internacional concertado. Finalmente, es significativo destacar algunas de las propuestas que la Secretaría elevó al Consejo Ejecutivo de la OMS por cuanto tienen de criterios de referencia en el marco del desarrollo de actividades en favor de la seguridad del paciente:

- Formular definiciones comunes de la seguridad de los pacientes, de los eventos adversos y de los términos conexos.
- Destacar la seguridad de los pacientes como una cuestión primordial en el funcionamiento del desempeño de los sistemas de salud y de la gestión de la calidad.
- Investigar la manera en que los países y las organizaciones clasifican, miden, notifican y tratan de prevenir los eventos adversos, y establecer una base de pruebas científicas sobre esas prácticas.
- Redactar un marco para la ayuda que la OMS presta a los países en actividades tales como: a) clasificar, medir, notificar y prevenir los eventos adversos, establecer una base de pruebas científicas exhaustiva sobre la epidemiología de los eventos adversos y un patrón común de medidas e identificar las prácticas idóneas; b) promover las expectativas de seguridad y desarrollar normas sobre el desempeño de los servicios de salud; c) identificar y aplicar estrategias y mecanismos para los sistemas de seguridad de las organizaciones de atención de salud; d) desarrollar y aplicar marcos regulatorios de prevención, vigilancia y notificación de los eventos adversos; y, e) facilitar el intercambio de información y de datos.
- Establecer una red de instituciones colaboradoras como centros modelo en los Estados Miembros para apoyar la investigación y la aplicación de las conclusiones de las investigaciones.

- Promover las alianzas entre el sector público y el privado para preparar respuestas adecuadas al problema de los eventos adversos en la atención sanitaria.

Con base en el anterior informe de la Secretaría, y a recomendación del Consejo Ejecutivo de la OMS¹⁰, la 55.^a Asamblea Mundial de la Salud adoptó en fecha 18 de mayo de 2002 la Resolución WHO55.18 «Calidad de la atención: seguridad del paciente», donde se señalaba que los sistemas de salud de los Estados Miembros pueden experimentar una mejora evitando los eventos adversos en particular y mejorando la seguridad del paciente, así como la calidad de la atención sanitaria en general. Al hilo de lo anterior, la referida Resolución de la Asamblea reconoce la necesidad de promover la seguridad del paciente como uno de los principios fundamentales de los sistemas sanitarios.

En la citada resolución se insta a los Estados Miembros a que, en primer lugar, presten la mayor atención posible al problema de la seguridad del paciente y a que, en segundo término, establezcan y consoliden sistemas de base científica, necesarios para mejorar la seguridad del paciente y la calidad de la atención sanitaria.

Además, entre las peticiones¹¹ que, en el contexto de un programa relativo a la calidad, la Asamblea Mundial de la Salud efectúa a su Directora General, consideramos de especial relevancia destacar las dos siguientes:

- (1^a) Elaborar normas, patrones y directrices mundiales sobre la calidad de la atención y la seguridad del paciente que permitan definir, medir y notificar los eventos adversos de la atención de salud, producidos o que se haya logrado evitar, examinando las experiencias de los programas existentes y recabando aportaciones de los Estados Miembros, a fin de proporcionar apoyo para el desarrollo de sistemas de notificación, la adopción de medidas preventivas y la aplicación de medidas de reducción de los riesgos.
- (3^a) Apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros por promover una cultura de la seguridad en el seno de las organizaciones de atención sanitaria y desarrollar mecanismos, por ejemplo, mediante certificación u otros medios, de conformidad con las condiciones y exigencias nacionales, que permitan reconocer las características de los dispensadores de atención de

10. Resolución (doc. EB109.R16) del Consejo Ejecutivo de la OMS, 109. ([2002]). Calidad de la atención: seguridad del paciente. Organización Mundial de la Salud. Disponible en: <https://iris.who.int/handle/10665/81853> (última visita 21.11.2023).

11. Nos centraremos en la primera y la tercera petición de dicha resolución dado su impacto esencial en relación con los sistemas de notificación y registro de eventos adversos y la creación de una cultura de seguridad.

salud que ofrezcan un nivel de excelencia ejemplar en cuanto a la seguridad de los pacientes a nivel internacional.

La resolución WHA55.18 concluía con una petición a la Directora General para que informara al Consejo Ejecutivo acerca de los progresos habidos en materia de seguridad del paciente. A tal efecto, consideramos que —desde un punto de vista amplio (al vincular la calidad y seguridad de los medicamentos con la del paciente)— cabría incluir tres informes evacuados por la Secretaría, los cuales fueron objeto de debate en la reunión 113.^a del Consejo Ejecutivo (2004)¹², que posteriormente tomó nota de los mismos.

De los tres informes referidos, particular importancia en materia de seguridad del paciente ostenta el documento «Calidad de la atención: seguridad del paciente»¹³, en el que se recogen y clasifican los avances producidos en dicha esfera en torno a los tres siguientes ejes: factores sistémicos; seguridad de los productos (vacunas, otros productos biológicos, medicamentos y equipos); y, seguridad de los servicios (seguridad en las prácticas de laboratorio; procedimientos de diagnóstico y tratamiento y la práctica clínica; la adopción de decisiones médicas; los errores de medicación; el uso seguro de equipos; la seguridad de la inmunización y las inyecciones; las infecciones hospitalarias; la gestión de pacientes; y, los conocimientos técnicos y la competencia del personal).

Si nos centramos en el primero de los bloques mencionados, al aludir el mismo a los efectos sistémicos relacionados con la seguridad del paciente —si bien resulta innegable la conexión existente entre la referida seguridad y los otros dos ejes temáticos¹⁴—, el Informe distingue tres apartados. En primer lugar, como paso necesario para facilitar la colaboración y el intercambio de informa-

12. Para un resumen de las discusiones habidas sobre el particular, puede consultarse ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 113.^a reunión del Consejo Ejecutivo de la OMS (Ginebra, 19-23 de enero de 2004). *Actas resumidas*, edit. OMS, Ginebra, 2004 (doc. EB113/2004/REC/2), pp. 121-128 (en relación con los dos primeros informes —A y B— referidos en el texto) y pp. 168-171 (para con el tercero —C—), donde Sir Liam Donaldson aludió a la reunión habida en Londres en noviembre de 2003 y al acuerdo existente en torno a la creación de una alianza mundial en materia de seguridad del paciente. Disponible en: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/259756/EB113-2004-REC2-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (última visita 29.11.2023).

13. Los otros dos informes evacuados por la Secretaría y cuyo análisis no abordaremos por alejarse del objeto de estudio, llevaban por título «Calidad y seguridad de los medicamentos, incluidos los productos sanguíneos» y «Calidad y seguridad de los medicamentos, incluidos los productos sanguíneos. Estrategia farmacéutica de la OMS».

14. En este sentido, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 113.^a reunión del Consejo Ejecutivo de la OMS (Ginebra, 19-23 de enero de 2004). *Actas resumidas*, cit., p. 123, Calidad y seguridad de los medicamentos, incluidos los productos sanguíneos. Estrategia farmacéutica de la OMS (doc. EB113/10 y doc. EB113/10 Add.1), Disponible en: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/259756/EB113-2004-REC2-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (última visita 27.11.2023), se recoge la intervención realizada por Sir Liam DONALDSON (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), donde vincula la estrategia —añadimos noso-

ción entre los países, se alude a la preparación por parte de la OMS de una nomenclatura y una taxonomía normalizadas en materia de errores médicos y deficiencias de los sistemas de atención de salud. En segundo lugar, a fin de sensibilizar a los países sobre las consecuencias negativas que los eventos adversos pueden suponer en los sistemas de atención sanitaria, se pretende acometer una evaluación inicial de la naturaleza y magnitud del problema a través del desarrollo de métodos e instrumentos que sirvan para poder estimar los riesgos habidos en función de las diversas realidades existentes en los concretos países. Por último, y dado que varios Estados Miembros han establecido sistemas de notificación y aprendizaje —entendidos estos como herramientas esenciales para la mejora de la seguridad del paciente—, la OMS pretende su promoción mediante la preparación de directrices sobre los mismos, la determinación de las prácticas idóneas y el impulso para su adopción en otros países¹⁵.

2.2. La Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente (2004-2014)¹⁶

El impulso para la constitución de la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente, organismo fundamental en el marco de la promoción de iniciativas y políticas en esta esfera a nivel internacional, corrió a cargo de Sir Liam Donaldson —máximo asesor del gobierno de Inglaterra en materia de salud, en especial, pública (*Chief Medical Officer for England*)—, quien, en el marco de una reunión internacional sobre seguridad del paciente celebrada en Londres en noviembre de 2003 con políticos, altos cuadros sanitarios y expertos del máximo nivel, propuso el establecimiento de una alianza mundial al objeto de faci-

tros, farmacéutica— con la cuestión más amplia de la seguridad del paciente, habida cuenta de que el 25% de todos los errores médicos en el mundo se deben a la administración de algún medicamento equivocado.

15. La Asamblea Mundial de la Salud adoptó la siguiente Decisión (WHA 57/14): «La 57.^a Asamblea Mundial de la Salud, después de examinar los informes del Consejo Ejecutivo sobre las 112.^a y 113.^a reuniones, aprobó los informes, felicitó al Consejo por la labor realizada, y manifestó su aprecio por la dedicación con que el Consejo había desempeñado las tareas que se le habían encomendado». Puede consultarse en ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 57.^a Asamblea Mundial de la Salud (Ginebra, 17-22 de mayo de 2004). *Resoluciones y Decisiones. Anexos*, edit. OMS, Ginebra, 2004, p. 63, Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA57/A57_REC1-sp.pdf (última visita 2.11.2023).

16. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud*, edit. OMS, 2022. Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240032705> (última visita 25.10.2023), p. 4. Véase, asimismo, PRASOPA-PLAIZIER, N., «Celebrating 10 years of Patients for Patient Safety (PFPS)», *Patients for Patient Safety Newsletter*, Primavera 2014, p. 4, quien señala lo siguiente: «(...) in 2004, the World Alliance for Patient Safety was created as a special programme in WHO to coordinate global efforts for patient safety improvement. Ten years on, patient safety has become part of mainstream work in WHO and considered an essential component in service delivery. (...) In November 2013, the WHO Patient Safety Programme was incorporated into a newly created department called Service Delivery and Safety (SDS)». Disponible en: https://cdn.who.int/media/docs/default-source/patient-safety/pfps/newsletter/pfps-newsletter-2014-spring.pdf?sfvrsn=ecb97660_7&download=true (última visita 26.10.2023).

litar que el contenido aprobado en la Resolución WHA 55.18 pudiera ser plasmado¹⁷.

En esta línea, la 57.^a Asamblea Mundial de la Salud (mayo 2004) acogió la propuesta de establecer una alianza internacional que facilitase la formulación de políticas sobre seguridad del paciente, el fomento de prácticas adecuadas en todos los Estados Miembros y que impulsara el logro de mejoras a escala global. Así, en octubre de 2004 se puso en marcha la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente (en adelante, AMSP)¹⁸ a modo de «asociación de trabajo entre la OMS y expertos externos, líderes del ámbito de la salud y organismos profesionales»¹⁹.

Tal como señala el Informe de la Secretaría de 4 de mayo de 2006 presentado a la 59.^a Asamblea Mundial de la Salud²⁰, la AMSP —que tiene por objeto coordinar, difundir y acelerar la mejora de la seguridad del paciente en todo el mundo— constituye un medio que propicia la colaboración internacional y la adopción de medidas entre los Estados Miembros, la Secretaría de la OMS, los expertos técnicos y los consumidores, los profesionales y los grupos industriales. Su establecimiento pone de relieve la importancia de la cuestión de la seguridad del paciente a nivel internacional, dado que, tal como evidencian las investigaciones realizadas, la producción de eventos adversos continúa una senda ascendente en la totalidad de los sistemas de atención sanitaria.

En la labor realizada desde la AMSP cabe distinguir diversos niveles de trabajo. Así, por un lado, procede hacer referencia a las estrategias regionales desarrolladas en materia de seguridad del paciente en las distintas regiones de la OMS (África, América, Sudeste Asiático, Europa, Mediterráneo Oriental y Pacífico Occidental); y, por otro, resultan de especial interés las estrategias nacionales puestas en marcha en países concretos.

Además, entre las áreas de acción secundadas por la AMSP, destaca la iniciativa «Reto Mundial para la Seguridad del paciente» (*Global Patient Safety Challen-*

17. Resulta, a tal efecto, de interés el editorial firmado por Sir Liam DONALDSON, «Patient safety: global momentum builds», *Quality & Safety in Health Care Journal*, 2004, vol. 13, p. 86. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1743803/pdf/v013p00086.pdf> (última visita 28.11.2023).

18. ALIANZA MUNDIAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE, *Forward Programme 2005*, edit. OMS, 2004, Disponible en: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43072/9241592443.pdf?sequence=1> (última visita 29.11.2023).

19. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud*, cit., p. 4.

20. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Seguridad del paciente* (Informe de la Secretaría), doc. A59/22, 4 de mayo de 2006, p. 1. Disponible en: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/24442/A59_22-sp.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última visita 29.11.2023).

ge) —puesta en marcha, en sus inicios, con vocación bienal²¹— consistente en la identificación de un aspecto constitutivo de un riesgo importante en la atención sanitaria recibida por los pacientes y relevante en la totalidad de los Estados Miembros de la OMS²². En concreto, la AMSP auspició las dos²³ siguientes ediciones de la mencionada iniciativa: el Primer Reto Mundial para la Seguridad del Paciente (2005-2006): «Una atención limpia es una atención más segura» (*Clean Care is Safer Care*)²⁴; y, el Segundo Reto Mundial para la Seguridad del Paciente (2007-2008): «La cirugía segura salva vidas» (*Safe Surgery Saves Lives*)²⁵.

2.3. La Resolución WHA72.6 «Acción mundial en pro de la seguridad del paciente» (2019)

En la evolución de las políticas diseñadas por la OMS en la esfera de la seguridad del paciente resulta todo un hito la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud WHA72.6 «Acción mundial en pro de la seguridad del paciente» dictada en mayo de 2019²⁶.

En esencia, con relación al proceso que se siguió y que culminó en la mencionada Resolución WHA72.6, cabe destacar el informe «Medidas mundiales en materia de seguridad del paciente» presentado por el Director General al Con-

21. ALIANZA MUNDIAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE, *Segundo Reto Mundial por la Seguridad del Paciente: La cirugía segura salva vidas*, edit. OMS, 2008, p. 3, Disponible en: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/70084/WHO_IER_PSP_2008.07_spa.pdf?sequence=1 (última visita 1.11.2023).

22. ALIANZA MUNDIAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE, *Forward Programme 2005*, cit., p. 7.

23. En el documento ALIANZA MUNDIAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE, *Forward Programme 2008-2009*, 1.ª ed., edit. OMS, 2008, p. 9, Disponible en: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/70460/WHO_IER_PSP_2008.04_eng.pdf?sequence=1 (última visita 1.12.2023), se avanzaba —el comienzo de los trabajos se preveía para 2009 y el lanzamiento del desafío para 2010— la formulación de un Tercer Reto Mundial para la Seguridad del Paciente (2009-2010): «Afrontando la resistencia a los antimicrobianos» (*Tackling antimicrobial Resistance*). Sin embargo, el referido Reto finalmente no llegó a ver la luz, tal como se extrae de ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud*, cit., p. 4.

24. ALIANZA MUNDIAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE, *Primer Reto Mundial por la Seguridad del Paciente: Una atención limpia es una atención más segura*, edit. OMS, 2005. Disponible en: <https://seguridaddelpaciente.sanidad.gob.es/informacion/publicaciones/2006/docs/retomundialproseguridadpaciente.pdf> (última visita 1.11.2023).

25. ALIANZA MUNDIAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE, *Segundo Reto Mundial por la Seguridad del Paciente: La cirugía segura salva vidas*, cit.

26. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Resolución WHA72.6 «Acción mundial en pro de la seguridad del paciente», dictada por la 72.ª Asamblea Mundial de la Salud el 28 de mayo de 2019, Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA72/A72_R6-sp.pdf (última visita 1.11.2023).

sejo Ejecutivo el 12 de diciembre de 2018²⁷, siendo así que este último órgano en su 144.^a reunión celebrada el 1 de febrero de 2019— tomó nota del aludido informe y adoptó la Resolución EB144.R12²⁸. La Resolución del Consejo Ejecutivo EB144.R12 ostenta especial trascendencia pues contiene una serie de disposiciones directamente orientadas a la implementación por parte de los distintos estados de sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria, esbozando determinadas características básicas de los mismos. Concretamente, la citada resolución pone la atención en la formulación de estrategias y políticas, aplicación de programas, iniciativas e intervenciones en materia de seguridad y calidad, donde se incluyen «los sistemas transparentes de notificación de incidentes que permiten aprender de los errores, el manejo no culpabilizante de los eventos adversos y sus consecuencias». Así, pues, se hace referencia, específicamente, a dos aspectos fundamentales como ejes de la seguridad del paciente: por un lado, a la necesaria existencia de sistemas de notificación y registro de eventos adversos; y, por otro, a la consideración de que los mismos no deben servir a fines de responsabilización de los proveedores de servicios sanitarios.

Con base en lo anterior, se procede a instar a los Estados Miembros de la OMS a evaluar y medir la naturaleza y magnitud del problema de la seguridad del paciente, incluidos los riesgos, errores, eventos adversos y daños a los pacientes en todos los niveles de la prestación de servicios de salud, en particular mediante sistemas de notificación de información, aprendizaje y retroalimentación que tengan en cuenta las perspectivas de los pacientes y sus familias; y, también, a adoptar medidas preventivas y sistemáticas para reducir los riesgos a que se enfrentan todas las personas. Asimismo, se pretende promover una cultura de la seguridad proporcionando una formación básica a todos los profesionales de la salud y desarrollar una cultura no culpabilizante de notificación de incidentes adversos que afecten a los pacientes mediante sistemas abiertos y transparentes que permitan identificar y examinar los factores que causan y contribuyen a los daños —incluido el factor humano— y extraer enseñanzas al respecto.

Además de lo anterior, se insta a la promoción del uso de las nuevas tecnologías, especialmente el de las tecnologías digitales para la salud, incluso para desarrollar y ampliar los sistemas de información sanitaria y para prestar apoyo a la recopilación de datos para la vigilancia y la notificación de riesgos, eventos

27. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Seguridad del paciente: medidas mundiales en materia de seguridad del paciente* (Informe del Director General), doc. EB109/9, 12 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://iris.who.int/handle/10665/327527> (última visita 1.11.2023).

28. Resolución (doc. EB144.R12) del Consejo Ejecutivo de la OMS, 144. (2019). Medidas mundiales en materia de seguridad del paciente. Disponible en: <https://iris.who.int/handle/10665/328121> (última visita 31.10.2023).

adversos y otros indicadores de daño en distintos niveles de los servicios sanitarios y sociosanitarios, a la par que se vela por la protección de los datos personales y se fomenta el uso de soluciones digitales para mejorar la seguridad de la atención sanitaria²⁹.

2.4. El Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030. Hitos hacia el diseño de una política global en materia de seguridad del paciente

En la 72.^a Asamblea Mundial de la Salud (2019) se solicitaba al Director General que elaborara un plan de acción global para la seguridad del paciente, en consulta con los Estados Miembros y con las partes interesadas, incluido el sector privado, para su presentación a la 74.^a Asamblea Mundial de la Salud. Consecuentemente, y tras haber examinado el informe presentado por el Director General, se procedió —mediante la Decisión WHA 74(13)— a adoptar el Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030 (en adelante, PAMSP 2021-2030) en la 74.^a Asamblea Mundial de la Salud celebrada en mayo de 2021³⁰.

El PAMSP 2021-2030³¹ tiene por finalidad priorizar la seguridad del paciente como elemento fundamental en la construcción, diseño, funcionamiento y evaluación del rendimiento de los sistemas sanitarios a nivel mundial³². Dicho Plan establece una orientación estratégica para el desarrollo de acciones concretas a adoptar por parte de los países, organizaciones, establecimientos, centros y servicios sanitarios, así como por la propia OMS con el fin de implemen-

29. Además, cabe resaltar cómo la Resolución WHA72.6 estableció el 17 de septiembre de cada año como Día Mundial de la Seguridad del Paciente. Tal efeméride pasa así a formar parte de las campañas mundiales de salud pública llevadas a cabo por la OMS.

30. En la Decisión WHA 74(13) se pedía, además, al Director General que informara sobre los avances en la aplicación del PAMSP 2021-2030 a la 76.^a Asamblea Mundial de la Salud en 2023 y, posteriormente, cada dos años, hasta 2031. En esta línea, el documento de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD *Global patient safety report 2024*, Disponible en: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/376928/9789240095458-eng.pdf?sequence=1> (última visita 15.9.2024), constituye el primer informe que recoge los avances y los retos aún pendientes en materia de seguridad del paciente a nivel mundial, regional y estatal en relación con los compromisos adoptados en el PAMSP 2021-2030 para la implementación de cada una de las 35 estrategias incluidas en el mismo.

31. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud*, cit.

32. Véase ASTIER PEÑA, M.^a P., MARTÍNEZ BIANCHI, V., TORIJANO CASALENGUA, M.^a L., ARES BLANCO, S., BUENO ORTIZ, J. M. y FERNÁNDEZ GARCÍA, M.^a, «El Plan de acción mundial para la seguridad del paciente 2021-2030: identificando acciones para una atención primaria más segura», *Atención Primaria*, vol. 53 suplemento 1, diciembre 2021, p. 2.

tar la Resolución WHA72.6, constituyendo así una hoja de ruta mundial para la seguridad del paciente³³.

El PAMSP 2021-2030 incluye siete Objetivos estratégicos (cada uno de los cuales se encuentra integrado por cinco Estrategias específicas, dando lugar a una matriz «7x5» que sistematiza el contexto de actuación). Los referidos siete Objetivos estratégicos son los siguientes:

1. Políticas para eliminar los daños evitables en la atención de salud
2. Sistemas de alta fiabilidad
3. Seguridad de los procesos clínicos
4. Participación de los pacientes y sus familias
5. Formación, competencias y seguridad del personal de salud
6. Información, investigación y gestión de riesgos
7. Sinergia, asociación y solidaridad

Tomando como referencia a ASTIER / MARTÍNEZ *et al.*, cabe señalar que, en el marco del PAMSP 2021-2030, cada uno de los siete Objetivos estratégicos cuenta con cinco Estrategias específicas conformando una matriz de siete por cinco que da lugar a un total de 35 estrategias concretas de actuación, las cuales permitirán a los gobiernos, a las entidades del sector salud, a los sistemas de salud y a la Secretaría de la OMS reorientar las políticas de salud y las inversiones en esta esfera hacia la mejora de la seguridad del paciente, generando entornos seguros de atención a la salud para los pacientes y sus familias³⁴.

33. Así se establece por la propia ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «La Carta de Montreux sobre la Seguridad del Paciente impulsa la acción con el objetivo de reducir los daños evitables en la atención de salud», Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/28-02-2023-the-montreux-charter-on-patient-safety-galvanizes-action-to-address-avoidable-harm-in-health-care> (última visita 1.11.2023). Como recurso fundamental destinado a apoyar la ejecución del PAMSP 2021-2030, se ha de destacar la aprobación en 2024 de la Carta de Derechos para la Seguridad del Paciente, Disponible en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/60462/9789275328712_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última visita 16.9.2024).

34. ASTIER PEÑA, M.^a P., MARTÍNEZ BIANCHI, V., TORIJANO CASALENGUA, M.^a L., ARES BLANCO, S., BUENO ORTIZ, J. M. y FERNÁNDEZ GARCÍA, M.^a, «El Plan de acción mundial para la seguridad del paciente 2021-2030: identificando acciones para una atención primaria más segura», cit., p. 3. Dichos autores destacan que el referido plan estratégico abarca la mayoría de las tareas necesarias para reducir los riesgos y mejorar la seguridad de la atención al paciente en los diferentes entornos asistenciales.

Marco de acción: la matriz 7x5

1. POLÍTICAS PARA ELIMINAR LOS DAÑOS EVITABLES EN LA ATENCIÓN DE SALUD	1.1 Política, estrategia y marco de aplicación de la seguridad del paciente	1.2 Movilización y asignación de recursos	1.3 Medidas legislativas de protección	1.4 Normas, regulación y acreditación de la seguridad	1.5 Día Mundial de la Seguridad del Paciente y Retos mundiales para la seguridad del paciente
2. SISTEMAS DE ALTA FIABILIDAD	2.1 Transparencia, apertura y cultura de no culpabilización	2.2 Buena gobernanza para el sistema de salud	2.3 Capacidad de liderazgo para las funciones clínicas y de gestión	2.4 Factores humanos/ ergonomía para la resiliencia de los sistemas de salud	2.5 Seguridad del paciente en urgencias y situaciones de extrema adversidad
3. SEGURIDAD DE LOS PROCESOS CLÍNICOS	3.1 Seguridad de procedimientos clínicos propensos al riesgo	3.2 Reto mundial para la seguridad del paciente, «Medicación sin daño»	3.3 Prevención y control de las infecciones y resistencia a los antimicrobianos	3.4 Seguridad de los productos sanitarios, los medicamentos, la sangre y las vacunas	3.5 Seguridad del paciente en la atención primaria de salud y las transiciones asistenciales
4. PARTICIPACIÓN DE LOS PACIENTES Y SUS FAMILIAS	4.1 Elaboración de políticas y programas junto con los pacientes	4.2 Aprender de la experiencia del paciente para mejorar la seguridad	4.3 Defensores de los pacientes y promotores de su seguridad	4.4 Transparencia con las víctimas de incidentes relacionados con la seguridad del paciente	4.5 Información y educación a los pacientes y sus familias
5. FORMACIÓN, COMPETENCIAS Y SEGURIDAD DEL PERSONAL DE SALUD	5.1 La seguridad del paciente en la formación y la capacitación profesionales	5.2 Centros de excelencia para la formación y la capacitación en seguridad del paciente	5.3 Competencias en materia de seguridad del paciente como requisitos normativos	5.4 Vinculación de la seguridad del paciente con el sistema de evaluación del personal de la salud	5.5 Entorno de trabajo seguro para los trabajadores de la salud
6. INFORMACIÓN, INVESTIGACIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS	6.1 Sistemas de notificación y aprendizaje de incidentes relacionados con la seguridad del paciente	6.2 Sistemas de información sobre seguridad del paciente	6.3 Sistemas de vigilancia de la seguridad del paciente	6.4 Programas de investigación sobre seguridad del paciente	6.5 Tecnología digital para la seguridad del paciente

7. SINERGIA, ASOCIACIÓN Y SOLIDARIDAD	7.1 Participación de las partes interesadas	7.2 Comprensión común y compromiso compartido	7.3 Redes de seguridad del paciente y colaboración	7.4 Iniciativas transgeográficas y multisectoriales para la seguridad del paciente	7.5 Armonización con los programas e iniciativas

Fuente: Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030³⁵

Dado el carácter global del PAMSP 2021-2030 cuya vocación es abarcar la totalidad de los aspectos sobre los que deben pivotar los desarrollos en dicha esfera a lo largo de la presente década, procederemos a perfilar las cuestiones directamente vinculadas con la implementación de sistemas de notificación y registro de eventos adversos, poniendo especial énfasis en las cuestiones jurídicas asociadas a los mismos.

De esta manera, en el marco del Objetivo estratégico 1 («Políticas para eliminar los daños evitables en la atención de salud»), materializado en hacer del daño evitable nulo una actitud mental y una norma de intervención en la planificación y la prestación de la atención de salud en todas partes, la Estrategia específica 1.3³⁶ resulta fundamental desde un punto de vista jurídico, pues se refiere al empleo de legislación concreta que facilite la prestación de una atención segura a los pacientes, así como la protección de éstos y de los trabajadores de la salud frente a daños evitables.

En la estrategia aludida se integran sendas acciones dirigidas a los gobiernos:

- Examinar y elaborar la legislación que rija el sistema de salud del país para facilitar la formulación y aplicación de políticas, prácticas y normas de comportamiento en materia de seguridad del paciente.
- Establecer una legislación que proteja a los trabajadores de la salud de represalias o medidas punitivas en caso de notificar un evento adverso; introducir regímenes de concesión de licencias obligatorios para los profesionales de la salud que incorporen aspectos relacionados con la seguridad del paciente; reconocer la seguridad del paciente como un derecho humano que incluye el acceso con seguridad a medicamentos, dispositivos médicos, productos sanguíneos y servicios de salud esenciales.

35. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud*, cit., p. 16.

36. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud*, cit., p. 21.

Por otro lado, el Objetivo estratégico 2 («Sistemas de alta fiabilidad») del PAM-SP 2021-2030 se refiere al establecimiento de sistemas de salud de alta fiabilidad y organizaciones sanitarias que protejan a los pacientes diariamente de posibles daños. En relación con este ámbito resulta oportuno poner de manifiesto que, a pesar del éxito que en sectores como la aviación³⁷ ha tenido la postura favorable a la no culpabilización, específicamente en el ámbito sanitario y en respuesta a los eventos adversos graves que dañan a los pacientes dicha idea no goza del favor de la opinión pública y los medios de comunicación, en gran medida porque tal concepción parece renunciar a cualquier forma de responsabilización (rendición de cuentas) de los individuos concretos en el origen del evento³⁸.

Frente a ello se erigen postulados favorables a la adopción de la denominada «cultura justa» (*just culture*) en el marco de la seguridad del paciente. Una cultura justa reconoce la complejidad de las situaciones y eventos, y que, si bien la mayor parte de los fallos en materia de seguridad del paciente se deben a un sistema débil, existe una minoría de situaciones en las que un individuo debe ser considerado responsable (por ejemplo, cuando existe una conducta negligente o incluso dolosa).

Al amparo del Objetivo estratégico 2 —que se concreta en la construcción de sistemas de salud y organizaciones sanitarias de alta fiabilidad que protejan a los pacientes diariamente de posibles daños— se configura una Estrategia específica 2.1 referida al desarrollo y fomento de una cultura de respeto, apertura y transparencia que promueva el aprendizaje, y no la culpabilización ni la represalia, dentro de cada organización que preste atención al paciente. Dicha estrategia ostenta un impacto enorme en relación con los aspectos jurídicos vinculados al establecimiento de sistemas de notificación y registro de eventos adversos, pues no debemos olvidar que una de las grandes barreras para el éxito de la notificación reside en el temor a las acciones legales contra los profesionales sanitarios a resultas de la puesta en marcha de tales sistemas.

Por ello, en el marco de dicha Estrategia de aplicación 2.1 se plantean, como acciones para los gobiernos, por un lado, la introducción e implementación de mecanismos de protección administrativos y jurídicos, según proceda, para todos aquellos que notifiquen eventos adversos o expresen preocupación por la seguridad de los servicios sanitarios. Por otro lado, se debe garantizar que el mecanismo de protección se base en enseñanzas derivadas de los fallos en la

37. INSTITUTE OF MEDICINE, *To Err is Human: Building a Safer Health System*, cit., pp. 71-73.

38. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud*, cit., pp. 25 y ss.

seguridad del paciente y en el perfeccionamiento del sistema de trabajo, en lugar de castigar a los individuos, y que aquel esté ampliamente disponible y sea conocido por todas las partes interesadas. Asimismo, se exige una separación clara entre los errores médicos y las imprudencias profesionales (negligencias médicas) con la finalidad de consagrar una cultura justa (*just culture*) y facilitar las acciones correctivas apropiadas.

En esta esfera, las acciones para los establecimientos y servicios sanitarios incluyen, entre otras, la introducción y promoción de políticas no punitivas para responder a los eventos adversos y errores y aprender de ellos, así como de lo que funciona adecuadamente, aclarando las circunstancias en las que se exigirá responsabilidad individual (rendición de cuentas). En la misma línea, el PAMSP 2021-2030 considera que la propia Secretaría de la OMS debe implicarse en la defensa y promoción de la importancia de los conceptos de «cultura justa» (*just culture*) y de cultura de la seguridad de los pacientes en los sistemas de atención de salud³⁹.

Un ulterior objetivo estratégico del PAMSP 2021-2030 con impacto en materia de sistemas de notificación y registro de eventos adversos y de contexto normativo al amparo del mismo es el Objetivo estratégico 4 («Participación de los pacientes y sus familias») consistente en implicar y capacitar a pacientes y familiares para obtener su ayuda y apoyo en favor de una atención de salud más segura, en el seno del cual se integra la Estrategia específica 4.4 dirigida a establecer el principio y la práctica de la apertura y la transparencia en toda la atención, lo que incluye la divulgación de los incidentes de seguridad a los pacientes y sus familias. Al amparo de dicha estrategia se requiere que los gobiernos conciban un marco de orientación y procedimiento para que los profesionales de la salud puedan revelar a los pacientes y a las familias los eventos adversos que han causado (o podrían haber causado) un daño accidental, así como que consideren la posibilidad de introducir legislación sobre políticas de divulgación para informar a los pacientes y familias cuando el asesoramiento no hubiera resultado eficaz^{40 41}.

39. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud*, cit., p. 29.

40. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud*, cit., p. 48.

41. Una iniciativa de referencia internacional en este sentido es la constituida por la *Sorry Works!*, que, como ponen de manifiesto ROMEO CASABONA, C. M.^a y URRUELA MORA, A., *El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de eventos adversos en el sector sanitario: Aspectos legales*, cit., pp. 133 y ss., se encuentra dirigida a articular los mecanismos necesarios para que el profesional sanitario, que como ser humano puede cometer errores, sea absolutamente sincero con su paciente o la familia de éste en el caso de concurrencia de un suceso inesperado que afecta a la salud, generando una relación de confianza en la que el médico sea capaz de pedir perdón si se confirma su error y se proceda, de acreditarse dicho extremo, a abonar las indemnizaciones pertinentes por parte de las aseguradoras de los consorcios sanitarios, previa cuantifica-

Finalmente, al objeto de nuestro estudio, especial importancia ostenta el Objetivo estratégico 6 del PAMSP 2021-2030 («Información, investigación y gestión de riesgos») que pretende garantizar un flujo constante de información y conocimiento para impulsar la mitigación de riesgos, la reducción de los niveles de daño evitables y la mejora en la seguridad de la asistencia. En dicho contexto los sistemas de notificación y registro de eventos adversos de carácter no punitivo desempeñan un papel decisivo. Particularmente relevante, en relación con dicho Objetivo estratégico, resulta la Estrategia de aplicación 6.1 dirigida al establecimiento o fortalecimiento de los sistemas de notificación y aprendizaje de incidentes sobre seguridad del paciente⁴².

2.5. Cumbres Ministeriales Mundiales sobre Seguridad del Paciente

En el marco de las iniciativas impulsadas por la OMS cabe citar, finalmente, las Cumbres Ministeriales Mundiales sobre Seguridad del Paciente, habiéndose celebrado hasta el momento seis⁴³:

- Londres (2016), en la que se procedió a iniciar un diálogo de alto nivel entre Ministros y otros agentes clave con la finalidad de reforzar globalmente la seguridad del paciente a través de un alineamiento entre la política y los sistemas financieros;
- Bonn (2017), que supuso un llamamiento firme en favor del establecimiento del Día Mundial de la Seguridad del Paciente y lanzó el Tercer Reto Mundial para la Seguridad del Paciente: «Medicación sin daño» (*Medication Without Harm*);
- Tokio (2018), que situó la seguridad del paciente como un componente de la cobertura universal de salud y realizó un llamamiento con el objeto de lograr un impulso político de alto nivel en favor de cuidados de salud más seguros en todo el mundo;
- Yeda (2019), focalizó en los países de ingresos bajos y medios que sufren la proporción más significativa de la carga del daño, y subrayó la importancia de compartir experiencias y lecciones, así como de construir colaboraciones estratégicas.

ción de las mismas por juristas expertos en responsabilidad sanitaria. Ello no solo repercute de manera altamente positiva en la relación de confianza médico-paciente, sino que resulta, asimismo, enormemente positivo en el plano de las segundas víctimas (profesionales sanitarios implicados en el evento adverso).

42. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan de Acción Mundial para la Seguridad del Paciente 2021-2030: hacia la eliminación de los daños evitables en la atención de salud*, cit., pp. 62, 63.

43. Disponible en: <https://www.who.int/news-room/events/detail/2024/04/17/default-calendar/sixth-global-ministerial-summit-on-patient-safety-2024--bringing-and-sustaining-changes-in-patient-safety-policies-and-practices> (última visita 13.9.2024).

La 5.^a Cumbre Ministerial Mundial sobre Seguridad del Paciente tuvo lugar en Montreux (Suiza) en febrero 2023, y dio lugar a la Carta de Montreux sobre Seguridad del Paciente⁴⁴. En dicha Carta se identifican una serie de esferas de acción dirigidas a Ministros, representantes de alto nivel y expertos mundiales, entre las que se incluyen el considerar la seguridad del paciente como una prioridad global en materia de salud pública, el aprendizaje de las lecciones extraídas de la pandemia de COVID-19 con la finalidad de reforzar la seguridad del paciente, el intensificar las colaboraciones en este ámbito y el reforzar la cultura de aprendizaje en seguridad y la transparencia. Asimismo, se aboga por la implicación y el empoderamiento de los pacientes, familias y profesionales sanitarios y se impulsa la fijación de prioridades en la esfera de la seguridad del paciente, destacadamente en los sectores de la seguridad del medicamento, la prevención y el control de infecciones y de la resistencia antimicrobiana.

Por último, en abril (17 y 18) de 2024 Chile acogió en su capital la 6.^a Cumbre Ministerial Mundial sobre Seguridad del Paciente bajo el título *Bringing and sustaining changes in patient safety policies and practices* (Introducir y mantener cambios en las políticas y prácticas de seguridad del paciente). Como consecuencia de la mencionada Cumbre Global, se aprobó la Carta de Compromiso de Santiago con relación a Seguridad del Paciente⁴⁵. Entre los puntos clave para la acción identificados por los países participantes cabe destacar, por un lado, la importancia de fomentar el cambio de paradigma hacia una mayor participación del paciente y la familia; y, por otro, la relevancia de involucrar a los líderes de las instituciones sanitarias, especialmente a los gestores y a los clínicos, en la instauración y el mantenimiento de la cultura de la seguridad.

2.6. Otras iniciativas internacionales relevantes en materia de seguridad del paciente

Además del liderazgo asumido por la OMS en materia de seguridad del paciente cuyos principales hitos han quedado reflejados en las páginas anteriores, diferentes organismos internacionales relevantes han mostrado una actitud proactiva en la promoción de dicha área, unánimemente considerada como fundamental para la consecución de mayores niveles de bienestar humano. Centrándonos en la esfera europea, citaremos algunas de las iniciativas impulsadas por el Consejo de Europa o por la propia Unión Europea.

44. Véase ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «La Carta de Montreux sobre la Seguridad del Paciente impulsa la acción con el objetivo de reducir los daños evitables en la atención de salud», cit.

45. Disponible en: <https://psschile.minsal.cl/wp-content/uploads/2024/07/Carta-Compromiso-oficial-1-1.pdf> (última visita 13.9.2024).

En este sentido, la Recomendación n.º R(97)17 de 30 de septiembre de 1997 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre el desarrollo e implementación de sistemas de mejora de la calidad (QIS)⁴⁶ en la atención sanitaria⁴⁷ recomienda a los gobiernos la creación, cuando ello resulte procedente, de políticas y estructuras que apoyen el desarrollo e implementación de «sistemas de mejora de la calidad» (QIS), esto es, sistemas para garantizar y mejorar de manera continua la calidad de la atención sanitaria a todos los niveles, de acuerdo con los criterios-guía fijados en el apéndice a la propia Recomendación.

Posteriormente, en la esfera del Consejo de Europa cabe mencionar la Declaración de Varsovia sobre Seguridad del Paciente («La seguridad del paciente como reto europeo») de 2005⁴⁸. Dicha Declaración considera imprescindible que la seguridad de los pacientes figure en la agenda de todos los Estados Miembros del Consejo de Europa. Para ello, se establecen como áreas importantes a abordar tanto el desarrollo de una cultura de la seguridad con un enfoque sistémico, como el establecimiento de sistemas de información para el aprendizaje y la acción, así como la implicación de los pacientes/ciudadanos en los procesos de mejora de la seguridad.

Ulteriormente, se aprobó en el seno del Consejo de Europa la Recomendación Rec(2006)7 de 24 de mayo de 2006 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre gestión de la seguridad del paciente y prevención de los eventos adversos en la atención sanitaria⁴⁹, en lo que constituye una iniciativa fundamental por lo que tiene de abordaje global e integral en el tratamiento de la seguridad del paciente. Además de otros aspectos tratados en dicha Recomendación, tales como la integración de la seguridad del paciente en las políticas sanitarias, la ampliación de las fuentes de obtención de información en materia de seguridad del paciente, la evaluación de las intervenciones puestas en práctica en esta esfera⁵⁰ o la promoción de la cooperación internacional y de la

46. QUIS, de su acrónimo en inglés, *Quality Improvement Systems*.

47. Disponible en: <https://rm.coe.int/0900001680a71416> (última visita 10.10.2023).

48. Disponible en: http://www.coe.int/t/dg3/health/Source/2005Warsawstatement_en.doc (última visita 2.10.2023). La Declaración de Varsovia dispone que la seguridad de los pacientes debe ser una prioridad en la agenda política internacional y nacional, estableciendo la cooperación entre el Consejo de Europa, incluida la Asamblea Parlamentaria, la Unión Europea, la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente de la OMS y otras organizaciones y redes pertinentes para garantizar la aplicación de las medidas de seguridad de los pacientes.

49. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ae8b5 (última visita 20.11.2023).

50. PERNEGER, T. V., «A research agenda for patient safety», *International Journal for Quality in Health Care*, 2006, vol. 18, n.º 1, pp. 1-3, aborda la cuestión de la evaluación de las intervenciones en materia de seguridad del paciente, incluyendo las relacionadas con la notificación y el análisis de eventos adversos. En este ámbito puede, asimismo, consultarse INSTITUTE FOR HEALTHCARE IMPROVEMENT – SALZBURG GLOBAL SEMINAR,

investigación en materia de seguridad del paciente, se abordan específicamente en el punto iii de la Recomendación las cuestiones vinculadas con la notificación. A dichos efectos, se recomienda la promoción del desarrollo de un sistema de notificación de incidentes relacionados con la seguridad de los pacientes, a fin de mejorar la seguridad de los pacientes aprendiendo de dichos incidentes, y se considera que este sistema debería:

- (a) ser no punitivo y justo en su finalidad;
- (b) ser independiente de otros procesos reguladores;
- (c) estar diseñado de tal manera que anime a los prestadores de servicios sanitarios y al personal sanitario a notificar los incidentes de seguridad (por ejemplo, siempre que sea posible, la notificación debe ser voluntaria, anónima y confidencial);
- (d) establecer un sistema de recogida y análisis de las notificaciones de acontecimientos adversos a nivel local y, cuando sea necesario, agregados a escala regional o nacional, con el fin de mejorar la seguridad de los pacientes; a tal objeto, deberán asignarse recursos específicos;
- (e) implicar tanto al sector privado como al público;
- (f) facilitar la participación de los pacientes, sus familiares y todos los demás cuidadores informales en todos los aspectos de las actividades relacionadas con la seguridad de los pacientes, incluida la notificación de incidentes relacionados con la seguridad de los pacientes.

En el marco de la Unión Europea un primer texto de referencia viene constituido por la Declaración de Luxemburgo sobre la seguridad de los pacientes de 5 de abril de 2005⁵¹, la cual establece que el acceso a cuidados de salud de elevada calidad constituye un derecho fundamental reconocido. De esta manera, y centrándonos en la esfera de los sistemas de notificación y el impacto del contexto legislativo en los mismos, la mencionada Declaración de Luxemburgo recomienda a las autoridades nacionales que evalúen las ventajas de un sistema nacional de notificación confidencial y voluntario de los eventos adversos y de los cuasi-incidentes, así como que desarrollen una cultura más fundada sobre las enseñanzas extraídas de los cuasi-incidentes y de los eventos adversos que sobre la filosofía de la culpabilización y las sanciones que de ello se derivan.

The Salzburg Statement on Moving Measurement into Action: Global Principles for Measuring Patient Safety, 2019. Disponible en: https://www.salzburgglobal.org/fileadmin/user_upload/Documents/2010-2019/2019/Session_622/SalzburgGlobal_Statement_622_Patient_Safety_01.pdf (última visita 2.12.2023).

51. Véase *Déclaration de Luxembourg sur la sécurité du patient (Sécurité du patient – En faire une réalité)*, Comisión Europea – Dirección General «Sanidad y protección de los consumidores» / Presidencia de Luxemburgo del Consejo de la Unión Europea, Luxemburgo, 5 de abril 2005. Disponible en: https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/Declaration_final_FR_2_.pdf (última visita 22.11.2023).

Posteriormente, en su Libro Blanco «Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)» de 23 de octubre de 2007⁵², la Comisión considera la seguridad de los pacientes como una de las líneas de acción comunitaria.

A nivel de la Unión Europea, un ulterior hito viene constituido por la Recomendación del Consejo de 9 de junio de 2009 sobre la seguridad de los pacientes, en particular la prevención y lucha contra las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria (2009/C 151/01)⁵³ que, en relación con los sistemas de notificación de eventos adversos⁵⁴, establece en su Considerando 10 que los Estados Miembros deben crear, mantener o mejorar sistemas completos de aprendizaje y de notificación que recojan el grado y las causas de los efectos adversos, para hallar soluciones e intervenciones eficaces, estableciendo que la seguridad de los pacientes debe formar parte de la formación de los trabajadores sanitarios, que son los proveedores de la asistencia. En coherencia con lo anterior, entre las Recomendaciones a los Estados Miembros sobre cuestiones relativas a la seguridad general de los pacientes se incluye (3) el apoyar el establecimiento —o reforzar los existentes— de sistemas de información sin sanciones y de aprendizaje sobre hechos adversos, que:

- a) proporcionen información sobre el grado, los tipos y las causas de errores, hechos adversos y cuasi-incidentes;
- b) animen a los trabajadores sanitarios a informar de manera activa, creando un entorno de notificación abierto, justo y sin sanciones, que será distinto de los sistemas y procedimientos disciplinarios de los Estados Miembros para los trabajadores sanitarios, y, en caso necesario, dejar claras las cuestiones jurídicas relativas a la responsabilidad de los trabajadores sanitarios.

52. COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco «Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)»*, de 23 de octubre de 2007. Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/34f74e87-1c26-428f-ade3-b0225e1b7061/language-es> (última visita 22.11.2023).

53. Recomendación del Consejo, de 9 de junio de 2009, sobre la seguridad de los pacientes, en particular la prevención y lucha contra las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria (2009/C 151/01), Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009H0703\(01\)&from=en](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009H0703(01)&from=en) (última visita 27.11.2023).

54. En este punto, cabe citar la constitución del Subgrupo sobre sistemas de notificación y aprendizaje (RLS, de su acrónimo inglés, *Reporting and Learning System*) bajo el Grupo de trabajo de la Comisión europea sobre Seguridad del Paciente y Calidad de los Cuidados de Salud. El cometido del Subgrupo RLS era el de suministrar un conjunto de aspectos clave (*key findings*) y establecer recomendaciones para facilitar la implementación de la Recomendación del Consejo 2009/C 151/01. Ello se materializa en el documento REPORTING AND LEARNING SUBGROUP OF THE EUROPEAN COMMISSION (PSQCWG), *Key findings and recommendations on Reporting and learning systems for patient safety incidents across Europe*, European Commission. Patient Safety and Quality of Care working group, 2014. Disponible en: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/seguridad_paciente/eu_def/adjuntos/2_Doc_referencia/guidelines_psqcwg_reporting_learningsystems_en.pdf (última visita 25.11.2023).

Por otro lado, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2013, sobre el informe de la Comisión al Consejo sobre la base de los informes de los Estados Miembros relativos a la aplicación de la Recomendación 2009/C 151/01 del Consejo, sobre la seguridad de los pacientes, en particular la prevención y la lucha contra las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria (2013/2022(INI))⁵⁵ contiene dos referencias particularmente relevantes en relación con la implementación de sistemas de notificación de eventos adversos en la esfera comunitaria. Por un lado, (6) admite que no existe a escala de la Unión Europea una clasificación ni un sistema de información acerca de la seguridad de los pacientes para identificar, comprender y analizar los factores asociados a la seguridad de los pacientes, con vistas a extraer lecciones y mejorar los sistemas pertinentes. Asimismo, (15) urge a los Estados Miembros a que reevalúen sus estructuras de notificación de acontecimientos adversos, valoren si dichas notificaciones se realizan de modo que no se busquen culpables, y velen por que los profesionales de la atención sanitaria puedan ofrecer información abiertamente sin sufrir consecuencias negativas personales.

Finalmente, a nivel de la Unión Europea procede citar la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2015, sobre una asistencia sanitaria más segura en Europa: mejorar la seguridad de los pacientes y combatir la resistencia a los antimicrobianos (2014/2207(INI))⁵⁶. Entre los enfoques de colaboración con la Unión Europea que incluye dicha Resolución se solicita (75) a los Estados Miembros que cooperen de cara a la definición de unas normas mínimas de seguridad de los pacientes e indicadores de la seguridad y la calidad de la asistencia sanitaria a escala de la Unión Europea, en consulta con todas las partes interesadas pertinentes, incluidas las organizaciones de pacientes⁵⁷.

55. Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2013, sobre el informe de la Comisión al Consejo sobre la base de los informes de los Estados Miembros relativos a la aplicación de la Recomendación 2009/C 151/01 del Consejo, sobre la seguridad de los pacientes, en particular la prevención y la lucha contra las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria (2013/2022(INI)). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0435_ES.html (última visita 10.11.2023).

56. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IP0197> (última visita 10.11.2023).

57. Entre las iniciativas institucionales para promover la seguridad del paciente en la Unión Europea, cabe citar la Red de la Unión Europea de Seguridad del Paciente y Calidad desarrollada a través de distintas acciones cooperativas a partir del año 2008. Para una ampliación sobre el particular, véase AGRA VARELA, Y., FERNÁNDEZ MAILLO, M. M., RIVERA, S., SÁIZ MARTÍNEZ-ACITOREZ, I., CASAL, J., PALANCA SÁNCHEZ, I. y BACOU, J., «Red Europea de Seguridad del Paciente y Calidad (*European Network for Patient Safety and Quality of Care*). Desarrollo y resultados preliminares en Europa y en el Sistema Nacional de Salud», *Revista de Calidad Asistencial*, 2015, vol. 30, n.º 2, pp. 95-102.

3. De las políticas sanitarias al contexto jurídico-positivo. Implicaciones para el sistema penal de las estrategias supraestatales de seguridad del paciente patrocinadas en materia de notificación y registro de eventos adversos

Como ha quedado establecido a lo largo del presente trabajo las políticas de seguridad del paciente se han impuesto con un marcado carácter vertical, lo que implica que las estrategias impulsadas por la OMS (coherentes con las auspiciadas por el Consejo de Europa o la propia Unión Europea) han sido posteriormente acogidas e implementadas en los planos nacional y regional (en el caso español, autonómico) por las autoridades competentes. El contexto establecido por las iniciativas de la OMS en materia de seguridad del paciente adquiere, de esta forma, una importancia esencial, dada su vocación universal y su enorme peso en la adopción de decisiones estratégicas por parte de los gobiernos.

En consecuencia, resulta fundamental determinar las exigencias implícitas en los documentos e iniciativas adoptadas por la OMS en relación con la implementación de sistemas de notificación y registro de eventos adversos en el marco de las políticas de seguridad del paciente, así como establecer las implicaciones jurídicas de las mismas.

3.1. La puesta en marcha de sistemas de notificación y registro de eventos adversos

Una de las conclusiones más palmarias derivadas del análisis sistemático de las iniciativas y documentos emitidos por la OMS desde principios del siglo *xxi* en materia de seguridad del paciente es la imperiosa necesidad de implementación de sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria como requisito imprescindible para alcanzar mejoras significativas. Importados de ámbitos como la aeronáutica⁵⁸ o la seguridad en el trabajo⁵⁹, los sistemas de notificación constituyen un eslabón necesario con la finalidad de evidenciar prácticas no seguras y lograr un aprendizaje de los profesionales a partir de las mismas. Conviene descartar *ab initio* que los referidos sistemas se limiten a constituir meros registros administrativos de prácticas no seguras o de errores que causaron (o tuvieron un importante potencial de originar) daño al paciente. Su verdadero valor consiste en servir de base para el apren-

58. Ponen de manifiesto las diferencias de planteamiento en el abordaje de los eventos adversos en el ámbito de la aviación y en el sanitario VETRUGNO, G., FOTI, F., SPAGNOLO, A. y DE-GIORGIO, F., «Reconciling patients' need for compensation with doctors' need for protection», *British Medical Journal*, 2019, vol. 365, 11717.

59. INSTITUTE OF MEDICINE, *To Err is Human: Building a Safer Health System*, cit., pp. 73 y ss.

dizaje de los profesionales, lo cual requiere —particularmente en el caso de los eventos adversos más graves— de un análisis retrospectivo de cómo se llevó a cabo la prestación sanitaria en el caso concreto con la finalidad de determinar aquello que falló y de implementar y circular entre la organización las oportunas acciones correctoras.

Ello implica la práctica de un Análisis de Causa Raíz (modalidad más extendida de revisión *ex post*, si bien existen otras metodologías⁶⁰) que, por un lado, exigirá la participación de profesionales sanitarios de alto nivel para su puesta en práctica y, por otro, conllevará un conocimiento minucioso de los pormenores del evento adverso (incluyendo el comportamiento de los diversos agentes intervinientes en el mismo) por parte de profesionales sanitarios distintos de aquellos que llevaron a cabo la prestación sanitaria. El valor de la intervención de estos últimos residirá en el hecho de que, a partir de la revisión emprendida, cabrá extraer conclusiones y aprendizajes de enorme valor que deberán ser adecuadamente transmitidos en el seno de la propia organización sanitaria con la finalidad de que errores similares no vuelvan a repetirse.

3.2. El peso del contexto jurídico-sancionatorio como principal obstáculo para la notificación efectiva

Las políticas de promoción de la seguridad del paciente resultan plenamente coherentes con la bioética principialista y con las exigencias deontológicas a las que quedan sometidos los profesionales sanitarios. De esta forma, la seguridad del paciente atiende primariamente al adagio hipocrático *primum non nocere*⁶¹ —directamente vinculado al principio de no maleficencia⁶²—, si bien satisface igualmente al principio de justicia (al tratar de paliar los sobrecostes que para el sistema sanitario suponen las fallas de seguridad), y, en la medida en que —una vez producido el evento adverso— facilite la adopción de medidas reparadoras del daño causado al paciente y respete los deberes de información

60. Puede consultarse RODRÍGUEZ PERÓN, J. M. y RODRÍGUEZ IZQUIERDO, M. M., «Metodologías validadas para el análisis causal de eventos adversos de trascendencia clínica en la biomedicina», *Revista Cubana de Investigaciones Biomédicas*, 2021, vol. 40, n.º 2. Disponible en: <https://revibiomedica.sld.cu/index.php/ibi/article/view/1068> (última visita 10.11.2023).

61. Véase ARANAZ ANDRÉS, J. M.ª, MOLLAR MASERES, J. B. y GEA VELÁZQUEZ DE CASTRO, M.ª T., «Efectos adversos en el siglo XXI. La epidemia silenciosa», *Monografías Humanitas 8. Seguridad Clínica*, cit., p. 67.

62. En este sentido, puede consultarse COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre los aspectos éticos de la seguridad del paciente y, específicamente, de la implantación de un sistema efectivo de notificación de incidentes de seguridad y eventos adversos*, Madrid, 2021, p. 49. Disponible en: <https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/Informe-CBE-Seguridad-Paciente.pdf> (última visita 3.11.2023).

frente a aquél, resultará coherente con los principios de beneficencia y autonomía, respectivamente⁶³.

A nivel deontológico, si tomamos como referencia el caso español, resulta procedente poner de manifiesto que el Código de Deontología Médica (2022)⁶⁴ establece un capítulo (X) dedicado a la «Seguridad del Paciente». Particular relevancia ostentan, en relación con la implementación de sistemas de notificación y registro de eventos adversos los artículos 41.1, 41.2 y 41.3 (deberes de notificación del médico), el 43.1 (deber de implementación de estructuras para la recepción, registro y análisis de eventos adversos por parte de los médicos directivos de organizaciones sanitarias), el 43.2 (deber de establecimiento de planes de mejora derivados del análisis de los eventos adversos por parte de los médicos directivos de organizaciones sanitarias) y el 43.3 (deber de promoción de la cultura de seguridad clínica)⁶⁵. Por su parte, a nivel europeo y en el ámbito enfermero, el Código Ético y Deontológico de la Enfermería Europea (Proteger al público y garantizar la seguridad del paciente)⁶⁶ al definir el concepto de seguridad —empleado de manera recurrente a lo largo de dicho Código— establece expresamente lo siguiente: «(...) Las enfermeras/os abordan la seguridad del paciente en todos los aspectos de los cuidados. Aquí se inclu-

63. Véase SIMÓN LORDA, Pablo, «Ética y seguridad de los pacientes», *Monografías Humanitas 8. Seguridad Clínica*, cit., pp. 152, 153.

64. Véase ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL DE ESPAÑA – CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS, *Código de Deontología Médica*, edit. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, 2022. Disponible en: https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/index.html (última visita 6.11.2023).

65. Concretamente, en España, el Código de Deontología Médica de 2022 establece lo siguiente:

-Artículo 41.1: «Para una mejora de la calidad asistencial el médico debe incluir en su práctica clínica la búsqueda, identificación y notificación de los incidentes y eventos adversos vinculados a la asistencia sanitaria de sus pacientes, incluidas las reacciones adversas a medicamentos, vacunas y otros productos sanitarios».

-Artículo 41.2: «El médico debe poner en conocimiento de sus superiores jerárquicos y de los responsables de la seguridad en el ámbito sanitario aquellas situaciones de riesgo potencial para el paciente derivadas del equipamiento médico, de los profesionales sanitarios o de cualquier otra circunstancia».

-Artículo 41.3: «La identificación de incidentes y eventos adversos vinculados a la asistencia sanitaria por parte del médico se refiere no solamente a aquellos relacionados con la propia asistencia, sino también a aquellos identificados en las actuaciones de otros médicos y profesionales sanitarios, así como de los locales, instalaciones o material, guardando siempre el nivel de anonimato propio del sistema de notificación».

-Artículo 43.1: «Los médicos directivos de las organizaciones sanitarias deben implementar estructuras organizativas para la recepción, registro y análisis de los incidentes y eventos adversos notificados por los profesionales sanitarios, garantizando el anonimato del sistema de notificación».

-Artículo 43.2: «Los médicos directivos de las organizaciones sanitarias deben establecer planes de mejora derivados del análisis de incidentes y eventos adversos, incluyendo el estudio y análisis de eventos centinelas».

-Artículo 43.3: «Los médicos y, en particular, aquellos que ocupan cargos directivos y de docencia en las organizaciones sanitarias deben promover la cultura de la seguridad clínica en todos los ámbitos de la actividad médica».

66. FEDERACIÓN EUROPEA DE ÓRGANOS REGULADORES DE ENFERMERÍA, *Código Ético y Deontológico de la Enfermería Europea (Proteger al público y garantizar la seguridad del paciente)*, 2007. Disponible en: https://www.consejogeneralenfermeria.org/pdfs/deontologia/codigo_deontologico_europ.pdf (última visita 27.11.2023).

ye la información a los pacientes y a otros sobre el riesgo y su reducción defendiendo la seguridad del paciente y notificando eventos adversos».

En definitiva, cabe poner de manifiesto que, partiendo de los criterios sentados por las estrategias diseñadas por la OMS (oportunamente implementadas en numerosos países por las autoridades sanitarias competentes, como ocurre en España) la seguridad del paciente ocupa actualmente un lugar central en el seno de las políticas de salud pública de numerosos estados.

No obstante, y, a pesar de que, como se ha señalado *supra*, la propia seguridad del paciente, en general, y la notificación de eventos adversos, en particular, han adquirido un peso fundamental en la configuración de los deberes —particularmente deontológicos— de los profesionales sanitarios (incluidos los directivos de las organizaciones), cabe poner de manifiesto que el contexto legal se ha convertido en una de las principales barreras a la notificación. Ello ha sido oportunamente detectado no solo en el marco de las diferentes iniciativas asumidas por la OMS desde principios del siglo XXI, sino también por parte de múltiples estudios focales y grupos de trabajo que han abordado la cuestión en las últimas décadas. De esta forma, la que unánimemente se considera como la obra de referencia en materia de seguridad del paciente en la esfera sanitaria, *To Err is Human: Building a Safer Health System* (1999), en relación con la implementación de sistemas de notificación y registro de eventos adversos dedicaba su capítulo 6.^o a los mecanismos de protección de los sistemas de notificación voluntaria de errores con la finalidad de evitar la divulgación de los datos contenidos en los mismos. En este sentido, se ponían de manifiesto las limitaciones legales para proteger los datos enviados a sistemas de notificación voluntaria evidenciando la preocupación de las organizaciones sanitarias por el hecho de que transmitir información sobre errores médicos pudiese exponerlos a litigios⁶⁷. En esta línea, cabe apuntar que la falta de voluntad de compartir dicha información significa que los errores permanecen ocultos y los mismos pueden repetirse en diferentes organizaciones⁶⁸. En definitiva, se asume como una evidencia que el ordenamiento jurídico, en particular en materia de responsabilidad sanitaria, constituye una de las principales barreras a la notificación, lo que requiere de medidas correctoras (particularmente a nivel legislativo).

67. Véase INSTITUTE OF MEDICINE, *To Err is Human: Building a Safer Health*, cit., pp. 23, 109 y ss.

68. *Ibidem*, p. 23. Asimismo, se proceden a analizar en dicha obra las opciones legales y prácticas disponibles para proteger los datos al objeto de permitir a proveedores y organizaciones sanitarias analizar más abiertamente cuestiones relacionadas con el error médico y la seguridad del paciente con la finalidad de que los errores puedan prevenirse antes de materializarse en daños graves o muerte.

Posteriormente, otro trabajo de referencia «La seguridad del paciente en siete pasos» de la Agencia para la Seguridad del Paciente Británica (NPSA)⁶⁹ identificaba entre las principales barreras para la notificación el miedo a ser culpado, a poder decir algo que pueda ser usado en su contra, a pasar culpas a otros, así como el temor a riesgos médico-legales⁷⁰.

Al hilo de lo anterior cabe colegir que una de las preocupaciones esenciales puestas de manifiesto en los documentos de trabajo y estrategias diseñadas por la OMS desde principios del siglo XXI en relación con el establecimiento de sistemas de notificación y registro de eventos adversos reside en la evitación del efecto culpabilizador de los mismos con respecto a los profesionales sanitarios implicados⁷¹. Ello deriva del hecho de que, si los profesionales sanitarios perciben que los sistemas de notificación constituyen vías privilegiadas para la exigencia de responsabilidad individual (penal y disciplinaria, fundamentalmente), la consecuencia será la infranotificación y la falta de valor alguno de dichos sistemas de cara al aprendizaje pues se carecerá de bases fácticas sobre las que establecer oportunidades de mejora y de evitación a futuro de errores^{72 73}.

La consecución de sistemas de notificación y registro de eventos adversos realmente eficaces en la esfera sanitaria supone el necesario tránsito desde un modelo de responsabilidad eminentemente retrospectiva, individual y culpabilizante —que es la predominante en la concepción jurídica tradicional y que se plasma en esferas como la penal o la disciplinaria— a un paradigma en esencia

69. Véase AGENCIA NACIONAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE (NPSA) – SISTEMA NACIONAL DE SALUD (NHS) REINO UNIDO, *La seguridad del paciente en siete pasos*, edit. Agencia de Calidad - Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2006, p. 24. Disponible en: https://www.sefh.es/carpetasecretario/7_PASOS.pdf (última visita 4.11.2023).

70. Cabría incluso ir más allá y poner de manifiesto que los factores aludidos, junto con la —también citada en el mencionado Informe— sensación de fallo (entendida esta última en el sentido de que los altos niveles de desempeño pueden dificultar el admitir que algo no fue según se esperaba), constituyen las principales barreras a la notificación recogidas en dicho Informe, pues el resto de las allí mencionadas (no se ve el beneficio de informar, falta de recursos personales, de tiempo, etc., «no es cosa mía»: es la responsabilidad de alguien, no está claro el qué, cómo y cuándo informar) constituyen meros aspectos formales, burocráticos o formas de pensamiento fácilmente resolubles con medidas técnicas o de promoción/educación profesional adecuadas. Véase AGENCIA NACIONAL PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE (NPSA) – SISTEMA NACIONAL DE SALUD (NHS) REINO UNIDO, *La seguridad del paciente en siete pasos*, cit., p. 24.

71. En el mismo sentido, véase KUTRYBA, B. y KUTAJ-WASIKOWSKA, H., «Seguridad clínica y acreditación: ¿Cuál es el vínculo?», cit., p. 130.

72. Una interpretación similar en relación con el contexto legal imperante en Italia, realizan VETRUGNO, G., FOTI, F., SPAGNOLO, A. y DE-GIORGIO, F., «Reconciling patients' need for compensation with doctors' need for protection», cit.

73. Véase SHARPE, V. A., *Promoting patient safety. An ethical basis for policy deliberation*, The Hastings Center, 2003, n.º 5, Suplemento especial 33, S7. Disponible en: https://www.thehastingscenter.org/pdf/patient_safety.pdf (última visita 19.11.2023).

prospectivo, de corte sistémico y no culpabilizante⁷⁴. En definitiva, el éxito de tales sistemas de notificación pasaría por el tratamiento de los eventos adversos fundamentalmente como fallos sistémicos, evidenciando oportunidades de mejora y aprendizaje en la esfera supraindividual —perspectiva sistémica—⁷⁵. Ello, en ningún caso debería interpretarse como una exigencia de irresponsabilidad absoluta de los profesionales sanitarios ante eventuales errores, pues la responsabilidad individual debe subsistir en supuestos de actuaciones dolosas o negligentes^{77 78}. En este sentido, la OMS aboga por considerar que para conocer las causas de los errores que se producen durante la atención médica, se debe dejar de buscar culpables y adoptar un planteamiento eminentemente sistémico. De ese modo, se comprueba que los errores son consecuencia de las deficiencias existentes en las estructuras, así como en los procesos del sistema y, en consecuencia, se puede evaluar el grado de estrés que soportan los trabajadores de los establecimientos de atención de salud, entornos éstos complejos y en continua evolución. Con todo, tal cambio de enfoque no implica pasar por alto las posibles negligencias y conductas incorrectas del personal de salud que dan lugar a un nivel de atención insuficiente.

A rubricar dicho cambio de perspectiva vendría la introducción del concepto de «cultura justa» al que alude la OMS en su PAMSP 2021-2030. De acuerdo con lo dispuesto en dicho Plan, una cultura justa reconoce la complejidad de las situaciones y eventos y que, si bien la mayor parte de los fallos en materia de seguridad del paciente se deben a un sistema débil, existen una minoría de situaciones en las que un individuo debe ser considerado responsable, por ejemplo, cuando se trata de una conducta negligente o, incluso, dolosa.

74. Dicha distinción entre ambos modelos de responsabilidad en su proyección al ámbito de la seguridad del paciente, y, en concreto, su aplicación a la esfera de los errores médicos es inicialmente establecida en el informe del Hastings Center. Véase SHARPE, V. A., *Promoting patient safety. An ethical basis for policy deliberation*, cit., S10. En el mismo sentido, véase LORDA, P. S., «Ética y seguridad de los pacientes», cit., pp. 153, 154. Se acoge a dicha posición el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre los aspectos éticos de la seguridad del paciente y, específicamente, de la implantación de un sistema efectivo de notificación de incidentes de seguridad y eventos adversos*, cit., p. 59.

75. Véase ARANAZ ANDRÉS, J. M.^a, MOLLAR MASERES, J. B. y GEA VELÁZQUEZ DE CASTRO, M.^a T., «Efectos adversos en el siglo XXI. La epidemia silenciosa», cit., p. 68.

76. La implantación de un modelo en materia de seguridad del paciente fundado en una concepción prospectiva (no punitiva) resulta, como pone de manifiesto el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre los aspectos éticos de la seguridad del paciente y, específicamente, de la implantación de un sistema efectivo de notificación de incidentes de seguridad y eventos adversos*, cit., p. 20, coherente con los fundamentos de nuestro sistema de salud basados en la responsabilidad solidaria, de manera que la conducta previa del paciente o las razones que pudieron llevar al mismo a enfermar no se consideran, es decir, el sistema se basa en la solidaridad en la que no se pregunta por las causas de la enfermedad.

77. Véase LORDA, P. S., «Ética y seguridad de los pacientes», cit., p. 154.

78. Aboga por aunar una perspectiva retrospectiva y una concepción prospectiva de la responsabilidad en la esfera sanitaria SHARPE, V. A., *Promoting patient safety. An ethical basis for policy deliberation*, cit., p. S4.

El referido concepto de «cultura justa» constituye un referente normativo de primer orden, pues puede servir de fundamento para la adopción de decisiones legislativas en países como España en los que los sistemas de notificación y registro de eventos adversos carecen de una normativa específica suficientemente desarrollada que determine sus características y peculiaridades, y los dote de ciertas garantías de funcionamiento protegiendo a los intervinientes en el mismo (notificantes, personal encargado de los procesos de análisis y revisión de los propios eventos adversos, etc.).

3.3. El caso español: el Derecho penal y procesal ante el fenómeno de la notificación de eventos adversos

En España, desde el año 2010 (fases iniciales) se ha implementado de forma progresiva el Sistema de Notificación y Aprendizaje para la Seguridad del Paciente (SiNASP)⁷⁹ actualmente aplicado en distintas Comunidades Autónomas. Otras (Andalucía, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Euskadi, Islas Baleares y Madrid⁸⁰) han puesto en marcha sus propios sistemas de notificación. El marco normativo para el desarrollo de una estructura de notificación viene constituido por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyas previsiones (arts. 59 y 60)⁸¹ resultan

79. Para una ampliación sobre sus características técnicas e implicaciones legales, véase URRUELA MORA, A. y LIBANO BERISTAIN, A., «Spanish national system for the notification and recording of adverse events and incidents in the health sector (SiNASP)», *Medicine and Law. Theme issue: Patient Safety in 2022*, 2022, 1, pp. 17 y ss.

80. En concreto, en la esfera autonómica, los sistemas específicos existentes distintos al SiNASP son los siguientes: Notificación de Incidentes y Aprendizaje para la Seguridad del Paciente en Andalucía (notificASP), Sistema de Notificación de Incidentes de Seguridad de los Pacientes de Cataluña (SNiSP Cat), Sistema de Notificación de Incidentes sin Daño en Castilla y León (Sisnot), Sistema de Notificación de Incidentes y Eventos Adversos en la Comunidad Valenciana (SINEA), Sistema de Notificación y Aprendizaje en Seguridad del Paciente en Euskadi (SNASP), Notificación de incidentes y aprendizaje para la seguridad del paciente en las Islas Baleares (Not-i-Fic) y Sistema de Comunicación de Incidentes de Seguridad y Errores de Medicación en Madrid (CISEMadrid).

81. A tal efecto, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud establece lo siguiente:

-Artículo 59. Infraestructura de la calidad: «1. La mejora de la calidad en el sistema sanitario debe presidir las actuaciones de las instituciones sanitarias tanto públicas como privadas.

2. La infraestructura para la mejora de la calidad del Sistema Nacional de Salud estará constituida por los elementos siguientes:

a) Normas de calidad y seguridad, que contendrán los requerimientos que deben guiar los centros y servicios sanitarios para poder realizar una actividad sanitaria de forma segura.

b) Indicadores, que son elementos estadísticos que permitirán comparar la calidad de diversos centros y servicios sanitarios de forma homologada, ajustada al riesgo y fiable.

c) Guías de práctica clínica y guías de práctica asistencial, que son descripciones de los procesos por los cuales se diagnostica, trata o cuida un problema de salud.

d) El registro de buenas prácticas, que recogerá información sobre aquellas prácticas que ofrezcan una innovación o una forma de prestar un servicio mejor a la actual.

en este punto absolutamente genéricas y carentes del mínimo nivel de especificidad (amén de limitadas al sistema nacional y no extensibles a los de las Comunidades Autónomas), más allá de la propia previsión legal de constitución de un sistema tal.

Concretamente, a los sistemas de notificación y registro de eventos adversos no se les ha dotado en España de garantías legales específicas para con los distintos intervinientes en los mismos, como sí ha ocurrido en otros países (Estados Unidos, Dinamarca o Italia, entre otros). Al hilo de lo anterior, ROMEO / URRUELA⁸² han destacado que el artículo 59.2 e) de la mencionada Ley de cohesión y calidad viene a integrar en el marco de la infraestructura para la mejora de la calidad del Sistema Nacional de Salud el registro de acontecimientos adversos que, de acuerdo con la propia norma, «recogerá información sobre aquellas prácticas que hayan resultado un problema potencial de seguridad para el paciente», quedando de manifiesto que dicha infraestructura en general estará a disposición tanto del Ministerio de Sanidad como de las propias Comunidades Autónomas.

Más allá de lo anterior, en el caso español los distintos intervinientes en un sistema de notificación y registro de eventos adversos (notificantes, comisiones de seguridad del paciente o similares, responsables de seguridad del paciente del centro, etc.) quedan sometidos a diferentes obligaciones, fundamentalmente desde el punto de vista procesal penal, tales como la de denunciar los hechos delictivos de los que tengan conocimiento (art. 262 Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante, LECrim—, que resulta directamente predicable de los profesores de Medicina, Cirugía o Farmacia)⁸³ o la obligación de com-

e) El registro de acontecimientos adversos, que recogerá información sobre aquellas prácticas que hayan resultado un problema potencial de seguridad para el paciente.

Esta infraestructura estará a disposición tanto del Ministerio de Sanidad y Consumo como de las comunidades autónomas.

Artículo 60. Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud: «1. Se creará la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud, órgano dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo al que corresponderá la elaboración y el mantenimiento de los elementos de la infraestructura de la calidad.

Su creación se llevará a cabo de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 67.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

2. La Agencia elaborará o adoptará los elementos de la infraestructura con el asesoramiento de sociedades científicas y expertos del sector, a partir de la experiencia nacional e internacional. También podrá promover convenios con instituciones científicas para elaborar o gestionar los elementos de la infraestructura. Asimismo difundirá los elementos de la infraestructura para su conocimiento y utilización por parte de las comunidades autónomas y los centros y servicios del Sistema Nacional de Salud».

82. Véase ROMEO CASABONA, C. M.^a y URRUELA MORA, A., *El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de eventos adversos en el sector sanitario: Aspectos legales*, cit., p. 9.

83. -Artículo 262 LECrim: «Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante.

parecer y declarar como testigos en caso de llamamiento judicial en el marco de un proceso penal (arts. 410 y ss. LECrim)⁸⁴.

Particularmente relevante resulta la posición que, en el supuesto de un eventual enjuiciamiento criminal por mala praxis sanitaria (así, homicidio o lesiones imprudentes), pudieran ostentar los miembros de los comités encargados del Análisis de Causas Raíz, dado que, a resultas de la implementación del estudio retrospectivo del caso en el que se basa el Análisis de Causa Raíz, así como por su carácter de especialistas en la esfera sanitaria, su criterio podría llegar a constituir el fundamento para la determinación de la concurrencia de una inobservancia de la norma de cuidado (infracción de la *lex artis*)⁸⁵ en el marco de un proceso penal, pudiendo servir, en definitiva, para sustentar la condena de los profesionales sanitarios implicados en el evento adverso. Ello supondría un desvío palmario con respecto a la finalidad primigenia a la que se orientan los sistemas de notificación y registro de eventos adversos y, de materializarse en la práctica, podría conducir a la inhabilitación de tales sistemas por falta de notificaciones efectivas.

De las distintas obligaciones procesales a las que quedan sometidos los diversos intervinientes en los sistemas de notificación y registro de eventos adversos, seguramente la más relevante sea la de comparecer y declarar como testigos en el proceso penal. De esta forma, de acuerdo con el artículo 410 LECrim,

Los que no cumpliesen esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente.

Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250.

Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes».

84. Para una ampliación acerca de la incidencia que ostentan en relación con los diferentes intervinientes en un sistema de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria (notificantes, miembros de las comisiones encargadas del Análisis de Causas Raíz, gestores de bases de datos, etc.), por un lado, la obligación de denunciar los hechos delictivos de los que se tenga conocimiento y, por otro, la de comparecer y declarar como testigo en caso de llamamiento judicial en el marco de un proceso penal, puede consultarse URRUELA MORA, A. y LIBANO BERISTAIN, A., «Los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria desde la perspectiva procesal penal. Particular análisis del modelo español (SiNASP)», *Lex Medicinae. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 36, 2021, pp. 17 y ss. (también publicado en *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, C. M.º Romeo Casabona y A. Perin (eds.), edit. Comares, Granada, 2020, pp. 93 y ss.).

85. Desde la perspectiva dogmática, una de las cuestiones más relevantes de cara a la implementación de sistemas de notificación y registro de eventos adversos es la relativa al estatus procesal de los miembros de los comités encargados del Análisis de Causas Raíz (testigos, testigos de referencia, peritos, testigo-perito): Para una ampliación sobre el particular, véase URRUELA MORA, A. y LIBANO BERISTAIN, A., «Los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria desde la perspectiva procesal penal. Particular análisis del modelo español (SiNASP)», *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal*, cit., pp. 93 y ss.

todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley. Asimismo, el artículo 420 LECrim dispone que el que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial —excepto las personas mencionadas en el artículo 412— o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre los que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos previos, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros⁸⁶. Si persistiere en su resistencia será conducido, en el primer caso, a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad y se le podrá imputar por un delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 Código Penal —en adelante, CP—, y, en el segundo caso, será también perseguido por la eventual comisión de una infracción penal de desobediencia grave a la autoridad. La multa será impuesta en el acto de notarse o cometerse la falta.

Por otro lado, el testigo en la esfera del proceso penal se encuentra igualmente sometido a la obligación de decir la verdad derivada del artículo 433 LECrim cuyo incumplimiento puede generar, asimismo, responsabilidad penal en virtud de un delito de falso testimonio (véanse arts. 715 LECrim y 458 CP).

En definitiva, el incumplimiento de las referidas obligaciones previstas para los testigos en el enjuiciamiento criminal podría dar lugar a una condena penal. Lo anterior ostenta indudable relevancia en la esfera de un sistema de notificación de eventos adversos como el ya implementado en España, ya que, en el curso de un proceso penal por una eventual mala praxis sanitaria, determinados integrantes del sistema referido podrían ser llamados en calidad de testigos.

A pesar de lo anterior, existen una serie de supuestos consagrados normativamente por la legislación procesal penal en los cuales las obligaciones atinentes a los testigos (comparecer y declarar) ya referidas decaen como consecuencia de diversas causas. En este sentido, a efectos de nuestro estudio particular interés ostentan los artículos 416 y 417 LECrim. La simple lectura de la normativa procesal señalada permite evidenciar que, en el caso español, no se reconoce exención alguna a los profesionales sanitarios en relación con la obligación de declarar, frente a lo previsto para abogados o eclesiásticos, entre otros.

Así, pues, en España el anterior conjunto de obligaciones procesales (que en caso de incumplimiento dan lugar a la comisión de los correspondientes deli-

86. Téngase en cuenta que el artículo 420 LECrim fue modificado a través de la Ley 38/2002, reforma que básicamente afectó a la cuantía de la multa y que no se extendió al ya mencionado artículo 262 LECrim.

tos) pesan directamente sobre los distintos intervinientes en un sistema de notificación y registro de eventos adversos, lo que obliga a una toma en consideración acerca de la oportunidad de dotar a determinados intervinientes en el sistema de excepciones a aquéllas como forma de materialización del concepto de «cultura justa» que predica la OMS —con la finalidad de lograr una perspectiva sistémica y no focalizada en el individuo— en el análisis de los eventos adversos.

En este sentido, excelentes referentes normativos vienen constituidos por legislaciones de países que han desarrollado diferentes mecanismos legales de protección para los sujetos implicados en los procesos vinculados con la seguridad del paciente, tales como Dinamarca, Estados Unidos o Italia, entre otros. Ejemplos particularmente ilustrativos de lo anterior resultan el *Act on Patient Safety in the Danish Health Care System* de 2003⁸⁷ o la *Patient Safety and Quality Improvement Act* (Estados Unidos) de 2005⁸⁸, que procedieron a consagrar un estatus reforzado de los notificantes. En todo caso, seguramente el modelo más integral en nuestro entorno próximo de protección jurídica de los intervinientes en un sistema de notificación y registro de eventos adversos viene constituido por la Ley italiana de 8 de marzo de 2017⁸⁹. A la vista de dichos modelos de derecho comparado se impone en España una necesaria reflexión acerca de la oportunidad de implementar cambios normativos (particularmente atinentes al enjuiciamiento criminal) a fin de consagrar ciertas excepciones procesales a determinados intervinientes en los sistemas de seguridad del paciente.

87. -Artículo 6 *Act on Patient Safety in the Danish Health Care System* (Act n.º 429) de 10 de junio de 2003: «A health care professional reporting an adverse event shall not as a result of such reporting be subjected to disciplinary investigations or measures by the employing authority, supervisory reactions by the National Board of Health or criminal sanctions by the courts».

88. *Patient Safety and Quality Improvement Act* (Estados Unidos) de 29 de julio de 2005, Sección 922 (*Privilege and Confidentiality Protections*) Apartado (e) *Reporter Protection*: «(1) IN GENERAL. – A provider may not take an adverse employment action, as described in paragraph (2), against an individual based upon the fact that the individual in good faith reported information:

(A) to the provider with the intention of having the information reported to a patient safety organization; or
(B) directly to a patient safety organization.

(2) ADVERSE EMPLOYMENT ACTION. – For purposes of this subsection, an «adverse employment action» includes:

(A) loss of employment, the failure to promote an individual, or the failure to provide any other employment-related benefit for which the individual would otherwise be eligible; or

(B) an adverse evaluation or decision made in relation to accreditation, certification, credentialing, or licensing of the individual».

89. LEGGE 8 marzo 2017, n.º 24. *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie.* (17G00041) (GU n.º 64 de 17 de marzo de 2017).

4. Consideraciones finales

El presente trabajo ha tratado de evidenciar la importancia del liderazgo asumido por parte de la OMS y otras instituciones internacionales en materia de seguridad del paciente, y, en particular, destacar la relevancia que la implementación de sistemas de notificación y registro de eventos adversos ostenta en este ámbito. Dichas políticas en materia de seguridad del paciente se han impuesto en numerosos estados desde una perspectiva claramente vertical a partir de la referida iniciativa asumida por la OMS y el impulso a las mismas por organismos como el Consejo de Europa o la Unión Europea. En concreto, el proceso adoptado implica dos ventajas fundamentales: por un lado, su importante grado de homogeneización en la esfera comparada garantizándose la obtención de resultados significativos en un número relevante de países; y, por otro lado, la fundamentación de las diferentes acciones en consensos alcanzados en el seno de instituciones cuyas estrategias se encuentran avaladas por gran parte de los mayores expertos a nivel mundial en las parcelas referidas.

Al hilo de lo señalado, tanto diferentes resoluciones de la Asamblea General de la OMS como una multiplicidad de estrategias, documentos y planes elaborados al amparo de dicha organización (incluyendo las iniciativas integradas en el marco de la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente) han subrayado el carácter central de los sistemas de notificación con la finalidad de permitir el aprendizaje y evitar errores sanitarios a futuro.

No obstante, la consecución de importantes niveles de notificación exige un cambio de perspectiva en el registro y análisis *ex post* de los incidentes producidos en la praxis médico-sanitaria, pasando de un planteamiento fundado en la culpabilización individual a un enfoque eminentemente sistémico que tienda a tomar en consideración los factores subyacentes como elementos etiológicos esenciales de la mayor parte de los denominados errores médicos. Se trataría, en definitiva, de superar el marco retrospectivo asociado a la responsabilidad individual en el análisis de los eventos adversos para adoptar como referencia primordial la orientación prospectiva de carácter sistémico. A dicho cambio de paradigma responde el concepto de «cultura justa» (*just culture*) por el que aboga la OMS en esta esfera, que en ningún caso implica asumir la irresponsabilidad jurídica de los individuos (pues la referida responsabilidad subsistirá en casos de actuaciones dolosas o en supuestos en que se cause un resultado mediando infracción de la *lex artis*). Sin embargo, en numerosos países —y, destacadamente, en España— queda pendiente la traslación a la legislación positiva, en especial penal (tanto procesal como, eventualmente, sustantiva), de las oportunas reformas normativas coherentes con dicho cambio de paradigma.

XV | El ejercicio acumulado de la acción penal y civil como mecanismo de protección de las víctimas de delito¹

Núria Mallandrich Miret
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CARÁCTER CONTINGENTE DE LA ACCIÓN CIVIL. 3. LA ACCESORIEDAD DE LA ACCIÓN CIVIL. 4. POSICIONAMIENTOS ACERCA DE LA ACUMULACIÓN. 4.1. PROS Y CONTRAS DE LA ACUMULACIÓN. 4.2. EL FUTURO DE LA ACUMULACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y CIVIL. 4.2.1. La acumulación de la acción penal y civil en las recientes propuestas de reforma legislativa. 4.2.2. El efecto «desgaste» de la no acumulación. 4.2.3. Las políticas de la UE en materia de derechos de las víctimas: hacia «la justicia centrada en las víctimas». 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

Se ha mantenido que el principal interés de la víctima en el proceso penal se manifiesta respecto de la acción civil², en cuanto mecanismo de reparación del daño que el delito le haya podido ocasionar. Y aunque no se compartiera tal opinión³, lo cierto es que la reparación a las víctimas, prevista en los términos de los arts. 109 y 110 CP, es uno de los principales mecanismos para reparar el daño

1. Este trabajo se ha realizado en el ámbito de los Proyectos financiados por el Ministerio de Ciencia e innovación «Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible (PID 2021-125149NB-I00) y «Estrategias transversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción (PID 2021-1230280B-I00).

2. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso penal», en Protección penal de consumidores y usuarios, CGPJ – Manuales de Formación Continuada, 2001, p. 14; PASCUAL BROTONS, C. C., «Utilización del proceso penal para la reclamación de daños», en Práctica de los Tribunales, nº 136, enero-febrero, 2019, p. 2.

3. En este sentido HEBLY, VAN DONGEN y LINDENBERGH destacan de las entrevistas realizadas a treinta y seis víctimas de delitos en los Países Bajos, que si bien algunas de ellas habían decidido personarse en el proceso penal únicamente por razones económicas, varios entrevistados que habían sufrido un daño económico pequeño o que habían podido ser indemnizados parcialmente por otras vías, señalaban que la razón por la que se habían constituido como parte era porque consideraban que se trataba de un «deber cívico», atribuyendo mayor importancia al factor emocional así como a la relevancia social del acto (en HEBLY, M.R., VAN

causado por el delito⁴, cobrando especial relevancia el análisis de la regulación relativa al ejercicio de la acción civil. Por no ser una cuestión baladí en cuanto a su importancia como en cuanto a su eficacia⁵, la regulación procesal de la institución ha suscitado a lo largo de los años un amplio debate entre la doctrina procesalista. En especial en torno a tres cuestiones: 1) El objeto o concepto de responsabilidad civil; 2) La regulación procedimental del ejercicio de la acción civil que los arts. 100 y 108 LECrim acumulan por defecto a la acción penal, y; 3) la relativa los sujetos que deben estar habilitados por ley para ejercitarla, y, en concreto, cuál debe ser el nivel de intervención de la víctima, así como de terceros. Sin minimizar la importancia de los otros dos y asumiendo la necesidad que la regulación de los tres ámbitos debe estar armonizada, en este trabajo me centraré en analizar la segunda, esto es la acumulación de la acción penal y civil en el proceso penal. Como se expondrá, a lo largo de los años han surgido posiciones favorables a la acumulación, algunas de las cuales abogan incluso por reforzar la regulación, pero también posiciones que la critican y abogan por un ejercicio independiente al de la acción penal ante los tribunales civiles, ya sea de forma generalizada o en casos específicos. Por ello, el objeto del presente trabajo se centrará en reflexionar sobre si debe seguir manteniéndose la acumulación de la acción civil al proceso penal o, bien si debería optarse, como sucede en algunos ordenamientos de nuestro entorno, por dirimir la responsabilidad civil ante los tribunales civiles; y en el caso que se mantenga, con qué amplitud.

Para el análisis de estas cuestiones deberán tenerse en cuenta necesariamente los estudios sobre victimología y las políticas de protección de la víctima que orientan tanto la legislación europea como nacional en la materia, a las que aludiré más adelante.

2. El carácter contingente de la acción civil

El objeto del proceso penal viene configurado, en esencia, por el art. 100 LECrim que establece que «[d]e todo delito o falta nace acción penal para el

DONGEN, J.D.M., y LINDENBERGH, S.D., «Crime Victims' Experiences with Seeking Compensation: A Qualitative Exploration», en *Utrecht Law Review*, 10 (3), pp. 31-32.

4. Sin perjuicio de los mecanismos vinculados a la justicia restaurativa que pueden lograr una reparación en un sentido más amplio.

5. En el estudio llevado a cabo por Soletto y Grané se concluye que «en su mayoría, las indemnizaciones dictadas en sentencia ejecutoria en los procedimientos penales no son pagadas por los condenados: a pesar de que los tribunales establecen altas indemnizaciones, tanto en los Juzgados de lo Penal como en la Audiencia Provincial, la mayoría de las víctimas reciben menos de 300€». Igualmente, se señala que en el 32% de los casos las víctimas no habían recibido indemnización alguna, mientras que el 44% había recibido la totalidad de la indemnización dictada en sentencia si bien se estimaba que estos supuestos podían corresponderse con indemnizaciones pequeñas. En Soletto y Grané, *Revista de victimología*, n° 8/2018, p. 36 y 57-58.

castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible». Como puede observarse la propia redacción del precepto no deja lugar a dudas acerca del carácter principal y necesario de la acción penal. Sin ella no puede haber proceso penal; sin embargo, sí que podría eventualmente existir un proceso penal sin daño y, por lo tanto, sin acción civil.

Sobre este particular la doctrina ha señalado que la acción civil tiene carácter contingente o eventual⁶. Por defecto, de acuerdo con el art. 108 LECrim la acción civil deberá ejercitarse en el proceso penal juntamente con la penal por parte del Ministerio Fiscal. No obstante, si bien la LECrim obliga al Ministerio Fiscal a ejercitar la acción civil de forma acumulada a la penal, ello será posible siempre y cuando se dé un presupuesto necesario, esto es, que los hechos constitutivos del delito hayan ocasionado un daño o causado perjuicio directo a un sujeto. Para que la pretensión pueda ser acogida, el daño deberá alegarse y acreditarse en el proceso. Actualmente tanto la doctrina⁷ como la jurisprudencia⁸ estiman mayoritariamente que el fundamento de la acción civil derivada de delito reside en el hecho dañoso, no en el delito, ostentando la responsabilidad civil naturaleza civil⁹, aun cuando se ejercite en el ámbito de un proceso penal por razones de economía procesal¹⁰. Consecuencia de ello será que las normas aplicables para la resolución de la cuestión de fondo serán normas civiles, siendo el Código Civil aplicable con carácter subsidiario a las disposiciones contenidas en los arts. 109 y siguientes del CP.

6. VALLESPÍN PÉREZ, D., «La acción civil «ex delicto» en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en la propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013. Especial referencia a la vinculación de los órganos jurisdiccionales civiles al contenido de la sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento dictados por el órgano judicial penal» *Práctica de los Tribunales*, núm. 111, noviembre-diciembre, 2014.; RIZO GÓMEZ, B., «Proceso penal y daños. A propósito del ejercicio de la acción civil en el proceso penal actual y perspectivas de futuro», *RGDP*, nº 52, 2020, p. 7.

7. FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991, op. cit., p. 27; RIZO GÓMEZ, B., *Proceso penal y daños. A propósito del ejercicio de la acción civil en el proceso penal actual y perspectivas de futuro*, op. cit., p. 3.

8. STS 785/2013, de 22 de octubre y 222/2018, 10 de mayo, entre otras.

9. FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, op. cit., pp. 15-16; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 48; PARRA LUCÁN, M^a A., «El tercero obligado a restituir la cosa. Acción civil en el proceso penal: declaración de nulidad de títulos por la jurisdicción penal e indemnización de daños», op. cit., p. 310; GÓMEZ POMAR, F., «Responsabilidad civil derivada de delito», en *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016 p. 275.

10. VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «El ejercicio de la acción civil en el proceso penal» en *La responsabilidad civil derivada de delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 118; SOLÉ RIERA, J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, op. cit., p. 66; FERNÁNDEZ FUSTES, M^a L., *La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil)*, Tirant lo Blanch, València, 2004, p.

Además, no debe olvidarse que la acción civil por su naturaleza tiene carácter dispositivo. Por ello, se permite a los perjudicados renunciar a la misma o reservarse su ejercicio para un proceso posterior. La manifestación de la voluntad en uno u otro sentido deberá ser expresa, sin que se acepte que ésta pueda formularse tácitamente. El art. 112 LECrim establece una presunción en sentido opuesto. Salvo que los perjudicados lo manifiesten expresamente, se entenderá que si ejercitan la acción penal también ejercitan la civil. Asimismo, el art. 110.II LECrim exige que la renuncia a la acción civil se haga de forma clara y determinante, esto es, de forma expresa, sin que pueda en modo alguno entenderse que los perjudicados renuncian a su derecho de reparación por el hecho de no personarse en la causa. Se trata de disposiciones, en este sentido, claramente protectoras de la víctima en la medida que este tipo de manifestaciones pueden suponer una renuncia no solo a una posibilidad procesal, sino también a un derecho sustantivo.

La renuncia a la acción civil equivale a una renuncia al derecho, de modo que renunciada la acción ésta no podrá ejercitarse en un proceso civil posterior. Por el contrario, la reserva de acciones supone una manifestación del perjudicado dirigida exteriorizar su voluntad de ejercitar la acción civil de forma separada en un proceso civil. Sin embargo, de conformidad con el art. 111 LECrim, mientras esté pendiente la acción penal no podrá ejercitarse acción civil separada hasta que la primera haya sido resuelta por sentencia firme. En cualquier caso, el éxito de la acción civil no viene determinada por la prosperabilidad de la acción penal en la medida que ambas acciones tienen fundamentos jurídicos distintos. Como consecuencia, cabe la posibilidad que la sentencia penal sea absolutoria pero el tribunal civil estime la concurrencia responsabilidad civil por los hechos dañosos. Por el contrario, también cabría la posibilidad que la sentencia penal fuera condenatoria, pero el órgano jurisdiccional llegara a la conclusión que no los hechos no han causado un daño —o este no ha podido ser probado—, motivo que llevaría a la desestimación de la pretensión civil. En este segundo caso no podría iniciarse posteriormente un proceso civil ante los tribunales de esta jurisdicción puesto que la sentencia desestimatoria quedaría cubierta por la eficacia de cosa juzgada.

3. La accesoriidad de la acción civil

Distinto a lo anterior es el carácter accesorio o incidental de la acción civil respecto de la acción penal¹¹. De acuerdo con el art. 116 LECrim extinguida la

11. VALLESPÍN PÉREZ, D., «La acción civil «ex delicto» en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en la propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013...», op. cit., p. 5.

acción penal, salvo que se declare en sentencia que no existió el hecho, podrá ejercitarse la acción civil ante la jurisdicción civil. Del mismo modo deberá procederse según reza el art. 115 LECrim en los supuestos de extinción de la acción penal por el fallecimiento del investigado. Sin embargo, debe tenerse presente que, aunque la consecuencia sea la misma, esto es, la necesidad de acudir a la jurisdicción civil tras la finalización del proceso penal, el fundamento de ambas normas es distinto. En el caso del artículo 116 LECrim el asunto ha finalizado por sentencia sobre el fondo. En cambio, en el supuesto del art. 115 LECrim, los hechos han quedado imprejuizados porque se ha extinguido la acción penal —esto es, la principal— antes que los hechos hayan podido ser juzgados y se haya podido dictar, en consecuencia, la sentencia. En cambio, en el caso del art. 119 CP, la ley adopta la solución contraria y permite al juzgador penal pronunciarse sobre la acción civil cuando se dicte sentencia absolutoria por entender que concurre alguna causa de exención de responsabilidad del art. 118 CP, en relación con el art. 20 del mismo cuerpo legal.

En los supuestos de los arts. 115 y 116 LECrim se produce una pérdida de competencia del juez penal. Según ha manifestado la doctrina, el juez penal tiene competencia para pronunciarse sobre la acción penal *secundum eventum litis*, de modo que «[n]o es la acción civil la que deriva de la acción penal, sino que es la competencia civil la que es consecuencia de la penal, en virtud de la acumulación heterogénea de acciones¹². Se trata de una absorción de competencia para conocer de la acción civil, es decir de una competencia por adhesión¹³. La consecuencia de ello es, como señala RAMOS MÉNDEZ, que la norma «se vuelve en contra de los delitos en los casos que el juicio termina por sentencia absolutoria¹⁴. Se genera una situación claramente perjudicial para una de las partes en el conflicto. Iniciado el proceso penal, el perjudicado no puede acudir a los tribunales civiles porque lo veta el art. 111 LECrim, de modo que deberá necesariamente esperar a que este finalice. Sin embargo, tras su tramitación, se encontrará que se le obliga a dirigirse a la jurisdicción civil y pasar por todos los trámites e instancias hasta lograr una sentencia firme sobre el fondo. Desde una perspectiva puramente civil, no existe un reparto equitativo de cargas entre el responsable civil y el perjudicado por el hecho dañoso. En el ámbito civil, la dilación siempre beneficia a la persona contra la que se reclama en la medida que operará un efecto de desgaste en el actor. Este efecto de desgaste puede ser especialmente relevante en casos en los que haya un gran número de perjudicados y, sobre todo, si el valor de los daños no es muy elevado. En

12. RIZO GÓMEZ, B., «Proceso penal y daños. A propósito del ejercicio de la acción civil en el proceso penal actual y perspectivas de futuro», op. cit., p. 7.

13. FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal.*, op. cit., p. 18.

14. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 44.

supuestos con estas características, e incluso en otros, el desgaste puede conducir a que muchas víctimas decidan no seguir adelante con su reclamación que, si bien se ha declarado en sentencia que no tenía relevancia penal, sí puede prosperar en la vía civil. Un buen ejemplo de ello, podría ser los casos de daños a consumidores. Por ello, en la doctrina, han surgido distintas propuestas dirigidas a ampliar la competencia del juez penal para que pueda pronunciarse también en estos supuestos absolución y extinción de la responsabilidad penal¹⁵.

4. Posicionamientos acerca de la acumulación

4.1. Pros y contras de la acumulación

Dejando al margen las críticas anteriores en cuanto específicas para la regulación legal de determinados supuestos, el sistema de la acumulación es generalmente aplaudido desde un punto de vista teórico y en orden a la protección de la víctima¹⁶. En este sentido señalaba MIR PUIG, en el año 1976 que, desde un punto de vista político-criminal, aunque no conceptual, la responsabilidad civil es un instrumento del derecho penal. En este sentido el autor aplaudía la solución dada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de permitir el enjuiciamiento conjunto de la acción civil con la penal, en cuanto podía ser usada como un elemento intimidatorio y, en cuanto tal, como mecanismo de prevención¹⁷. A su vez, el autor señalaba que ello ponía de manifiesto «la adecuada consideración de la víctima —y no sólo del delincuente—, como uno de los protagonistas centrales del delito», planteando, a su vez, la posibilidad de acudir a mecanismos de justicia restaurativa¹⁸. Junto con lo anterior, también se ha señalado que contribuye a evitar el riesgo de sentencias contradictorias¹⁹.

Sin embargo, la opción legislativa a favor de la acumulación no está exenta de críticas, mayoritariamente de orden práctico. Entre ellas se ha señalado princi-

15. RIZO GÓMEZ, B., «Proceso penal y daños. A propósito del ejercicio de la acción civil en el proceso penal actual y perspectivas de futuro», op. cit., pp. 7 y ss.

16. DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, EUNSA, Pamplona, 1972, pág. 208; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «El ejercicio de la acción civil en el proceso penal» en *La responsabilidad civil derivada de delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 118; SOLÉ RIERA, J.L., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 66; FERNÁNDEZ FUSTES, M^a L., *La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil)*, Tirant lo Blanch, València, 2004, págs. 250-252.

17. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, 2003, pp. 18-19.

18. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Rappertor, Barcelona, 10ª ed, 2015, pp. 48-49.

19. SOLÉ RIERA, J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, op. cit., pág. 66.

palmente, el carácter secundario que los fiscales atribuyen a la acción civil respecto de la penal, la larga duración del proceso o la frecuente declaración de insolvencia del responsable civil.

Junto con estas críticas de carácter práctico, pueden plantearse también reservas de fondo sobre las que cabe reflexionar en profundidad. En este sentido se ha argumentado que la acción civil puede aportar complejidad a la resolución de caso y, paralelamente o como consecuencia de ésta, dilaciones en la tramitación del proceso. Además, se ha indicado que la necesidad de aplicar normas civiles en el proceso penal obliga a los jueces a emplear «una doble mentalidad y técnicas jurídicas divergentes»²⁰. Es por ello, que en la doctrina han surgido algunas voces que estiman que debería tenderse como en el derecho comparado a tramitar ambas acciones de forma independiente, cada una conforme a sus normas jurídicas y, en paralelo, de modo que ello no redunde en un retraso en la tutela que pueda recibir la víctima.

4.2. El futuro de la acumulación de la acción penal y civil

4.2.1. *La acumulación de la acción penal y civil en las recientes propuestas de reforma legislativa*

Siguiendo tendencia señalada en los párrafos precedentes, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 —que reproduce sobre este particular el Anteproyecto de 2011— en su art. 126.1 establece la norma general consistente en que «[e]n los procesos que se sigan ante los tribunales penales, podrá ejercitarse acción civil derivada de los hechos punibles con el contenido previsto y frente a las personas señaladas en el Código Penal», para luego regular la excepción en el apartado segundo. Así, este apartado prevé que «[n]o obstante lo previsto en el apartado anterior, el fiscal podrá solicitar del Juez de Garantías la exclusión del ejercicio de la acción civil en el proceso penal cuando, por la especial complejidad de la determinación de la responsabilidad civil o por el número de afectados, pueda originar retrasos graves en la tramitación de la causa». Conforme con lo anterior, la excepción debe ir siempre vinculada a un riesgo de dilación de las actuaciones que, además, debe de ser grave. Esta dilación podrá ser causada a su vez, bien por la complejidad intrínseca de la acción civil, bien por el número de afectados. Por lo tanto, no basta que concurra una de estas circunstancias por sí misma, sino que se requerirá siempre que vayan unidas. Es decir, no basta en que se constate que se está dilatando o puede dilatarse la instrucción, sino que la causa de la dilación deberá ser una

20. RIZO GÓMEZ, B, «Proceso penal y daños. A propósito del ejercicio de la acción civil en el proceso penal actual y perspectivas de futuro», op. cit., p. 5.

de las dos previstas. *A sensu contrario*, no basta con que la acción civil se califique como compleja o que se constate que existe un número, entiendo, importante de afectados, sino que ello debe relacionarse con un juicio de previsibilidad de dilación.

La disposición analizada plantea distintas dudas de interpretación y de aplicación. La primera, ya apuntada, consiste en determinar cómo debe de realizarse este juicio de previsibilidad *ex ante* de la dilación. Junto con ello, debe tenerse presente que la norma también exige que la dilación sea grave, por lo que debe definirse cuando se considerará que la dilación será «grave», cuestión que deberá analizarse desde la óptica del desarrollo jurisprudencial que tanto el TC como el TEDH han hecho del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Las siguientes cuestiones se vinculan a determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto «complejo» y cómo debe interpretarse la referencia «por el número de afectados». La complejidad es un concepto que entraña subjetivismo y, por ello, poca previsibilidad, a no ser que se intente objetivizar a través de la definición legal de los supuestos en los que se estima que concurre tal circunstancia. En este sentido, referido al APLECrim 2011 que incorporaba la misma disposición, RIZO GÓMEZ califica como complejos los supuestos en los que el objeto de la acción civil pueda incorporar pretensiones constitutivas o declarativas que dirigidas a lograr un pronunciamiento sobre la validez o eficacia de relaciones jurídicas²¹. Por su lado, ASENCIO MELLADO, a la especialización, en concreto respecto de las materias sobre las que conocen los Juzgados de lo Mercantil (art. 86 ter LOPJ) o los contenciosos-administrativos.

Al margen de la interpretación que deba hacerse de cada uno de los elementos que integran el supuesto de exclusión del art. 126.2 ALECrim también debe valorarse la idoneidad y conformidad constitucional de la norma. No debe perderse de vista que la reparación de la víctima, pronta y eficazmente, constituye según señala el propio Tribunal Constitucional una función social del proceso, que deriva del propio artículo 1 de la Constitución Española. Función «social» del Estado de Derecho que «significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y afectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 de la Constitución y, con ella, la justicia»²². Esta función tuitiva se encomienda al proceso penal quien no debe sólo velar por los derechos del investigado, sino también de la víctima.

21. RIZO GÓMEZ, B., Proceso penal y daños. A propósito del ejercicio de la acción civil en el proceso penal actual y perspectivas de futuro», op. cit., p. 5.

22. SSTC 123/1992, de 28 de septiembre y 98/1993, de 22 de marzo; RIZO GÓMEZ, B., «Proceso penal y daños. A propósito del ejercicio de la acción civil en el proceso penal actual y perspectivas de futuro», op. cit., pp. 5 y 15.

En el actual modelo, la víctima también es protagonista en el proceso y es sujeto de derechos fundamentales entre los que destaca el derecho a la tutela judicial efectiva que nunca tendrá tal carácter si llega tarde y mal. La víctima también tiene derecho a un proceso —efectivo— sin dilaciones, pues en caso contrario podría verse afectado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso. Por ello, el APLECrim 2020, con la finalidad de equilibrar posiciones y evitar que la norma actúe en perjuicio de la víctima, dispone en el inciso final del art. 126.2.II que [e]l juez resolverá lo que proceda previa audiencia a todas las partes personadas, quedando expedita en su caso la vía civil.

Paralelamente el art. 127 APLECrim 2020 prevé que la presentación de una demanda de responsabilidad civil derivada de delito ante los tribunales del orden civil impedirá el ejercicio de la acción de esta naturaleza en el proceso penal». Sin perjuicio de lo anterior, en este supuesto también podría producirse el efecto de «desgaste» al que he hecho referencia anteriormente, aunque aquí no iría tan vinculado al factor tiempo, sino a la vertiente económica y a la psicológico-emocional de la víctima²³, pudiendo suponer en este sentido un trato desigual en comparación con los supuestos en los que la acción civil es ejercitada por el Ministerio Fiscal.

4.2.2. El efecto «desgaste» de la no acumulación

Las víctimas deberían dirigirse por su cuenta a los tribunales civiles, asumiendo una iniciativa procesal y unos gastos que en el caso que la acción fuera ejercitada en el marco del proceso penal, no tendrían por qué asumir. En este sentido señalaba el TC a raíz del análisis del art. 108 LECrim que el ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Fiscal «beneficia directamente a los sectores de la población menos dotados económicamente, a quienes facilita la defensa de su derecho, para conseguir con esta actuación tuitiva la igualdad efectiva de los individuos y grupos, a la cual se encamina el art. 9 CE y, con ella, la justicia»²⁴. En respuesta a lo anterior, parte de la doctrina ha recordado que la función social que realiza el Ministerio Fiscal al garantizar el ejercicio de la acción civil a los sectores de la población menos favorecidos, tiene un funda-

23. Así, en el antes citado estudio desarrollado por HEBLY, VAN DONGEN y LINDENBERGH en los Países Bajos, se concluye que la vía menos utilizada para lograr una compensación derivada del delito es precisamente acudir al proceso civil. Ello se debe a cuatro factores distintos: 1) el coste económico de la reclamación civil, en especial, los honorarios que deben de satisfacerse a los abogados de inicio; 2) la previsibilidad real de cobro; 3) el coste emocional vinculado a la necesidad de tener que volver a encontrarse con el ofensor; 4) el miedo a represalias; 4) y el cansancio emocional después de haber probado otras vías de reparación (HEBLY, M.R., VAN DONGEN, J.D.M., y LINDENBERGH, S.D., «Crime Victims' Experiences with Seeking Compensation: A Qualitative Exploration», op. cit., p. 33).

24. STC 98/1993, de 22 de marzo

mento histórico. Se vincula a un momento histórico en el que nuestro ordenamiento no reconocía el derecho a la asistencia jurídica gratuita en el proceso civil. Atendiendo a lo anterior, en la medida que en la actualidad sí que se reconoce este derecho, la intervención del Ministerio Fiscal perdería su fundamento original²⁵. En mi opinión, permitir excluir el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, puede llegar a suponer una denegación del acceso para aquellos ciudadanos que tengan recursos económicos limitados y no cumplan los criterios para solicitar asistencia jurídica gratuita. A lo anterior, no debe perderse de vista que los daños provocados a las víctimas no tienen por qué tener una entidad considerable; pueden ser simplemente económicos y de reducido importe, lo que desde una perspectiva coste-beneficio, puede desincentivar totalmente a la víctima de reclamar por la vía civil. Debe tenerse presente que cuando la acción civil es ejercitada en el proceso penal por el Ministerio Fiscal, ello supone, por un lado, la adopción de un rol activo por parte de una institución pública, permitiendo a la víctima que adopte un rol pasivo si lo desea. La víctima no tendrá además que asumir el coste de la reclamación. No obstante, si ésta tiene que acudir a la vía civil deberá hacerse cargo, salvo que cumpla los requisitos para que se le reconozca el derecho a la asistencia jurídica gratuita, de los gastos que se ocasionen a razón del proceso, sin perjuicio, evidentemente del derecho a ser resarcido en caso de condena, resarcimiento que llegará siempre y cuando el condenado sea solvente y tras finalizar el proceso civil.

En contra de este razonamiento, podría argumentarse que en igual situación se encuentra cualquier ciudadano que tenga que acudir ante los tribunales civiles. Sin embargo, olvida que en este segundo caso el ciudadano acude ante los tribunales en ejercicio de una acción derivada de una relación jurídica con trascendencia meramente civil. En cambio, en el supuesto examinado, el ciudadano ha sido víctima de un ilícito penal y en cuanto tal tiene derecho a que se repare el daño que se le haya causado.

Especial consideración merecen los casos de delitos contra los consumidores. En ellos, la situación señalada podría llegar a atemperarse pues la legislación civil confiere, de conformidad con el art. 11.5 LEC, legitimación al Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. Sin embargo, obsérvese que el art. 11.5 LEC si bien le otorga legitimación para intervenir, no le obliga. Vinculado a lo anterior, otro aspecto importante a tomar en consideración es el papel que pueden jugar las asociaciones de consumidores y usuarios en los supuestos de delitos co-

25. RIZO GÓMEZ, B., «Proceso penal y daños. A propósito del ejercicio de la acción civil en el proceso penal actual y perspectivas de futuro», op. cit., p. 10.

metidos contra consumidores, así como otros sujetos legitimados conforme con los artículos 11 *bis*, *ter* y *quáter* LEC. Si bien, puede ser previsible que éstos decidan intervenir e instar el proceso civil, especialmente, si ya han comparecido en las actuaciones penales ya sea como acusación popular, ya sea en virtud de la art. 109 bis, apartado 3º LECrim., lo cierto es que ello obviamente no es una obligación. Además, no existe *a priori* seguridad o transparencia en cuanto se refiere a la asunción de los costes económicos del proceso.

Junto con el factor económico, debe tenerse en cuenta también la función protectora que cumpliría la acumulación desde un punto de vista psicológico-emocional. En este sentido, la necesidad de tener que acudir a un segundo proceso, en esta ocasión de naturaleza, civil en el que el consumidor-víctima en principio tiene que adoptar un rol activo, puede contribuir a fundar un nuevo proceso de victimización en el que una valoración coste (emocional y/o económico)-beneficio desmotive su voluntad de seguir adelante. El efecto victimizador será más importante cuando mayor haya sido el daño físico y/o económico sufrido.

Finalmente, debe indicarse que desde un punto de vista preventivo del delito la posibilidad de excepcionar o desacumular la acción civil del proceso penal podría ser contraproducente, pues puede perderse el efecto intimidante de la norma. Un delincuente bien asesorado, *ex ante*, podría calcular tanto el riesgo penal como el riesgo civil a asumir que como se ha indicado puede perderse en el camino de su reclamación. Ello puede ser especialmente relevante en el ámbito de la delincuencia corporativa y de la responsabilidad penal de la empresa. En este sentido, ha señalado la doctrina que precisamente en los delitos poco graves la responsabilidad civil (o la amenaza de incurrir en responsabilidad civil) puede llegar a tener mayores efectos intimidatorios que la penal²⁶.

4.2.3. Las políticas de la UE en materia de derechos de las víctimas: hacia «la justicia centrada en las víctimas»

A lo largo de los años en el ámbito del derecho de la Unión Europea se ha ido consolidando un enfoque centrado en los derechos fundamentales de la víctima. Esta perspectiva ha cristalizado en la Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y que sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, publicada en julio de

26. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 48.

2023. Dicha propuesta pretende a través de la adopción de medidas de tipo legislativo mejorar los derechos de las víctimas de delito, tanto en su delimitación como en cuanto se refiere a la implementación de los mismos. Todos los documentos explicativos adjuntos a la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 212/29/UE consolidan la idea de una justicia centrada en la víctima. Este enfoque ya se había presentado y mencionado anteriormente en algunos de los documentos de evaluación de la Directiva sobre los derechos de las víctimas, pero una lectura atenta de los documentos explicativos sugiere que el concepto ya se ha asentado. El uso de esta expresión sin más explicación podría llevar a suponer que este documento sugiere un nuevo enfoque que asciende desde el reconocimiento de los derechos de las víctimas al mismo nivel que los derechos del acusado que hace la Directiva 2012/29/UE a un nivel de reconocimiento superior. Sin embargo, el uso de la expresión «justicia centrada en la víctima» no tiene que entenderse como un reconocimiento de una situación en la que la víctima tiene un mayor nivel de protección que el acusado. Por el contrario, debe entenderse como una situación en la que la justicia «pretende aportar el equilibrio adecuado al proceso penal garantizando que la atención no se centre únicamente en quienes cometieron el delito, sino también en las víctimas. Reconoce a las víctimas como individuos cuyos derechos fundamentales fueron violados por un delito y que tienen legitimación y voz en el proceso penal y cuentan con el apoyo de sus comunidades»²⁷. Inicialmente, el término utilizado parece ir más allá del concepto; sin embargo, el concepto permanece, aunque se refuerza gracias a la terminología. Se trata de una cláusula general que debe ser desarrollada por cada sistema procesal nacional, pero, como se señala en la exposición de motivos de la Propuesta, refleja disposiciones similares de las normas de la UE sobre los derechos de los sospechosos y los acusados, lo que contribuye a colmar una laguna jurídica y aporta el equilibrio necesario entre los derechos del acusado y los derechos de las víctimas²⁸.

No obstante, no es sólo una idea o un término utilizado en los documentos asociados a la Propuesta. El concepto se refleja en las disposiciones específicas del texto y en cuanto aquí nos interesa, en la propuesta de reforma del artículo 16 de la Directiva, que regula el derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal. De este

27. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Informe de evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, página 5. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023SC0246>

28. Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, página 19.

modo, de aprobarse la propuesta el citado artículo quedaría redactado como sigue:

«1. Los Estados miembros garantizarán que, en el curso del proceso penal, las víctimas tengan derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en un plazo razonable.»

«2. Los Estados miembros velarán por que sus autoridades competentes paguen directamente a la víctima la indemnización que se haya determinado, sin demora injustificada. Las autoridades competentes se subrogarán en el derecho de la víctima frente al infractor por el importe de la indemnización que se haya determinado.».

Como puede observarse, la propuesta suprime el inciso final del apartado primero del artículo que permitía a los Estados Miembro adoptar decisiones sobre la indemnización a través de un procedimiento diferente, de conformidad con su legislación nacional. Por lo tanto, de aprobarse la propuesta, los Estados Miembros de la UE deberán adaptar su derecho interno, de modo que éstos permitan la obtención de un pronunciamiento indemnizatorio en el marco del proceso penal.

La propuesta, de aprobarse, sería en mi opinión, compatible con la regulación legal actual pero no ampararía disposiciones como la regulación del APLECrim 2020 antes comentada.

5. Conclusión

La Propuesta de Directiva para modificar la Directiva 2012/29/UE, consolidan un enfoque de «justicia centrada en las víctimas» que busca equilibrar los derechos de los acusados con los de las víctimas. Las reformas de la legislación europea propuesta por la Comisión pretenden mejorar significativamente los derechos de las víctimas, asegurando que puedan obtener una compensación de forma rápida. Como puede observarse la tendencia del legislador europeo se separa de la seguida por el legislador español. Mientras que las instituciones de la UE abogan por un sistema tendente a la acumulación, las propuestas legislativas españolas se decantan por una limitación del régimen de acumulación de la acción penal y civil que tradicionalmente ha regido en nuestro sistema procesal penal. La clave de la opción de la Comisión Europea —y de la diferencia— se encuentra precisamente en este enfoque de la justicia centrada en la víctima del delito. La UE reconoce a las víctimas como sujetos titulares de derechos, parte de la base que son personas que han sufrido las consecuencias perjudiciales de la comisión de un delito y que el daño que se les ha causado debe ser reparado, minimizando la victimización secundaria, esto es, los efec-

tos que el proceso pueda ocasionarles, ya sea a nivel psicológico y emocional o económico.

Al anterior planteamiento, no obstante, debe ser puntualizado. La Directiva 2012/29/UE, prevé una definición de víctima más restrictiva que la del ordenamiento jurídico español. Así, en su artículo 2 se incluye dentro del concepto de víctimas únicamente a las personas físicas, únicas respecto de las que pueden predicarse los efectos victimizantes del proceso penal, especialmente en su vertiente psicológico-emocional. Por ello, quedarían fuera de su ámbito de aplicación y protección las víctimas personas jurídicas cuyo estatus y protección vendría definido únicamente por el derecho interno de los Estados Miembros.

Igualmente, debe señalarse que el régimen normativo vigente en la actualidad en España, no está exento de críticas, en la medida que la asunción del carácter contingente y accesorio de la acción civil a la penal en la regulación, puede conllevar dilaciones y demoras en la reparación de la víctima, en supuestos en los que se extinga la acción penal sin sentencia sobre el fondo o bien la víctima decida ejercitar el derecho a reservar la acción civil para un proceso posterior que no podrá iniciarse hasta que la sentencia penal devenga firme y produzca efectos de cosa juzgada. Una de las propuestas a considerar es permitir a la víctima la opción de acudir directamente a la vía civil, sin la necesidad de esperar a la finalización del proceso penal. Esta medida podría optimizar los tiempos y evitaría dilaciones, asegurando una resolución más ágil de los aspectos civiles del caso. Al configurarse como una posibilidad procesal para la víctima que convive con el sistema de acumulación por defecto, se facilitaría el acceso a la justicia para las víctimas, disponiendo de libertad para decidir la vía más conveniente para sus intereses. Igualmente, también debería valorarse ampliar la competencia del juez penal para que éste pueda pronunciarse sobre la pretensión civil en otros supuestos de extinción de la responsabilidad penal más allá del fallecimiento. Esta ampliación de los supuestos permitiría una mayor eficiencia, ofreciendo una solución integral en un solo procedimiento.

6. Bibliografía

- ASENCIO MELLADO, J., «La especialización de los Juzgados de lo Mercantil», en *Revista de Derecho Procesal*, nº 86, 2020, p. 5.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, EUNSA, Pamplona, 1972.
- FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991.

- FERNÁNDEZ FUSTES, M^a L., La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil), Tirant lo Blanch, València, 2004.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso penal», en Protección penal de consumidores y usuarios, CGPJ – Manuales de Formación Continuada, 2001, p. 14.
- GÓMEZ POMAR, F., «Responsabilidad civil derivada de delito», en Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- HEBLY, M.R., VAN DONGEN, J.D.M., y LINDENBERGH, S.D., «Crime Victims' Experiences with Seeking Compensation: A Qualitative Exploration», en Utrecht Law Review, 10 (3), pp. 31-32.
- MIR PUIG, S., Introducción a las bases del Derecho Penal, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2^a edición, 2003.
- MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, Rappertor, Barcelona, 10^a ed, 2015.
- PARRA LUCÁN, M^a A., «El tercero obligado a restituir la cosa. Acción civil en el proceso penal: declaración de nulidad de títulos por la jurisdicción penal e indemnización de daños».
- PASCUAL BROTONS, C. C., «Utilización del proceso penal para la reclamación de daños», en Práctica de los Tribunales, n^o 136, enero-febrero, 2019, p. 2.
- RAMOS MÉNDEZ, F., Enjuiciamiento Criminal. Duodécima lectura constitucional, Atelier, Barcelona, 2016.
- RIZO GÓMEZ, B., «Proceso penal y daños. A propósito del ejercicio de la acción civil en el proceso penal actual y perspectivas de futuro», RGDP, n^o 52, 2020, p. 7.
- SOLÉ RIERA, J., La tutela de la víctima en el proceso penal, J.M^a Bosch, Barcelona, 1997.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., «La acción civil «ex delicto» en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en la propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013. Especial referencia a la vinculación de los órganos jurisdiccionales civiles al contenido de la sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento dictados por el órgano judicial penal», Práctica de los Tribunales, núm. 111, noviembre-diciembre, 2014.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «El ejercicio de la acción civil en el proceso penal» en La responsabilidad civil derivada de delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

XVI | Inteligencia Artificial y justicia penal de menores

José Martín Ostos¹
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO: 1. PALABRAS PREVIAS. 2. INFORMÁTICA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: 2.1. LA LLAMADA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 2.2. LOS ALGORITMOS. 2.3. LAS MÁQUINAS. 2.4. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 3. LA TECNOLOGÍA INFORMÁTICA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES. 3.1. ASPECTOS GENERALES. 3.2. LA PREVENCIÓN DEL DELITO. 3.3. LA INVESTIGACIÓN PROCESAL. 3.4. EL ABOGADO DEFENSOR. 3.5. MEDIDAS CAUTELARES. 3.6. JUICIO ORAL (AUDIENCIA). 3.7. SENTENCIA. 3.8. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS. 4. RECAPITULACIÓN

1. Palabras previas

Las relaciones entre los miembros de las sociedades primitivas se desarrollaban de forma oral; todavía se observa ello en la organización y funcionamiento de muchas minorías étnicas. Más tarde apareció en la historia la escritura (con sus conocidas manifestaciones del papiro, el papel de copia, el bolígrafo y la pluma estilográfica), así como diferentes máquinas (de escribir, fotografiar, grabar, fotocopiar y escanear), más los sistemas de radio, televisión y teléfono, hasta llegar al ordenador o computadora.

En los últimos años es notoria la presencia de la tecnología en numerosos ámbitos de nuestra vida; especialmente, se manifiesta un espectacular crecimiento en la información y en la comunicación. Sin duda, ese avance ha afectado a la administración de justicia, dando paso al nacimiento de la informática jurídica; así, en la actividad cotidiana de nuestros tribunales resultan usuales, entre otras, las siglas LEXNET (comunicaciones), MINERVA (gestión procesal) y SIRAJ (Registros públicos).

1. Trabajo realizado para el libro homenaje al Profesor Manuel Cachón Cadenas, ilustre ejemplo universitario y persona excepcional, de cuya amistad me siento afortunado. Le deseo la mayor felicidad posible en su nueva etapa administrativa en la que, sin duda, continuará dedicado al estudio y a la investigación.

Al respecto, existe un general sentimiento de que tales innovaciones han de servir para mejorar la vida de las personas, en ningún caso para perjudicarla.

2. Informática y administración de justicia

2.1. La llamada Inteligencia Artificial

La expresión no resulta la más acertada (menos aún la conocida en lo penal como justicia algorítmica, de preocupante intencionalidad), ya que las palabras tienen importancia por su propio significado y hay que evitar cualquier confusión.

Su mera calificación como artificial insinúa que pretende emular o imitar (tal vez, suplantar) lo que constituye la actividad intrínseca del razonamiento humano. Como veremos seguidamente, en ese complejo sistema tecnológico (no necesariamente neutro, debido a que su elaboración obedece a intereses políticos y económicos en juego) intervienen personas que se sirven de instrumentos técnicos. Mientras las primeras comprenden el sentido de las cosas, la conocida como IA se sirve de unos mecanismos o procedimientos que utilizan grandes cantidades de información con vertiginosa rapidez.

Sin embargo, la llamada inteligencia artificial está ahí (incluida su denominación), sin vuelta atrás, consolidada en todos los campos del saber, de la ciencia y de la técnica (también, del arte), con destacada presencia en los terrenos sanitarios, industriales y comerciales. Constituye una realidad innegable a la que no resulta razonable oponerse ni hacer caso omiso, aunque tampoco hay que considerarla como un oráculo. Ha venido para quedarse y se encuentra en constante desarrollo, por lo que no procede rechazar las evidentes ventajas que la ciencia y la tecnología aportan, con un futuro imprevisible.

En el caso de la administración de justicia, nos enfrentamos a una problemática sumamente delicada, que aconseja caminar con prudencia. No se parte de la inteligencia humana que duda, ama, miente, sufre incertidumbre e implica debate y razonamiento; es decir, la que ha sido considerada históricamente como una facultad que permite aprender, entender, razonar, tomar decisiones, tener conciencia, planear y formarse una idea de algo (también, pedir perdón o proclamar unos valores). Por el contrario, nos encontramos ante una creación de naturaleza artificial que maneja mucha información, con unos evidentes riesgos en su aplicación. Sin embargo, iría contra el sentido común no aprovechar las ventajas que la tecnología aporta (por ejemplo: información, recopilación de leyes y de jurisprudencia...) y las grandes posibilidades que deparará el desarrollo de la robótica.

Por ello, los juristas dirigen su mirada hacia esta materia novedosa, publicando trabajos y celebrando sesiones de estudio con el objeto de recibirla en debida forma y aplicarla de la mejor manera posible. De este modo, se sigue el camino iniciado en otros campos científicos (en su mayor parte tecnológicos, aunque sin excluir especialidad alguna). Una vez más, podemos encontrarnos ante el dilema entre seguridad jurídica y ciencia, no fácil de abordar a la vista de las grandes innovaciones experimentadas por la segunda.

2.2. Los algoritmos

La inteligencia artificial parte de programaciones creadas, en las que no prima la espontaneidad.

En efecto, los algoritmos constituyen pasos o instrucciones previamente definidos que, por su carácter sistemático y apoyados en la información recibida (aportada y clasificada por seres humanos), permiten orientar en un procedimiento o auxiliar en una determinada situación ofreciendo posibles soluciones o alternativas. Esa secuencia de reglas puede resultar de suma utilidad para ciertos problemas que se presenten, que irán desde sencillos planteamientos hasta cuestiones más complejas. Lógicamente, mientras más datos se faciliten y mejor estén elaborados, los algoritmos podrán ayudar en mayor medida. Además, los algoritmos no sólo proporcionan soluciones puntuales a cuestiones actuales; también, pueden anticipar o prever conductas y comportamientos (es lo que se conoce como algoritmo predictivo).

El algoritmo en sí mismo —como la ciencia en general y la tecnología en particular— no debe representar un peligro para el ser humano. Todo lo contrario, puede ayudarle de modo notable. Debe existir para servir, para ser útil, para ayudar en la solución de problemas. Pero, si se hace un mal uso, puede facilitar una torticera finalidad. De ahí que sea recomendable la cautela en su regulación y aplicación. El peligro, pues, no se encuentra en su propia existencia (que, como es sabido, ofrece útiles hipótesis y puede prestar valiosos servicios), sino en su desviación. Depende de quién lo elabore, conforme a qué criterios o instrucciones se diseñe y, sobre todo, qué efectos pueda producir como consecuencia de su utilización, pues no siempre queda garantizado por completo su carácter neutral e inofensivo.

Por ello, en ningún caso hay que reconocer la consideración de verdad inmutable al resultado emanado de lo que es un mero instrumento auxiliar. Además, su orientación y contenido no es cuestión baladí, pues en teoría cabe oscurantismo y sectarismo intencionado en la elaboración. A mayor abundamiento, la preocupación puede aumentar si el reconocimiento del algoritmo se ve respal-

dado por su aprobación en la Cámara legislativa; se le estaría otorgando un «sagrado poder» (formalmente democrático y definitivo) a lo que sólo representa la iniciativa coyuntural de una fuerza política mayoritaria. De ahí la importancia de su regulación.

Fundamentalmente, el algoritmo recoge un interesante elenco de información más que de razonamiento. Se sirve de datos y ayuda a la toma de decisiones. No obstante, la situación se complica cuando —como se ha dicho más arriba— el algoritmo no sólo tiene en cuenta lo que hacemos, sino que lo predice, lo anuncia. En ese caso, se podría asistir a un escenario de dirigismo político, incompatible con una sociedad democrática. Por tanto, no faltan juristas conscientes de esa amenaza para la maltrecha justicia penal que plantean la necesidad de establecer infranqueables límites éticos ante la hipótesis de absoluto predominio de los algoritmos. Esa batalla, que ya ha comenzado, se librará algún día con mayor beligerancia entre los partidarios de la libertad a ultranza y quienes a todas luces prefieren la intervención pública (ambas posiciones concebidas irracionalmente de modo excluyente).

En términos generales, no se discute la utilidad de los algoritmos para algunas tareas relacionadas con la actividad policial y la justicia penal; así, entre otras: investigación de una persona, huellas dactilares, identificación de matrículas, asistencia jurídica gratuita, adopción de ciertas medidas cautelares y ejecución procesal. Sin embargo, no se tiene la misma actitud ante las actuaciones cruciales en un proceso, como es el dictado de resoluciones definitivas o la decisión sobre los recursos, que implican valoraciones de fondo más complejas.

En síntesis, la principal preocupación radica en que los algoritmos son confeccionados por personas y se pueden producir errores y sesgos, a pesar de que suministren interesante información y ayuden en los procedimientos en los que se empleen. Súmese a ello la existencia de algoritmos predictivos, o de elaboración de perfiles, de peligrosa aplicación antes de la intervención judicial.

2.3. Las máquinas

Con harta frecuencia se destaca que en algún país (el caso de Shangai, en la China comunista, resulta paradigmático) se ha comenzado a encargar a robots del conocimiento de determinadas infracciones penales, siempre que no sean de gran envergadura. Eso sí, no se suele descender a mayores detalles (porcentaje de procesos a los que se aplica en relación con el total del país, importancia de los ilícitos sometidos a esta modalidad mecánica, planteamiento de recurso contra la resolución emitida, asistencia o no de abogado, etcétera).

A nuestro juicio, el mero hecho de contemplar la posibilidad de que el dictado de resoluciones en materia de justicia se atribuya a una máquina implica el reconocimiento de que los órganos judiciales en su versión tradicional no pueden atender al gran número de asuntos que se presentan en la actualidad. Constituye una manifiesta muestra de impotencia, con el riesgo añadido de que se pueda producir una penetración paulatina del poder ejecutivo en la administración de justicia (como es obvio, dependerá de quién controle el robot y cómo se hayan elaborado los algoritmos conforme a los cuales actúe).

Como punto de partida (máxime en el seno de la justicia penal), creemos que el robot no debe sustituir al razonamiento humano, si se habla seriamente y con respeto de los derechos humanos. A nadie se le escapa la amenaza de la imposición de un pensamiento único, global, controlador, sin descartar la posibilidad remota de considerar más tarde innecesario el proceso penal (a través de la previa decisión en torno a su inicio, bien durante su desarrollo o acordando su conclusión sin debate), mediante la sustitución paulatina de la impartición de justicia humana por una modalidad mecánica.

No basta con revestir el robot de forma humana (lo que ya existe), sino de razonar como tal; el primero no dialoga ni memoriza, tampoco aprende. Al efecto, podría plantearse la hipótesis de que las partes pudieran elegir entre someter su litigio a la decisión de un órgano (también, válido para la mediación) completamente mecánico o, por el contrario, confiar en el constituido por personas. En este sentido, estimamos que habría que distinguir entre materia disponible o no, pudiéndose dejar la primera a la voluntad de los litigantes, no así la segunda.

La situación es más grave cuando no existe tal opción y los ciudadanos ven sometido su asunto penal, de modo imperativo, al dictado de una máquina. En este caso, a nuestro juicio, no deben desatenderse diversos aspectos, irrenunciables; a saber: a) sólo para asuntos muy sencillos, nimios; b) con inexcusable asistencia de abogado; c) con control y último pronunciamiento a cargo de la autoridad judicial, que no debe quedar vinculado por la decisión del robot; y d) con posible planteamiento de apelación ante un tribunal superior.

No se nos escapa que cada una de estas exigencias, a su vez, presentan complicaciones; de este modo: a) se comienza justificado por la escasa importancia del asunto, con oculta intención de ampliación futura; b) difícil intervención efectiva del letrado en la práctica; c) implica la exigencia al juzgador de suficientes conocimientos técnicos en materia informática; y d) ¿igualmente, el órgano *ad quem* será mecánico, o estará constituido en todo caso por personas?

En resumen, el espacio del juez podría ser ocupado por una máquina que aplicaría a la perfección unos algoritmos, respaldados legalmente y pregonados como de exquisita elaboración; el primero quedaría privado de su función capital y relegado a un papel de mera comparsa. Además, nada impediría que por ese camino se llegara algún día a la propia supresión del juzgador de naturaleza humana, por innecesario (obviamente, también, de modo paulatino y sin aparente quebranto político).

Nuestra opinión es que, en su caso (asuntos de pequeña importancia), el aparato mecánico debería limitarse a la presentación de una mera propuesta o borrador, con la exigencia de que debería advertir sobre su posible contradicción con la ley o la jurisprudencia. En última instancia, la tarea y responsabilidad del dictado de la resolución definitiva correspondería siempre a la autoridad judicial. Es decir, a lo sumo, el robot propondría (no piensa por sí mismo, ha sido programado), mientras que el juez resolvería. Por supuesto, al segundo correspondería la fundamentación legal de la decisión y su eventual responsabilidad prevaricadora.

2.4. Ventajas e inconvenientes de la Inteligencia Artificial

En la actualidad, con previsibles e importantes avances en el futuro, prácticamente no hay espacio social, industrial, económico, cultural o artístico del que no se predique que resultará afectado por la aplicación de los algoritmos confeccionados por la moderna tecnología. Aunque no todas las personas alcanzan a comprender con exactitud su naturaleza y alcance, existe una generalizada opinión favorable a que sus aspectos positivos se manifiestan de modo inmediato, casi instantáneo, mientras que no siempre se vislumbran los nocivos o perjudiciales.

Lo afirmado ha saltado del plano local al internacional, a la par que su utilización en sencillos procedimientos comerciales, administrativos e industriales se ha extendido paulatinamente a cuestiones más relevantes y complejas.

Cómo es lógico, de ese evidente crecimiento no podía escapar la justicia en general y el proceso penal en particular.

A) *En cuanto a las ventajas*

En lo cotidiano nos hemos habituado, entre otros aspectos, a que sean unos programas informáticos los que seleccionan el trayecto para un viaje, el horario de aviones o la reserva de hotel; incluso, la compatibilidad de caracteres entre personas desconocidas. La inteligencia artificial ha sido recibida como una ex-

traordinaria herramienta, con meritorios avances en la ciencia, la técnica, el comercio y numerosos campos de nuestra vida.

Gracias a ella, en el terreno gubernativo y policial pueden conocerse los puntos negros de tráfico en una ciudad o los barrios con mayor conflictividad, así como sirve su aplicación para la identificación de vehículos, reconocimiento facial, detección de situaciones de peligro o de abuso (por la voz, en relación con violencia de género, menores...), etcétera.

Y, si resulta indiscutible la utilidad descrita, por lo que afecta expresamente a la administración de justicia su eficacia en el trabajo de los órganos judiciales reportará grandes beneficios. No se habla de descanso, horario, baja por enfermedad o vacaciones del funcionario, sino que su colaboración será rápida y sin interrupción, lo que implica una repercusión económica y una agilidad procedimental. Excepcionalmente, puede producirse la rotura de una pieza o la inutilidad de un mecanismo, cuya reparación o sustitución se realizará sin demora. Y todo ello sin conciencia, sin plantearse problemas de índole personal, sindical o profesional que corresponden a la persona, no a la herramienta que actúa de forma mecánica.

Además, permite la simultaneidad en ciertas labores (por ejemplo, notificaciones masivas de resoluciones), evitando retraso en la tramitación, con el consiguiente ahorro de dinero y de tiempo.

Pero, no solamente se concibe la realización de actividades repetitivas y meramente mecánicas; también —como la máquina que, con reconocida maestría, juega al ajedrez—, se investiga en la búsqueda de soluciones fundadas y rigurosas para la resolución de pequeñas controversias jurídicas que, como hemos apuntado más arriba, pudieran someterse en su caso a la decisión de un robot.

En resumen, la eficacia y la eficiencia se erigen como la columna vertebral de esa herramienta tecnológica, en la que en su aplicación al procedimiento y en las propuestas de resolución no encontramos razón alguna para limitar la libertad de expresión. Cuestión bien distinta es que siempre hubiera de seguirse sus recomendaciones.

B) Por lo que respecta a los aspectos negativos

En primer lugar, el desarrollo de la inteligencia artificial producirá la eliminación de muchos puestos de trabajo, al suponer la automatización general de los procedimientos. No obstante, ello ha sucedido en la historia siempre que se han producido grandes cambios, habiendo surgido seguidamente nuevos empleos y ocupaciones (recuérdese la aparición del motor, de la telefonía, etcétera).

En cuanto a los algoritmos, se insiste en su necesaria neutralidad y transparencia, a la vez que se alarma sobre la discriminación por razón de edad, sexo, raza, nivel económico, etcétera, y sobre la manipulación de determinadas minorías vulnerables (por ejemplo, menores). En efecto, la tecnología actual penetra en la intimidad de las personas, recopilando información sobre sus gustos y aficiones, mediante la utilización de tarjetas bancarias y otros medios de pago. Lo apuntado representa una injerencia en la privacidad que podría conducir a un sistema de recompensas o premios para quienes adopten un determinado comportamiento.

Preocupa especialmente que la tecnología a gran escala, además de generar una cierta pérdida cognitiva en el ser humano, puede conducir a su adocenamiento, haciendo innecesaria la curiosidad, el esfuerzo y la búsqueda de la verdad, pues resultaría suficiente con la recepción de información oficial (recordemos las campañas de engaño masivo con un afán manipulador, facilitando fotografías y noticias falsas, con clara vulneración del derecho a la información veraz y contrastada).

Por ese camino, limitador de la libertad y del entendimiento, procede también arribar en la administración de justicia (de modo lento) a la supresión de la intervención (voluntad) del ciudadano. Si se admite que la máquina es perfecta y no se equivoca (infalibilidad), no tendría razón plantearse en cualquier orden jurisdiccional la necesidad de la defensa de parte, la institución del Ministerio Público o la propia existencia del proceso. Se estarían dando pasos en pro de la sustitución de la bilateralidad y de la contradicción por una estrategia unidireccional.

Como lógica consecuencia, de cara al futuro de la justicia penal, muchos estudiosos insisten en lo que se conoce como ética algorítmica, es decir, en la atención al respeto de los derechos humanos que, junto con el sometimiento a la ley y el control del juzgador y de las partes sobre el mecanismo tecnológico, así como por la profunda preocupación por la equidad y la privacidad, deben constituir irrenunciables límites para la regulación de la inteligencia artificial.

En resumen, preocupa que el uso irrefrenable de la inteligencia artificial pueda dañar la democracia o dificultar su logro, con perjuicio de la propia convivencia social al incorporar unos procedimientos incompatibles con lo que representa el bien común. Se podría dar carta de naturaleza oficial a unos algoritmos sesgados e interesados, orientados por las minorías dirigentes de los partidos políticos que —como demuestra la experiencia— con frecuencia se sitúan lejos de lo que representa el interés colectivo.

De telón de fondo se intuye el riesgo de abuso de poder, abundando en la consiguiente desigualdad de los ciudadanos. Como es notorio, la industria tec-

nológica actual se concentra en pocos países (USA y China, principalmente) y, dentro de ellos, en selectos grupos políticos-económicos. En su seno se elaboran principalmente los algoritmos que constituyen el diseño de las líneas maestras de la sociedad del futuro.

3. La tecnología informática en el proceso penal de menores

En términos generales, como en la manifestación de cualquier orden jurisdiccional, esta tecnología puede ayudar al mejor desarrollo del proceso penal de menores.

Hay que destacar que las personas a las que se aplique la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico (Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, Convención sobre los Derechos del Niño, etcétera), conforme dispone el apartado 2 del artículo 1 de dicha Ley².

A mayor abundamiento, adquiere destacada importancia la constante preocupación legal por el «interés del menor»³, así como por la protección de los derechos de las víctimas⁴.

3.1. Aspectos generales

En lo referente al procedimiento, hay que destacar algunas cuestiones de interés; a saber:

- A) En primer lugar, hay que tener presente el número de órganos jurisdiccionales especializados dedicados al enjuiciamiento penal de menores⁵, así

2. A partir de ahora, en el articulado nos referiremos siempre al mencionado cuerpo normativo, salvo alguna mención puntual de su Reglamento.

3. De este modo, entre otros: artículos 23.1, 27.3 y 4, 28.1, 29, 35.2, 37.4, 41.1, 42.3, 46.3 y 47.5; en la misma línea, artículos 5.1 y 6 del Reglamento de 30 de julio de 2004.

4. En efecto, aunque no se hayan personado, el fedatario judicial (LAJ) les comunicará las resoluciones adoptadas por el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores que puedan afectar a sus intereses, así como las medidas cautelares adoptadas y las sentencias (incluso, si el fiscal desiste de la incoación de expediente, a efectos de que, en su caso, puedan ejercer acciones civiles: artículo 4).

5. El número de Juzgados de Menores constituidos en España asciende a 82, en contraste con los aproximadamente 500 Juzgados de Instrucción, más de 1.000 Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y 390 Juzgados de lo Penal, a los que hay que añadir los órganos correspondientes de la Audiencia Nacional y las Audiencias Provinciales.

como el volumen de menores infractores condenados (especialmente, por delitos muy graves)⁶. Ello permite, por fortuna, la impartición de una justicia bastante personalizada y directa por parte del justiciable⁷, aunque no se descarte el uso de ciertos algoritmos en el futuro.

- B) Además, en las provincias en las que actualmente existe más de un Juzgado de Menores, el reparto de asuntos podría realizarse de forma informática, atendiendo al número de asuntos de los que conoce, incluso a su gravedad. A tal efecto, procedería una previa aprobación de los correspondientes algoritmos, que deberían obedecer en la medida de lo posible a reglas de ecuanimidad en la adjudicación de cargas de trabajo. Lógicamente, hay que respetar la demarcación provincial, mientras subsista la posibilidad de recurso de apelación ante la correspondiente Audiencia contra la sentencia dictada en primera instancia por un Juzgado de Menores (no encontramos razón de peso para abogar por un cambio de modelo).
- C) El ahorro de tiempo y trabajo en la organización de la oficina judicial resultará evidente (expediente digital, conformación de los archivos, presentación de documentos, dictado de resoluciones de mera tramitación, actos de comunicación, reparto, agenda de señalamientos...) y, sin duda, repercutirá en la agilidad del procedimiento. Aunque ello corresponde principalmente al fedatario judicial (cuya existencia y tarea consideramos fundamental), también hay que llamar la atención sobre la peligrosa hipótesis de que se pretendiera, a través de la llamada inteligencia artificial, ocupar paulatinamente la función propia del fiscal, del juez y de los abogados, lo que no sería de recibo. Una cosa es facilitar el trabajo de los distintos operadores jurídicos y otra muy distinta es proceder a su sustitución por sistemas informáticos. En todo caso, adelantamos la opinión de que el último control ha de corresponder al ser humano, sin excepciones.
- D) Por lo que respecta al personal administrativo auxiliar, realizará en el expediente digital una labor similar a la llevada a cabo en los tradicionales autos escritos. Su labor continuará siendo imprescindible para el desarro-

6. En el año 2022, los menores condenados de ambos sexos (aproximadamente, 4/5 hombres y 1/5 mujeres) fueron 25.822: 91 homicidios, más de 8 mil por lesiones, más de 2 mil por amenazas, casi 1.500 por torturas, 636 delitos contra la libertad, más de 200 contra la intimidad, casi 1.500 contra la seguridad colectiva, falsedades 66, aproximadamente 500 contra la Administración de Justicia y 1.342 delitos contra el orden público; destacaron los delitos contra el patrimonio (hurtos, robos, defraudaciones, daños...) en los que se superó los 9 mil condenados. La mayor parte de ellos eran españoles (seguidos de africanos, americanos y de otros países de Europa).

En los años inmediatamente anteriores, en general con la misma proporción de hombres y mujeres, los menores condenados fueron: 13.664 en 2018, 14.112 en 2019, 11.238 en 2020 y 26.349 en 2021.

7. En el año 2022, los adultos condenados de ambos sexos fueron: 308.624 (a su vez, 286.637 en 2018, 412.571 en 2019, 311.271 en 2020 y 282.210 en 2021). La mayoría eran hombres, oscilando el número de mujeres entre una cuarta o quinta parte del total. Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Consejo General del Poder Judicial.

llo de la actividad del órgano judicial, principalmente en lo relativo a la incorporación de escritos y documentos, tarea no nimia dada su repercusión en la tramitación del procedimiento y, especialmente, para el dictado de la resolución definitiva. En este ámbito jurisdiccional, previsiblemente, no sería significativo el efecto mencionado con anterioridad de que la inteligencia artificial suele repercutir de modo patente en la reducción de puestos de trabajo.

Al respecto, hay que estar alerta ante las posibles injerencias en este proceso a cargo de ciberdelincuentes, en realidad un riesgo extensible a todos los órdenes jurisdiccionales dada la creciente presencia de la tecnología en la actividad de los juzgados y tribunales.

- E) Además, las autoridades y funcionarios informarán al menor «en un lenguaje claro y comprensible» de los hechos imputados, del motivo de su detención y de los derechos que le asisten (artículos 17.1 de la Ley y 3.1 del Reglamento). Esa exigencia de «un lenguaje... adaptado a su edad» se mantiene igualmente durante la audiencia (artículo 36.1).

3.2. La prevención del delito

Aunque de carácter pre procesal, la labor de vigilancia en la red, con la finalidad de prevenir o detectar la comisión de delitos, representa una función policial de primer orden que también interesa en el estudio y tratamiento de la delincuencia juvenil.

En este sentido, encontramos el *ciberpatrullaje* o monitorización de redes y el almacenamiento de información. Esta tarea policial —sin control judicial, en principio— es de carácter similar a la llevada a cabo por los funcionarios en la calle, con el propósito de garantizar la seguridad, evitar que se produzcan delitos o, en su caso, descubrir a los autores.

Dicha actividad puede relacionarse con la estadística y la predicción. En este caso, la vigilancia adquiere relevancia práctica, no exenta de riesgo; se almacenan datos que pueden ser útiles más adelante, pero que, por el momento, sólo sirven para continuar observando, recabar información y hacer seguimientos. Algo parecido a lo que siempre ha significado la pura información policial (inteligencia y contrainteligencia, en otro plano).

En ocasiones, el patrullaje en la red puede conducir al descubrimiento de indicios de delito; por ejemplo, la constatación de un excesivo consumo de electricidad tal vez facilite la localización de determinadas plantaciones ilegales, a la que seguirá la práctica de diligencias penales que, tras el debido proceso, terminarán con un pronunciamiento judicial condenatorio o no. También, en

otros supuestos (pornografía infantil, comercio ilegal de armas y de antigüedades, etcétera) la labor informática realizada por funcionarios de policía aporta información de suma utilidad.

3.3. La investigación procesal

Lo que sigue es válido tanto para los modelos de justicia penal de menores en los que la investigación corresponde al Ministerio Fiscal (el presente caso de España) como para aquellos en los que esa función se atribuye a la autoridad judicial. En definitiva, se trata de incorporar los avances de la ciencia a la investigación de delitos, sin distinguos.

Por medio de la *ciberinvestigación* se persigue identificar con rapidez y eficacia a los autores de los delitos, en el seno de un proceso penal y con control de la autoridad correspondiente. La orden ha podido partir del juez, del fiscal o de ambos, según proceda.

Como en la anterior actividad preventiva, las modernas herramientas técnicas son muy útiles para el esclarecimiento de los hechos delictivos. Concretamente en relación con el menor infractor, pueden ayudar en gran manera a esa tarea de investigación; de este modo: los lectores de matrículas de vehículos, las cámaras instaladas en la vía pública, la localización de teléfonos o los archivos de fotografías, voces y huellas (en una relación no exhaustiva). A todo ello habrá que ir añadiendo los avances que la técnica irá aportando más adelante.

También, en la práctica de las importantes diligencias de esta etapa de investigación, previstas para cualquier proceso penal, se puede gozar de la estimable ayuda de la ciencia en sus diversas manifestaciones, incluida la informática. Citemos al respecto las diligencias de: registros domiciliarios, de libros, papeles y correspondencia, ruedas de reconocimiento, pericial, testigos, declaraciones, careos, inspección ocular, documental, inspección e intervenciones corporales, así como las de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, uso de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos.

Ni que decir tiene que en todo caso deberán respetarse las garantías constitucionales de inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, protección de datos y presunción de inocencia, entre otras, que obligan a que la práctica de las diligencias se ha de llevar a cabo conforme a lo prescrito legalmente.

Al efecto, el control judicial (y/o del Ministerio Público, en función del modelo de proceso penal implantado) resulta inexcusable en esta etapa procesal.

Por lo que respecta al fiscal, que es el encargado de la etapa de investigación en el vigente proceso de menores, la ley le faculta para que desista o no de la incoación del expediente ante determinados delitos (menos graves, sin violencia o intimidación), así como de su continuación (según la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor implicado, la falta de violencia, conciliación con la víctima o reparación del daño ocasionado), incluida la posibilidad de solicitar del Juez de Menores el sobreseimiento de las actuaciones por los motivos contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 18, 19.1 y 30.4, respectivamente).

En la mencionada etapa, el Juez de Menores goza de la opción de decretar o no el secreto del expediente (artículo 24), de ordenar la práctica anticipada de las pruebas propuestas por las partes, «siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso» (artículo 33) y de acordar, en el auto de apertura de la audiencia, «lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas» (artículo 34).

Sin duda, estas situaciones implican un examen y valoración por parte del citado funcionario, de índole personal y directa, que no puede delegarse en una máquina.

Tampoco parece razonable confiar a un robot la confección del informe por parte del equipo técnico sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, su entorno social y cualquier otra circunstancia relevante (artículo 27).

Otra particularidad de decisión se manifiesta en relación con la declaración del menor detenido, estableciéndose que será en presencia de su letrado y de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda, «salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario» (artículo 17.2), lo que igualmente entraña una previa valoración judicial.

3.4. El abogado defensor

La IA puede prestar una estimable ayuda a la hora de seleccionar el perfil más adecuado de este profesional para un determinado asunto (años de ejercicio, pleitos ganados, publicaciones científicas de su autoría, etcétera). Hoy día existen sociedades de intermediación con el objetivo de poner en contacto al ciudadano con el abogado idóneo para asesorarle en su problema; sin embargo, se arguye que ello supone un acceso costoso que podría generar desigualdades, amén del riesgo añadido de afectar al secreto profesional.

En el plano de la abogacía, quizás, el avance tecnológico produzca una disminución del número de letrados ejercientes en la administración de justicia. La cada vez más perfeccionada oferta de formularios, colecciones legislativas y jurisprudenciales, más la posibilidad de redacción mecánica de determinados escritos, podría provocar una menor intervención de este profesional en la justicia civil. No tanto en la penal y, menos aún, en la especializada de menores.

En efecto, por encima de las indiscutibles ventajas de la tecnología, el fin último del interés superior del menor exige una constante y libre presencia de abogado defensor a lo largo de todo el proceso. En contraposición con la otra parte, a pesar de las previsibles sugerencias o soluciones ofrecidas por los algoritmos —con abrumadores y detallados contenidos—, el menor sometido a proceso penal continuará necesitado en todo caso de la asistencia de dicho profesional, encargado de llamar la atención del juzgador sobre cualquier aspecto conveniente para su defendido, por nimio que parezca.

Por otra parte, el acceso a la tutela judicial efectiva (en la justicia penal de menores: infractor y, en su caso, víctima y/o actor civil) en modo alguno puede verse constreñido por un sistema predictivo que lo obstaculice o que establezca de modo anticipado un fracaso procesal. Si admitiéramos esa posibilidad, estaríamos impidiendo la libre elección de abogado, la reclamación civil, en su caso, y el respeto de los derechos y garantías fundamentales. Una vez más llamamos la atención sobre el hecho de que la finalidad de la inteligencia artificial (con mayor razón en este cauce especializado) consiste primordialmente en ayudar al desarrollo del procedimiento y a la toma de decisiones.

Además, una vez más, insistimos en la conveniencia de contemplar el establecimiento de un servicio público y gratuito de defensores públicos (no incompatible con la opción de abogacía libre), en sustitución del actual modelo de turno de oficio. Ese sistema, implantado en diversas naciones americanas, produce reconocidos beneficios. En el caso que nos ocupa, facilitaría el acceso del abogado a todos los algoritmos existentes, sin discriminación por razones económicas.

3.5. Medidas cautelares

En el proceso penal de menores, los presupuestos exigidos para acordar una medida cautelar (*fumus boni iuris* y *periculum in mora* —o *libertatis*—), en términos generales, coinciden con lo previsto legalmente para los adultos.

El órgano encargado de la investigación tendrá en cuenta el riesgo de huida o la hipotética destrucción de pruebas. Aspectos como la pertenencia o no a

bandas juveniles (o su inserción en grupos de delinquentes adultos), el consumo de drogas o alcohol, la naturaleza de anteriores condenas, la gravedad de la infracción investigada (p. e. terrorismo, homicidio), etcétera, explicarán el fundamento de la medida acordada (en ocasiones, el internamiento provisional en régimen cerrado).

Ahora bien, en atención al número de asuntos graves atribuidos hoy día a cada Juzgado de Menores en España, para el acuerdo de una rigurosa medida cautelar no se necesita la previa existencia —tampoco su aplicación— de un algoritmo, ni encomendar su decisión a una máquina. Menos justificación aún existe para el tratamiento de las infracciones leves, que son las más numerosas y que, por su sencillez, son atendidas con rapidez. En este sentido, en su caso, habría que plantearse la responsabilidad del Estado por las consecuencias de una medida cautelar adoptada de acuerdo con un algoritmo a todas luces erróneo.

Dadas las especiales características de la justicia comentada, siempre con atención al interés superior del menor, es suficiente aquí el buen criterio del juez especializado, que actuará ponderando todos los elementos en juego, oídas las partes. No parece probable que se produzca una decisión precipitada, pues, afortunadamente, el juzgador no se encuentra sobrepasado por una gran cantidad de asuntos.

Por supuesto, el acuerdo adoptado ha de ser motivado, de modo que las partes puedan impugnarlo.

3.6. Juicio oral (audiencia)

Como norma general, el juez y el fiscal controlarán inequívocamente la aplicación de cualquier sistema informático en todo proceso penal de menores. Con toda seguridad, en su caso, en la previa elaboración de algoritmos habrán intervenido diversos profesionales (sociólogos, criminólogos, juristas, psicólogos...), pero la última palabra en su amplio sentido corresponde a los primeros, siempre con la presencia y colaboración del abogado defensor. Además, por la propia naturaleza de este especializado orden jurisdiccional, la aplicación de los algoritmos debería ser bastante flexible, quedando abierta a correcciones y matizaciones en evitación de involuntarios sesgos o desviaciones. Como reiteradamente hemos sostenido a lo largo de estas páginas, se trata de medios o instrumentos auxiliares, nunca decisivos, correspondiendo siempre al juzgador la decisión definitiva.

Por supuesto, en todas las actuaciones propias de tan importante etapa procesal han de respetarse los principios de igualdad, oralidad, contradicción y de-

fensa. Igualmente, se impone la intermediación judicial en exámenes, vistas y audiencias, incluida la última palabra del menor acusado.

En cuanto a las manifestaciones y declaraciones del menor y de la víctima, si la hubiera, así como de testigos y peritos, lógicamente, se exige la presencia de juez, fedatario, partes y miembros del equipo técnico, que podrán hacer las preguntas oportunas y directas, sin interrumpirse y siempre que no sean capciosas, inútiles o impertinentes.

A mayor abundamiento, el Juez de Menores dispone de diversas posibilidades de decisión, que implican por su parte una previa valoración de la situación; de este modo: puede acordar la restricción de asistentes a la audiencia (artículo 35.1), que las sesiones no sean públicas (artículo 35.2), o la posibilidad de que el menor abandone la sala (artículo 37.4). Sin embargo, es de carácter imperativo oír al menor al término de la audiencia, lo que se conoce como el derecho del acusado a la última palabra (artículo 37.2).

3.7. Sentencia

El tribunal ha de partir de unos hechos investigados y probados, concluyendo con un pronunciamiento absolutorio o de condena. Este debe dictarse sobre el relato fáctico de la conducta delictiva del menor, no sobre algoritmos que conduzcan a la conclusión en uno u otro sentido.

Para la elección de una medida no sólo se atenderá a la prueba y a la valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad e interés del menor (artículo 7.3). Es decir, no se trata de la aplicación fría, mecánica e inflexible de la norma a un caso concreto, lo que seguramente podría ser realizado por un robot. Por el contrario, esta manifestación jurisdiccional atiende preferentemente a las circunstancias del infractor enjuiciado y ello exige la presencia, intervención y dirección judicial de un especialista preocupado y sensibilizado al máximo por la rehabilitación del menor.

Mediante su tarea de valoración, incluidas las actuaciones aportadas por la policía, el juez avanza —a la vista del material y de la prueba (lo segundo exige una valoración)— hacia una conclusión: la mejor posible a su juicio, respetuosa con la ley y siempre tendente a preservar el interés superior del menor. El criterio definitivo del juzgador, aunque en su labor pueda servirse de los mecanismos técnicos permitidos por la ley, ha de ser motivado y estará sometido a la posible impugnación ante un tribunal superior que, igualmente, podrá auxiliarse de los avances que le brinda la ciencia.

En ese especial y delicado enjuiciamiento del menor infractor, la directa labor del juzgador predomina sobre cualquier otra posibilidad y difícilmente podría ser mejorada por una máquina, por numerosas que fueran las hipótesis previstas en su programa informático. En ningún caso podrá ser sustituida con acierto la sensibilidad del juzgador ante la compleja tarea de valorar la posible conducta delictiva del menor sometido a su decisión, tras escuchar con atención los respectivos planteamientos de las partes. Como complemento a lo expuesto, ha de atenderse al interés de la víctima (máxime cuando se trate de otro menor).

La Ley Orgánica 5/2000 establece que en la sentencia el juez valora las pruebas, las razones expuestas por las partes y lo manifestado por el menor, teniendo en cuenta las circunstancias y gravedad de los hechos, así como la personalidad, entornos, edad, etcétera, del afectado. Por supuesto, la resolución ha de motivarse y recoger los hechos probados que han llevado a la convicción del juzgador. Tampoco se excluye la anticipación oral del fallo, siempre en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor (artículo 39).

Contra dicho pronunciamiento cabe recurso de apelación, con celebración de vista a puerta cerrada, en su caso (artículo 41.1), opción última cuya decisión de nuevo corresponde al juzgador.

En cuanto a la doctrina de los tribunales sobre supuestos similares, constituirá un valioso caudal de información acumulada (de datos, previamente suministrados), pero no un factor vinculante de obligado acatamiento. Incluso, las aparentes conductas de varios menores infractores pueden tener coincidencias, sin llegar a constituir un fiel duplicado de relatos históricos. La jurisprudencia se convierte en un útil mecanismo de auxilio, del que se hará uso con debida prudencia, sin imposición forzada de idéntica solución. Al respecto, no resultaría sensato encomendar esta función a un robot sin capacidad de reflexión y valoración humanas (por cierto, en esa hipótesis ¿cabría interponer recurso contra el pronunciamiento definitivo de una máquina?; a su vez ¿sería resuelto por otra de naturaleza mecánica?).

Conforme establece el Código civil, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (artículo 3º.1). Difícilmente un robot podría realizar esa función, que sí puede desempeñar con plena garantía el juez. Algo similar ocurriría con la aplicación analógica de la ley (artículo 41. 1 del mismo cuerpo legal).

3.8. Ejecución de las medidas

A lo largo de esta etapa procesal, la normativa vigente atribuye al Juez de Menores ciertas facultades específicas que también exigen una previa valoración subjetiva.

Para empezar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que «estime razonablemente compensada» por la medida cautelar (artículo 28.5).

Además, el competente para la ejecución podrá de oficio (de nuevo a instancia del MF o del letrado del menor) suspender la ejecución del fallo bajo determinadas condiciones (p. e. actitud del menor respecto a no infringir más el ordenamiento jurídico), dejar en cualquier momento sin efecto la medida impuesta, reducir su duración e, incluso, sustituirla por otra, siempre en interés del menor (artículos 13, 40 y 51. 1 a 3). Recuérdese que el juez ejerce de oficio el control de la ejecución, resuelve recursos, visita centros y revisa las medidas impuestas (artículo 44.2).

Por lo que respecta al internamiento en régimen semiabierto, el mismo titular judicial puede suspender la realización de actividades del menor fuera del centro (artículo 7.1).

En relación con el internamiento en régimen cerrado de un menor que alcance la edad de dieciocho años, puede ordenar (por auto motivado) que el menor lo cumpla en un centro penitenciario, si la conducta de la persona internada no responde a lo perseguido en la sentencia condenatoria (artículo 14.2). Se plantea un supuesto similar si el menor alcanzare los veintiún años, «salvo que, excepcionalmente», el interno sí responda a lo perseguido (artículo 14.3).

Todo ello requiere, como se ha apuntado, además de un permanente control y supervisión de la ejecución de la medida, la pertinente reflexión por parte de la autoridad judicial. En general, esa exigencia se producirá en la adopción de todas las medidas (internamiento terapéutico, libertad vigilada...).

¿Cómo dejar dicha tarea a resultas de la decisión de un frío programa informático, aunque se apoye en detallados algoritmos?

No obstante, estimamos que la inteligencia artificial puede servir en cierta manera en la materia relativa a la condena penal, especialmente en torno a los centros de internamiento (sin exceptuar los centros de día y otras medidas). Obviamente, siempre atendiendo al interés superior del menor y a su deseable resocialización, en contacto con los cuidadores. Nos referimos a la decisión

sobre el mejor destino para un menor infractor condenado, a la organización de la vida interna de los centros, a la clasificación por módulos y a la planificación de horarios, actividades, etcétera. A tal efecto, la LO 5/2000 dispone que los centros se dividirán en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados (artículo 54.3); en el mismo sentido, el Reglamento de 30 de julio (artículo 33).

Por último, la tecnología informática, siempre con la conveniente audiencia de las partes en el procedimiento, puede facilitar la ejecución civil de la sentencia de condena (por ejemplo, colaborando de forma rápida y eficaz en la localización de los bienes del responsable: inmuebles, vehículos, depósitos bancarios...).

4. Recapitulación

Al Estado (sociedad organizada) corresponde la misión (responsabilidad irrenunciable) de evitar que la esencia de la propia naturaleza humana (plasmada en entendimiento, memoria y voluntad) sea sustituida por parciales algoritmos o por insensibles mecanismos robotizados al amparo de la llamada IA. Hay que estar vigilantes ante la eventualidad de que por ese camino se pretenda poner fin a la búsqueda de la compleja armonía democrática, para caer en brazos de un sistema menos garantista (esta vez, posiblemente, sin retorno).

Tampoco se nos escapa la posibilidad de que la aplicación de la llamada inteligencia artificial en la justicia penal para asuntos de escasa importancia (atendiendo a la gravedad del hecho a enjuiciar, naturalmente) desemboque en una selectiva justicia para pobres, bajo la excusa de la parquedad de lo abordado. Algunos justifican la aplicación de la IA arguyendo como razón suficiente la afirmación de que, a pesar del aumento de medios humanos y materiales — más las oportunas correcciones procedimentales—, en ningún momento se alcanzará una solución válida para la difícil situación de nuestra administración de justicia (lo que no puede afirmarse pacíficamente).

Por otra parte, el pronunciamiento favorable a que la decisión última del proceso corresponda a la autoridad judicial, sin encomendar dicha tarea a una máquina que actúe conforme a previos algoritmos, no excluye que éstos —sin carácter vinculante— sean útiles y puedan ayudar en alguna medida a la toma de decisiones por parte del juzgador. El hecho de un pronunciamiento en contra de los robots como últimos instrumentos decisorios no impide que se reconozca el debido y prudente uso de algoritmos (también, en la justicia penal de menores).

Como es lógico, el cerebro humano no funciona siempre de modo coincidente con los algoritmos de la inteligencia artificial, que precisamente han sido crea-

dos por nuestra inteligencia. La persona piensa y entiende, mientras que el sistema artificial se limita a recopilar información, al almacenamiento de datos y al suministro de respuestas concretas y sencillas a cuestiones planteadas. En resumen, inteligencia artificial, sí; supeditarse a ella, no. Si se admite que la primera es infalible en todos los ámbitos, dejaría de tener sentido la existencia del proceso como se encuentra concebido, no siendo necesarias la defensa ni la contradicción.

El sistema informático es práctico, eficiente, al igual que acontece con el cuchillo o con el martillo. Ahora bien, el uso desmesurado de la inteligencia artificial (su propio calificativo alerta sobre el peligro que podría entrañar, especialmente en el cauce procesal que nos ocupa) puede incurrir en desenfreno y ser propenso a controlar y uniformar los pensamientos y actitudes, en vez de perseguir el desarrollo y expansión de las ilimitadas posibilidades de la mente humana.

Sin duda, la IA ayuda, decide, orienta, sin divagaciones ni reflexiones, sin equívocos ni recuerdos. Maneja datos y posee una enorme cantidad de información, pero carece de capacidad creativa y de improvisación. Es un sistema de carácter instrumental por su propia esencia, al que se llama —con recelos, por parte de algunos— inteligencia (eso sí, artificial).

Además, debe servir a la comunidad en su conjunto, para lo que se precisa un sistema social y político lo más participativo posible, lejos de los poderosos grupos de poder que la abanderan y que, en cierta manera, representan un peligro para la auténtica democracia. Consecuentemente, la aprobación y control parlamentarios de las principales manifestaciones de la inteligencia artificial, que han de orientarse siempre al servicio del bien común, constituyen un requisito de primer orden.

Para terminar, como planteamiento extensible a otros aspectos de la vida en sociedad, puede afirmarse que aquello para cuya realización, examen o decisión no se requiera necesariamente de inteligencia humana puede dejarse en manos de la llamada inteligencia artificial. De ahí que se abogue por la transparencia, responsabilidad y seguridad en su aplicación; en otras palabras, por el enfoque ético de su regulación.

XVII | Dilaciones penales e ineficiencia procesal: un examen de las diligencias complementarias y extemporáneas¹

Pilar Martín Ríos²

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. 2. ¿QUÉ TIPO DE DILIGENCIA PUEDE PRACTICARSE COMO COMPLEMENTARIA?. 3. DILIGENCIAS EXTEMPORÁNEAS. 3.1. LAS EXTEMPORÁNEAS «EN SENTIDO AMPLIO»: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LAS EXTEMPORÁNEAS «VÁLIDAS». 3.2. LAS CONSECUENCIAS DE LA PRÁCTICA EXTEMPORÁNEA DE DILIGENCIAS. 4. ESPECIAL REFERENCIA A LA DECLARACIÓN DEL INVESTIGADO. 4.1. ¿PUEDE RECIBIRSE LA PRIMERA DECLARACIÓN DEL INVESTIGADO UNA VEZ FINALIZADA LA INSTRUCCIÓN?. 4.2. LA DECLARACIÓN DEL INVESTIGADO COMO DILIGENCIA TARDÍA. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Diligencias complementarias: concepto y características

La preocupación por la lentitud en la resolución de los procesos judiciales está presente en cualquier debate sobre el estado de la Justicia en España. Tratando de identificar cuáles son los factores propiciadores de las dilaciones que, en concreto, se observan en la Justicia penal, las diligencias complementarias se han señalado como una de sus posibles causas³.

1. Con alguna modificación, este trabajo forma parte de la obra colectiva *La eficiencia procesal a debate* (Atelier, 2024), dirigida por la Prof^a. Yolanda De Lucchi López-Tapia, en el marco del proyecto Redes Temáticas «Red Andaluza de Investigación en Modelos de Eficiencia Procesal» (D5-2023-UMA).

2. Quisiera aprovechar la oportunidad que se me brinda para expresar en breves líneas, con motivo de tan merecido homenaje, todo mi afecto y admiración por el profesor Cachón. Que es un referente indiscutible en el Derecho procesal es sobradamente conocido. Sin embargo, no está de más celebrar que su prolífica y brillante trayectoria universitaria nos haya permitido el uso y disfrute de sus vastos conocimientos. Sus valiosos escritos nos acompañarán siempre, guiándonos en las dudas recurrentes de quienes solo aspiramos a ser, con el tiempo, aprendices de su magisterio. Gracias por tanto, querido Profesor.

3. Vid. AZAUSTRE RUÍZ, P. («Estudio crítico del nuevo régimen jurídico de plazos en la fase de instrucción del proceso penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, 2016-42, pp. 43-44) y JIMÉNEZ SEGADO, C. («Dilaciones indebidas: ¿Puede el Fiscal dar lugar a dilaciones indebidas cuando solicita reiteradamente dili-

Configuradas como diligencias excepcionales⁴, que se solicitan y practican una vez finalizada la instrucción, han de diferenciarse de aquellas otras que, con una clara connotación negativa, son consideradas intempestivas o extemporáneas. En esta última categoría se encuadran las que, habiéndose podido practicar en su momento natural, tratan de ser realizadas (o se realizan) una vez transcurridos los plazos fijados para la instrucción⁵.

La relevancia que se atribuye a cada una de las partes en el ámbito de este género de diligencias no es, en ningún caso, homogénea. Así, por ejemplo, respecto al carácter vinculante de la petición de diligencias, el juez estará obligado a practicarlas cuando quien las solicita es el Ministerio Fiscal, decidiendo «lo procedente» cuando la petición provenga de otras partes (art. 780.2 LE-Crim). Aunque el Tribunal Constitucional ha justificado esta diferencia de trato⁶, autorizadas voces en la doctrina se han mostrado, no sin razón, críticas con ella⁷.

En cualquier caso, no puede negarse lo tentador que resulta poder recurrir a un cauce que —al menos, en teoría⁸— garantiza la práctica de cuanto se solicite y, tal vez por ello, el Tribunal Supremo⁹ advierte de que el art. 780.2 LECrim no puede «convertirse en un expediente que permita al Fiscal instar una

gencias complementarias?», *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2015-116, p. 1). *Vid.*, asimismo, la STS 159/2015, que aprecia la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP tras la petición sucesiva y reiterada de diligencias complementarias por parte de la acusación pública.

4. Insiste en ello la STS 150/2024. En el mismo sentido, *vid.* la STC 186/90, que afirma «que dichas diligencias complementarias solo serán admisibles si dentro de la acusación resulta imposible concretar los elementos del tipo penal y aunque las mismas tengan naturaleza instructora, ello no quiere decir que, por esa vía excepcional, la Ley autorice a las acusaciones complementar o ampliar la totalidad de la instrucción previa, toda vez que la revisión del material instructor se vincula sólo con la tipificación de los hechos».

Su carácter excepcional es puesto de relieve también por la FGE, tanto en la Circular 5/2015, de 13 de noviembre, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, como en las precedentes Circulares 1/1989 y 1/2003. Todas ellas resaltan la idea de que «la finalidad de las diligencias complementarias es la de suplir la ausencia de datos necesarios para fijar los elementos integrantes del tipo penal y no la de colmar la insuficiencia de prueba cuando ésta pueda ser completada en el juicio oral o en éste puedan confirmarse datos de los que sólo se han dado noticia o informe por la policía en su atestado o en la denuncia presentada, siempre que haya motivos para esperar que tales datos serán confirmados en el juicio».

5. Así sucedería, por ejemplo, con la petición de práctica de diligencia al propio Juez de Instrucción, una vez dictado auto de conclusión del sumario. Como se afirma en el AAP de Soria 130/2020, es una cuestión que habrá de abordarse ante el órgano de enjuiciamiento en la fase intermedia, no siendo posible su petición extemporánea ante el Juez de Instrucción.

6. Así, el ATC 32/2009 señala que el Ministerio Fiscal «no es una parte más: es el acusador público, que ha de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, procurando la satisfacción del interés social».

7. CARRETERO SÁNCHEZ, A., «La regulación de las diligencias complementarias en el procedimiento abreviado: visión crítica», *Diario La Ley*, 2011-7640, pp. 1-5 (edición digital).

8. Como se dirá en el apartado siguiente, únicamente deberán practicarse las que resulten imprescindibles.

9. STS 159/2015.

petición encadenada de diligencias», alertando de la importancia de que el Juez de Instrucción realice una labor indagatoria del contenido y «verdadera finalidad» de tales diligencias¹⁰.

Al margen de lo anterior, es en la legitimación para solicitar su práctica donde mayores divergencias se aprecian entre las partes. Aunque en el sumario ordinario se prevea (art. 627 LECrim) que la defensa pueda pedir las, se trata de una posibilidad vedada para el PROA¹¹, en el que las diligencias complementarias —como la más reciente jurisprudencia señala¹²— se conciben como un mecanismo dirigido, exclusivamente, a lograr un «desbloqueo procesal», sirviendo para aclarar o conocer un elemento preciso para la calificación acusatoria y sin el cual ésta no pueda abordarse¹³.

Es conocido, también, que la STC 186/1990 encontró ajustada a Derecho esta limitación en las posibilidades de actuación de la defensa. Creemos, no obstante, que la sentencia referida atendía a un sistema en que, durante las diligencias previas, el investigado ha podido pedir «cuantas diligencias estime convenientes a su defensa»¹⁴. No será este el caso, sin embargo, en el que el investigado es informado de tal condición de forma extemporánea, hipótesis que se abordará en un apartado posterior.

10. STS 1022/2021.

11. En este sentido, mantiene la STS 150/2024 lo siguiente: «en esta fase intermedia nada se va a poder indagar a instancias del inculpado, a quien no se reconoce ningún trámite en el que pedir ni una contraprueba o una contra investigación frente al resultado que ofrezcan estas Diligencias Complementarias solicitadas por la acusación. Esta consideración interpretativa preserva el respeto del principio constitucional de la igualdad entre las partes, como recoge la doctrina constitucional en las SSTC 186/1990 o 19/2000, al indicar que «la fase de preparación del juicio oral en este proceso [el abreviado] no tiende, a diferencia también de lo que ocurre en la fase intermedia del procedimiento común, a dar oportunidad a las partes para que completen el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva (...) el Auto de incoación del procedimiento abreviado no solo tiene el significado de clausurar de manera implícita la anterior fase de instrucción (STC 186/1990, FJ 8), sino que, por la propia naturaleza y características de esta fase procesal, impide al imputado solicitar nuevas diligencias o tener conocimiento de las ya practicadas o pedir el sobreseimiento».

12. La ya citada STS 150/2024 es especialmente elocuente a este respecto: «las Diligencias Complementarias ni siquiera se conceden para dilucidar si se opta entre la prosecución acusatoria o la petición de sobreseimiento, sino sólo para aquellos supuestos en los que esta última opción se excluye por el Ministerio Público y, sin embargo, falta algún elemento esencial para cerrar la tesis acusatoria por la que ha decidido optar el Ministerio Fiscal. Consecuentemente, las Diligencias Complementarias sólo son pertinentes —y admisibles— si se limitan a aclarar un elemento preciso para la calificación acusatoria y sin el cual ésta no pueda abordarse, siendo sin embargo el trámite procesal necesario para el avance del procedimiento (...) en modo alguno puede admitirse que las Diligencias Complementarias sean un instrumento habilitado para completar una instrucción que finalizó cuando devino firme el Auto de Prosecución previsto en el art. 779.4 de la LECrim».

13. Piénsese, por ejemplo, en diligencias destinadas a delimitar la situación administrativa del investigado, o a la incorporación de algún elemento anunciado que, sin embargo, no consta.

14. Parafraseando, en este punto, la sentencia referida.

2. ¿Qué tipo de diligencia puede practicarse como complementaria?

Aun cuando el tratamiento legal de las diligencias complementarias haya sido dispar en los últimos años, sí es pacífica la premisa de que no cabe emplear su práctica para burlar la existencia de límites preclusivos en la instrucción¹⁵. Así pues, pese a la variedad de opiniones acerca de cuál haya de ser el sistema más efectivo para ordenar el desarrollo de dicha fase, es unánime la idea de que las diligencias complementarias no pueden convertirse en el pretexto para realizar una segunda instrucción.

Con la finalidad de frenar esos abusos, la redacción anterior del art. 324 LE-Crim¹⁶ prohibió que el Ministerio Fiscal pidiera diligencias complementarias, una vez agotado el plazo ordinario de la fase de instrucción o de sus prórrogas, si antes no había hecho uso de la facultad de instar al juez la fijación de un nuevo plazo máximo para la finalización de la investigación¹⁷. En el precepto indicado se exigía, además, que esa petición obedeciera a la concurrencia de razones que lo justificaran, lo que interpretamos como la necesidad de que dicha solicitud se vinculara a la práctica de concretas e identificadas diligencias.

Pese a ello, no parece que esa expresa mención resultara suficiente, *per se*, para impedir que se abusara de esta vía. En el precepto en cuestión no se exigía que las diligencias pedidas como complementarias coincidieran con las que sirvieron de base para la solicitud de fijación de plazo máximo en la instrucción, por lo que perfectamente hubiera sido posible usar tal petición para justificar la posterior realización de algunas actuaciones cuya práctica hubiera sido factible con anterioridad. Esa previsión no contribuía, en definitiva, a asegurar un uso mesurado y adecuado de las diligencias complementarias.

15. Así sucede cuando no se piden diligencias en plazo porque se pretende pedir las, como «complementarias», fuera del plazo de instrucción.

16. Dada 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.

17. «4. Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción. 5. Cuando el Ministerio Fiscal o las partes, en su caso, no hubieran hecho uso de la facultad que les confiere el apartado anterior, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de esta ley».

La regulación actual es aún más parca. El vigente art. 324 LECrim¹⁸, de hecho, no contiene mención alguna a las diligencias complementarias. Esta ausencia de regulación expresa ha dado lugar a que se considere¹⁹ que su práctica —situada en la fase intermedia— debe regirse por lo dispuesto en el artículo 780.2 LECrim²⁰. En su virtud, cabrá la posibilidad de acordarlas sin que se entienda supeditada al hecho de haberse agotado los plazos de instrucción o a la circunstancia de haber solicitado su prórroga. En consecuencia, procederán cuando, concluida la investigación, se decida su conveniencia, con independencia del tiempo que se hubiera empleado en aquella.

En la determinación de qué pueda ser una diligencia «conveniente», contempla el referido art. 780 LECrim una previsión interesante: solo pueden practicarse como complementarias aquellas diligencias que sean imprescindibles para formular acusación. Convendría especificar que debieran ser diligencias no solo imprescindibles sino, también, que no hubieran podido practicarse durante la instrucción o sus posibles prórrogas. De lo contrario, entendemos que habrían de considerarse como diligencias intempestivas o extemporáneas en sentido estricto²¹.

A falta de una mayor precisión por parte del legislador, interpretamos que la «conveniencia» de la diligencia (o la falta de aquella, por apreciarse abuso de derecho en su solicitud) podría desprenderse de la valoración de dos circunstancias:

- en primer lugar, de la imposibilidad objetiva de haber pedido su práctica con anterioridad o, de haberse pedido, de haberse efectivamente practicado²²;
- en segundo término, de la trascendencia de la diligencia pedida. Si fuera innecesaria o redundante, podría evidenciar cierto ánimo dilatorio/entorpecedor.

En cualquier caso, es fundamental que el juez controle cualquier petición de diligencias complementarias, sobre todo porque existen ciertos límites que conviene tener claros: por un lado, no debería admitirse la práctica como comple-

18. Consecuencia de la reforma operada por la Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

19. Circular 1/2021, de 8 de abril, de la FGE, sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

20. Y, entendemos, también al art. 627 LECrim para los sumarios ordinarios.

21. Con las consecuencias que, veremos, ello comporta.

22. Siempre, claro está, que no perviviesen los motivos que hubieran justificado su falta de práctica, como pudiera ser su carácter irrelevante o improcedente.

mentarias de diligencias que supusieran la repetición de otras ya practicadas (en esos casos, sería difícil²³ justificar que su realización es —conforme a lo previsto en el art. 780 LECrim- imprescindible). Pero, por otro lado, aún más importante sería que ese control judicial evitara que se empleara este cauce para tratar de ampliar, subjetiva u objetivamente, el objeto del proceso. Nos referimos ahora a la hipótesis en que se estimara que el auto de transformación en PROA que pone fin a las diligencias previas no incluye a todos los presuntos responsables del hecho delictivo investigado, o bien no contempla todos los hechos que debieran ser enjuiciados. En estos supuestos procederá la interposición de recurso (de reforma y de apelación, ex art. 766 LECrim) contra él. No sería posible, por el contrario, usar la vía de las diligencias complementarias para intentar modificar el alcance del auto de transformación, sobre todo cuando ya han transcurrido los plazos previstos para recurrirlo²⁴. Ello supondría, entendemos, una clara desviación del fin para el que fueron previstas²⁵.

3. Diligencias extemporáneas

3.1. Las extemporáneas «en sentido amplio»: especial consideración a las extemporáneas «válidas»

Como ya se anticipó, las diligencias complementarias han de diferenciarse de aquellas otras que son consideradas intempestivas o extemporáneas pues, aunque aquellas se realicen finalizada la instrucción, su práctica se hará dentro de los plazos legalmente previstos para ello. Estas, en cambio, se caracterizan por tener lugar fuera de dichos plazos.

Dentro de las diligencias que podemos considerar extemporáneas en sentido amplio es necesario distinguir la existencia de una clase distinta: serían aquellas que, pese a practicarse fuera de la instrucción²⁶, no se consideran intem-

23. Pese a ello, en ocasiones es necesario aclarar, por su trascendencia para la calificación de los hechos, alguna declaración anteriormente prestada. Esta cuestión entronca con otra de mayor calado, necesitada de un examen más profundo: la conveniencia de que los fiscales acudan a todas las declaraciones que se practiquen en fase de instrucción. Aunque, en un plano teórico, esta práctica contribuiría a una disminución notable de las diligencias interesadas como complementarias (al menos, de las que se solicitan en relación con dichas declaraciones), las objetivas limitaciones de plantilla y las enormes dificultades de compatibilizar las —ya de por sí sobrecargadas— agendas de juez y fiscal conducen a una realidad bien distinta.

24. VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M., «Diligencias complementarias del artículo 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ¿Está siempre el Juez vinculado por la petición del Fiscal?», *Boletín Digital Penal*, 2018-22, p. 3. En similar sentido, Circular 1/2003 FGE.

25. No es extraño, sin embargo, que a través de las diligencias complementarias se trate de conocer extremos que resulten importantes para calificar y que, además, tengan incidencia en el tipo delictivo, como pudiera ser la consideración de casa habitada o el horario de apertura de un local donde se hubiera cometido un delito.

26. Y encajando, por tanto, en la concepción amplia de diligencia extemporánea que aquí sostenemos.

pestivas o extemporáneas *stricto sensu*. Serían, por expresarlo de forma gráfica, una suerte de diligencias extemporáneas «válidas», al desprenderse de tal connotación negativa.

En este tercer grupo podríamos incluir, en primer término, las que, habiendo sido acordadas durante la instrucción, fueron practicadas una vez finalizada esta; las llamaremos, adoptando la denominación que emplea la STS 143/22, «rezagadas»²⁷. En segundo lugar, formarían parte del mismo grupo las diligencias que denominaremos «funcionales» o «derivadas», que serán aquellas que, a pesar de ser practicadas fuera de plazo, traen causa de otras diligencias que sí fueron admitidas dentro del mismo²⁸.

Aún dentro de esta tercera categoría, habríamos de incluir aquellas diligencias que se han dado en llamar «instrumentales»²⁹, que, habiendo sido practicadas fuera del plazo legalmente establecido, estarían vinculadas a una diligencia de instrucción regularmente practicada, de la que son accesorias³⁰.

Junto a las anteriores, habremos de considerar otro tipo más: la declaración del investigado que se recibe fuera de plazo. Sin ser accesoria —sería, de hecho, todo lo opuesto a algo accesorio o superfluo— ni instrumental, tal vez podría entenderse, de manera algo forzada, como «derivada», al ser resultado de las diligencias ya practicadas. Volveremos sobre ello más adelante, baste ahora con indicar cómo su práctica fuera de plazo se realiza en atención a un fundamento singular: la debida preservación del derecho de defensa. Se trata este del único caso de todos los expuestos como integrantes de esa tercera categoría de diligencias extemporáneas «válidas» en que, claramente, se aprecia que su práctica puede obedecer a intereses propios de la defensa, y no solo de la

27. Como indica la Circular 1/2021, serán válidas todas las diligencias acordadas antes del vencimiento del plazo de la investigación judicial, sin perjuicio de que se practiquen o reciban una vez agotado el mismo, bien se trate de una declaración testifical, un informe pericial o un documento con valor probatorio.

28. Sobre esta particular categoría, las «funcionales», puede verse la STS 605/2022, en la que se aborda el caso en que la remisión de dirección IP, con objeto de identificar a su titular, tiene lugar ya agotados los plazos de instrucción. Puesto que durante la misma se habían solicitado los datos de registro de una cuenta de correo y las IP de las conexiones registradas por esa cuenta, interpreta el TS que «Es más que evidente, pues, que esta segunda diligencia de prueba sólo adquiere significado por razón de su conexión funcional con la primera. Entre ambas existe un evidente enlace, en la medida en que para conocer lo que evidenció la segunda de las diligencias la primera operaba como indefectible presupuesto. Primero se interesan —requerimiento inicial— los datos ligados a la dirección IP, así como numeración IMEI que identifica cada uno de los teléfonos asociados a esa cuenta y seguidamente se insta —segunda diligencia— la vinculación de esas series numéricas con los datos de identificación del usuario. No se trata, por tanto, de una sucesión de diligencias de investigación funcionalmente diferenciadas y entre las que se observa una paralización injustificada del procedimiento».

29. AZAUSTRE RUÍZ, P., *El plazo de la investigación penal, ex artículo 324 de la LECrim*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 320-322. *Vid.*, asimismo, la STS 738/2022.

30. Así, la STS 803/2022 abre la posibilidad de incorporar diligencias extemporáneas que se entienden dirigidas a determinar aspectos accesorios, tales como la delimitación de responsabilidades civiles.

acusación. Que defensa y acusación contaran con idéntica posibilidad de, vencidos los plazos, hacer valer la necesidad de llevar a cabo tales actuaciones sería, de hecho, la única interpretación que entenderíamos compatible con el debido respeto a la igualdad entre las partes.

Dejando ahora a un lado el examen más detenido de esta última hipótesis, interesa destacar cómo la insistencia en el carácter necesariamente restringido de la práctica de diligencias complementarias —expuesta *retro*— coexiste, paradójicamente, con la defensa de la validez de este tercer grupo de diligencias que son, igualmente, practicadas fuera de los plazos legalmente previstos. Frente a la excepcional³¹ admisión de las complementarias, estas otras se acogen sin mayores problemas, bastando con que exista una conexión funcional o instrumental con alguna que sí se hubiera realizado en plazo, en una flexibilización evidente de la regla de prohibición de adquisición procesal por transcurso de término esencial³².

Además, si bien es cierto que las complementarias se practicarían en un momento posterior³³, y con la única finalidad de asegurar la acusación —circunstancias que, *per se*, justifican un trato restrictivo—, también lo es que las oportunidades con que cuenta la defensa en el caso de las diligencias extemporáneas «válidas» son bastante restringidas, y ello debería ponderarse, también, a la hora de favorecer, o no, su práctica. Así, mientras que en el art. 780 LECrim³⁴ se prevé un nuevo traslado a la defensa de los resultados de la práctica de dichas diligencias, nada se contempla respecto de las diligencias sumariales rezagadas, derivadas o instrumentales que venimos examinando. Aunque, al tratarse de diligencias sumariales, estarán sujetas a las normas que informan la fase de instrucción —por lo que las partes podrán acceder a su resultado—, es evidente que el margen de maniobra será muy reducido, teniendo en cuenta el momento en que han tenido lugar.

La situación sería especialmente llamativa en el ámbito del PROA, donde la defensa no puede, ante el dictado del auto de transformación, instar la práctica de diligencias complementarias. En consecuencia, de entender que esas diligencias extemporáneas —que no se han podido replicar con «contra diligencias» o diligencias «de descargo»— están en la base de dicho auto, no tendrían más remedio que impugnarlo para —en el seno de la instrucción que, en su

31. Al menos, en teoría.

32. *Vid.*, al respecto, las STS 836/2021 y STS 52/2022. Considerándolo un «principio de adquisición por transcurso del término esencial», *vid.* la STS 836/2021.

33. Como se dijo, una vez dictado el auto de conclusión de sumario/transformación en PROA.

34. «En todo caso se citará para su práctica al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y siempre al encausado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones».

caso, fuera reabierta— interesar la práctica de todo lo que a su derecho conviniere.

Esta circunstancia quizás debiera llevar a un replanteamiento de la flexible admisión de este género de diligencias. O, al menos, a la previsión de unas garantías mínimas que evitaran que se produjera indefensión del investigado. La principal, a nuestro juicio, tendría que ver con la naturaleza misma de dichas diligencias: en ningún caso podrían prescindir de ese carácter instrumental; el vínculo con diligencias correctamente realizadas³⁵ tendría que apreciarse de forma clara. De lo contrario, se estaría utilizando este cauce extraordinario para burlar los diáfanos límites temporales.

3.2. Las consecuencias de la práctica extemporánea de diligencias

Con la reforma producida por la Ley 2/2020 se ha perdido la ocasión de aclarar algunas dudas interpretativas que derivaban de la escasa claridad del art. 324 LECrim: en su apartado segundo se dice que las diligencias de investigación acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o de sus prórrogas serán válidas, aunque se reciban tras su expiración. En el tercero, se advierte de que si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución de prórroga, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha³⁶.

Como se observará, persevera el legislador en su voluntad de hablar de «recepción» de diligencias, aun cuando se trata de una terminología, por restrictiva, no excesivamente afortunada. Siendo perfectamente aplicable cuando nos referimos a documentos o declaraciones (sean testificales o del investigado), no se adecua a la naturaleza de otro tipo de actuaciones que se llevan a cabo a lo largo de la fase de investigación. Subsisten, pues, las dudas que se apuntaban respecto de la regulación de 2015³⁷.

Por otro lado, al afirmarse que serán válidas las que se acuerden dentro de plazo —con independencia del momento de su efectiva práctica—, ha de interpretarse, *a contrario*, que las que sean acordadas fuera tendrán que considerarse inválidas, lo que es conforme a la prohibición de adquisición de informa-

35. De las que derivan (sea como «rezagadas» o no) o son instrumento.

36. En este último caso estaríamos ante lo que venimos denominando diligencias extemporáneas *stricto sensu*.

37. AZAUSTRE RUÍZ, P., «Estudio crítico...», *cit.*, pp. 45-46.

ción sumarial transcurridos los plazos para ello. El cumplimiento de las exigencias de temporalidad, en suma, se erige como condición de validez de la actuación indagatoria. Habría sido un acierto del legislador que hubiera incorporado en la norma, de forma expresa, tan importante consecuencia.

Al no observarse en ellas ningún tipo de ilicitud constitucional³⁸, no han de considerarse nulas³⁹, sino meramente ineficaces o irregulares. La mayor dificultad estriba, a nuestro parecer, en determinar cuál ha de ser el alcance de su irregularidad. Jurisprudencia y doctrina coinciden al interpretar que dichas diligencias no podrán servir para basar la decisión sobre la continuación del proceso o el sobreseimiento⁴⁰. Pese a ello, también se advierte de lo complejo que resultará, en la praxis, asegurar que esa información irregularmente obtenida no se encuentra en la base de la decisión adoptada⁴¹.

Aunque sin un claro apoyo jurisprudencial⁴², en ocasiones se ha atribuido un diferente valor a las diligencias extemporáneas⁴³ en atención al fin pretendido con ellas. Así, negándoseles valor para fundamentar un auto de apertura de juicio oral (por comprometer de manera clara el derecho de defensa), se les ha concedido, por el contrario, cuando se ha tratado de justificar una petición de sobreseimiento⁴⁴, por tratarse de una diligencia extemporánea de descargo y, por tanto, favorable al investigado.

Apartándonos ahora de la tesis sostenida en la Circular 1/2021 de la FGE que —a diferencia de la expuesta *retro*— considera que tales diligencias extempo-

38. Únicamente contravienen lo dispuesto en las normas procesales, pero no vulneran derechos fundamentales.

39. STS 836/2021, al proclamar que «Lejos de este escenario de nulidad absoluta por ilicitud constitucional, la intempestividad convierte a la diligencia, como genuina fuente de prueba, en irregular, debiéndose entender como tal la obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales».

40. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Reflexiones en torno al dilema jurídico de las declaraciones de investigados practicadas una vez concluido el plazo de investigación», *Diario La Ley*, 2023-10351, pp. 5-6 (edición digital). Como recuerda la STS 176/2023 las diligencias practicadas fuera de plazo no son válidas. Una vez finalizada la instrucción, sólo en función de las diligencias que se hubieran practicado hasta ese momento —es decir, de las válidas, entre las que incluimos, como vimos, algunas extemporáneas— se habrá de decidir si el proceso debe de continuar o si, en otro caso, procede acordar su sobreseimiento.

En este mismo sentido, *vid.* la Circular 1/2021 de la FGE, así como las STS 605/2022, 16/2023, STS 176/2023, STS 361/2023 y 872/2023.

41. ECHANDÍA ESTEBAN, A.; ORTEGA CALDERÓN, J. L., «Reflexiones entre fiscales sobre diligencias y plazos de instrucción, 3ª parte: efectos de las diligencias intempestivas: la debilidad del principio de no adquisición», *Diario La Ley*, 2022-10181, p. 8 (edición digital).

42. Las STS 738/2022 y STS 16/2023 se refieren a esta cuestión, únicamente, de forma tangencial.

43. Entendidas estas en sentido estricto.

44. MORENO VERDEJO, J.; DÍAZ TORREJÓN, P., «Dos años de aplicación práctica de la versión 2.0 del sistema de plazos del proceso penal», <https://blog.sepin.es/2022/07/dos-anos-aplicacion-practica-version-2-0-sistema-plazos-proceso-penal>, p. 1 (edición digital).

ráneas no pueden usarse para decidir sobre el futuro del proceso —sin diferenciar entre archivo o tránsito al juicio oral⁴⁵—, creemos aplicable en este punto, por analogía, la interpretación que realiza el magistrado DEL MORAL acerca de la prueba ilícita exculpatória⁴⁶, lo que nos lleva a sostener la conveniencia de que la diligencia intempestiva que resulte favorable al investigado pueda servir de base a una eventual petición de sobreseimiento.

Mayor controversia despierta la posible eficacia de las diligencias intempestivas fuera de la fase de instrucción. Frente al entendimiento de que su acceso al juicio como material probatorio generaría indefensión material, además de originar una forzada dicotomía «ineficacia previa-validez posterior»⁴⁷, se alza la tesis jurisprudencial de que la invalidez de la diligencia intempestiva está limitada, exclusivamente, al momento procesal que impide su aportación, lo que implica que podrá tener entrada en el juicio oral⁴⁸. En esta misma línea, la Circular 1/2021 de la FGE, ya mencionada, mantiene que nada impide que, en el acto del juicio oral, se propongan aquellas pruebas que se estimen pertinentes y útiles, aunque estas guarden conexión con las diligencias que se consideraron no válidas por haber sido practicadas con infracción de los plazos del art. 324 LECrim.

Mayoritariamente se concluye, en consecuencia, que será posible que el contenido informativo de las diligencias intempestivas tenga entrada en el acto del juicio como dato probatorio, de la mano de otros medios de prueba propuestos por las partes⁴⁹. Una atención particular precisa, por su singularidad, la pretensión de introducir en el juicio oral el resultado de las diligencias irregulares a través de las vías previstas en los arts. 714 y 730 LECrim. En este caso, convenimos con la FGE⁵⁰ y con el TS⁵¹, la única respuesta posible habría de ser el rechazo.

45. Las diligencias extemporáneas «no podrán valorarse al objeto de resolver la transición a la fase intermedia del procedimiento», afirma la Circular 1/2021.

46. DEL MORAL GARCÍA, A., «Reflexiones sobre prueba ilícita», *Lógos. Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil*, febrero 2023, p. 44.

47. ECHANDÍA ESTEBAN, ORTEGA CALDERÓN, «Reflexiones entre fiscales...», *cit.*, pp. 8-9.

48. Por todas, *vid.* STS 176/2023.

49. *Vid.* SSTC 303/1993, 171/1999, 259/2005, 216/2006, 197/2009, y STS 5074/2023.

50. En la misma Circular 1/2021 se pronuncia en este sentido.

51. Dice la reciente STS 150/2024: «el incumplimiento de la regla de prohibición de adquisición de información sumarial más allá del término establecido en la ley (por ejemplo, un documento), además de neutralizar su aprovechamiento para fundar la inculpación, *afectará al potencial valor probatorio anticipado o preconstituido de la diligencia intempestiva*» (la cursiva es añadida).

4. Especial referencia a la declaración del investigado

4.1. ¿Puede recibirse la primera declaración del investigado una vez finalizada la instrucción?

En el examen de esta cuestión, hemos de partir de la base de que la toma de declaración al investigado debe practicarse, por razones obvias, con especial premura⁵². Lo ideal sería, realmente, que se estableciera —al modo en que lo hacía el Anteproyecto de LECrim de 2020— la obligatoriedad de su práctica temprana y prioritaria, al inicio mismo de la instrucción.

Lo que parece claro es que tal declaración no podría ser realizada en el marco de unas diligencias complementarias, toda vez que el art. 779.1.4º LECrim advierte de que no será posible que en el auto de transformación en PROA se identifique como persona a la que se le imputan los hechos quien no hubiera sido, previamente, oído en los términos previstos en el artículo 775 LECrim⁵³. De esta forma, si esa persona no ha sido oída durante la instrucción, no será posible incluirla en dicho auto.

Por lo tanto, si, por error, hubiera finalizado la investigación sin haber tenido lugar tal declaración, es evidente que no cabría pedirla como diligencia complementaria. De lo contrario, se estaría empleando este cauce de modo anormal, como vía para realizar una ulterior instrucción. Podríamos concluir, a la vista de lo expuesto, que la petición de declaración del investigado, una vez que el juez hubiera dado fin a la instrucción mediante auto, habría de ser entendida, en todo caso, como intempestiva o extemporánea en sentido estricto, debiendo dar lugar a su rechazo y, de practicarse, a su ineficacia. Se trataría, además, de una conclusión extrapolable al sumario ordinario, partiendo de la aplicación supletoria de la regulación del PROA.

Dejando a un lado tal hipótesis, bien podría darse otra distinta: que la toma de declaración al investigado se hiciera, finalizados los plazos de instrucción, pero antes de dictar auto de conclusión/de transformación⁵⁴. Es decir, no se trataría de practicarla como diligencia complementaria a través del cauce previsto para ello, ni tampoco como una de las diligencias «rezagadas» a las que ya había-

52. En ello insiste, también, la Circular 1/2021 de la FGE: «Las/os Sras./es. Fiscales velarán por que la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración de investigado/a o, en su caso, la declaración indagatoria con anterioridad a la expiración de los plazos de la investigación».

53. VIVÓ CABO, S., «Las diligencias complementarias en el procedimiento abreviado ¿Posibilidad de nuevas imputaciones?», <https://ficip.es/wp-content/uploads/2017/06/Viv%C3%B3-Cabo.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>, 2017, pp. 5-10.

54. Como advierte la STS 176/2023.

mos aludido⁵⁵, sino como una diligencia acordada y practicada tras expirar el plazo previsto para la fase de investigación judicial.

En este caso, el límite preclusivo al que habría de atenderse, en virtud de la prohibición prevista en el art. 779.1.4 LECrim, sería otro: que no se hubiera dictado aún auto de transformación en PROA⁵⁶. Por otra parte, creemos que ningún problema habría —al no tratarse de diligencias complementarias— en que esa declaración fuera propuesta tanto por la defensa como por las acusaciones.

A pesar de que, como se dijo, las diligencias extemporáneas en sentido estricto se vienen considerando ineficaces e inválidas, la FGE sostiene⁵⁷ un criterio diametralmente opuesto cuando se trata de la declaración del investigado que ahora nos ocupa. Mantiene, así, que cuando tenga lugar una vez transcurridos los plazos del art. 324 LECrim, los Fiscales deberán defender su plena admisibilidad y validez, «atendida su condición de garantía procesal».

Teniendo presente lo anterior, partiendo de esa «validez plena» —que la equipararía a las diligencias extemporáneas «válidas» que ya vimos⁵⁸—, esa declaración tomada fuera de los plazos legales⁵⁹ tendría plenos efectos procesales, pudiendo basar tanto un sobreseimiento como un tránsito al juicio oral. Por supuesto, también podrán ser incorporadas al juicio oral, pues no se reputan nulas.

Se trata, realmente, de una hipótesis particular. Es la afectación del derecho de defensa que supone no ser oído durante la instrucción lo que justifica este trato singular, refrendado por abundante jurisprudencia⁶⁰ que resalta su ambivalencia como diligencia de investigación y garantía del derecho de defensa.

Matiza esta tesis el TS que, en la conocida STS 176/2023, afirma que la declaración del investigado en esas circunstancias —esto es, tras la expiración del plazo

55. Es decir, de las acordadas en plazo, pero practicadas fuera de él. Como vimos, estas son plenamente válidas.

56. O de conclusión del sumario, en su caso, pues no encontramos razones que justifiquen una solución distinta para el proceso ordinario.

57. En la Circular 1/2021.

58. No en vano, puede entenderse que esa declaración deriva de las actuaciones practicadas durante la vigencia de los plazos instructores.

59. Pero, insistimos, antes del dictado del auto que finaliza la instrucción.

60. *Vid.* ATC 5/2019, de 29 de enero, así como AAP Barcelona 336/2020, AAP Valencia 502/2019, AAP Bilbao 90482/2019 y AAP Sevilla 349/2018, entre otros. En sentido contrario, AAP Guadalajara 43/2020, AAP Barcelona 237/2019 o AAP Huelva 48/2019, que han denegado la posibilidad de practicar la declaración de investigado tras la expiración de los plazos del art. 324 LECrim.

de instrucción— solo sería válida si la Fiscalía hubiera actuado de forma diligente, habiendo intentado esa declaración dentro del plazo previsto en la LECrim. Debe tratarse, además, de un retraso proporcionado a la gravedad del delito y respetuoso, en todo caso, con el derecho de defensa. Tal respeto pasa, indefectiblemente, por tomarle declaración lo antes posible. Aun sin negar la posibilidad de que, por causas justificadas, se recibiera su declaración una vez vencidos los plazos, advierte de que resulta difícil imaginar un escenario en el que se lleve a cabo la declaración fuera del plazo de instrucción sin comprometer gravemente el derecho de defensa⁶¹. Será necesario, por tanto, examinar los pormenores del caso concreto, con objeto de determinar si se ha producido vulneración del derecho de defensa. En ese caso, como se dirá, nos encontraríamos ante una actuación nula y, por ello, inutilizable desde una óptica procesal.

En conclusión, una primera toma de declaración al investigado que se realice de forma extemporánea, con la única intención de cumplir la formalidad que permitiría incluirlo en el auto de transformación sería un claro ejemplo de indefensión material. Así pues, si durante la vigencia de los plazos de la instrucción existían ya datos que apuntaban a su participación en los hechos —que es lo que motiva, en definitiva, que pueda ser considerado investigado y llamado a declarar como tal—, tenía que haber sido citado a declarar en ese momento. Lo contrario, supondría una burla de su derecho de defensa. En realidad, sería muy extraño, un supuesto casi «de laboratorio», que esa necesidad/posibilidad de citarlo no hubiera surgido hasta después de vencidos los plazos legales.

Debe advertirse, a este respecto, que una cosa sería que esa necesidad de oírle existiera desde un momento más temprano y otra, bien distinta, que efectivamente se hubiera procedido a tomarle declaración en calidad de investigado. No siendo frecuente, se dan casos en que la ingente carga de trabajo que soporta nuestra Administración de Justicia se refleja en una concreta disfunción: la instrucción finaliza sin haber sido oído el investigado⁶². Cabe entender, de hecho, que la *sui generis* solución propuesta por FGE y TS trata de evitar que,

61. La STS en cuestión advierte de otra circunstancia reseñable: tratar de iniciar un segundo procedimiento con la intención de sortear el archivo provisional decretado por el Juzgado que primero conoció de los hechos, sin concurrir ninguna razón de peso para reabrir la investigación o para presentar la denuncia en un Juzgado distinto al que ya había conocido de los hechos, «debe reputarse como realizado en fraude de ley». Afirma, asimismo, que «El archivo provisional no impide formalmente la reapertura del procedimiento (...) pero, si se adopta por haber transcurrido el plazo de instrucción sin la práctica de diligencias suficientes para realizar el juicio de acusación, no cabe la reapertura».

62. En ocasiones, esa disfunción ha obedecido al hecho de que el sobreseimiento había sido revocado por vía de recurso, reabriéndose el caso y pasando entonces desapercibida —por darse, muchas veces, por supuesta o sobreentendida— esa inicial falta de declaración.

de ser así, la investigación se vea abocada al archivo por no estar identificada la persona a la que se le imputan los hechos⁶³.

Tampoco puede ignorarse que, en la situación descrita, el investigado que ha tenido conocimiento de su condición una vez finalizados los plazos legales de instrucción queda, ciertamente, en una posición delicada. A este respecto, identificamos tres posibles formas de paliar la situación que origina esa impugnación realizada fuera de plazo:

En primer lugar, su defensa siempre tendría la posibilidad de impugnar el auto de transformación, y, en la instrucción reabierta, pedir las diligencias que considerara precisas. Pese a ello, no puede negarse que esta solución —procesalmente compleja— se traduciría en un aumento de la duración del proceso.

Una segunda opción pasaría por que se permitiera a la defensa solicitar diligencias extemporáneas que trajeran causa de la declaración, también extemporánea, del investigado⁶⁴. Con independencia de que tendría que tratarse de actuaciones indispensables y excepcionales, no puede negarse la posibilidad de que, de su práctica, se pueda evidenciar la conveniencia de dictar un auto de sobreseimiento⁶⁵. Entendemos que, para que esa opción fuera factible, tendría que existir un vínculo de esa nueva diligencia con otra practicada regularmente. El hecho de que la FGE considere a la declaración intempestiva del investigado como «plenamente válida y eficaz» ayuda, sin duda, a salvar ese escollo.

Por otro lado, cabría también plantear, en tercer lugar, que se permitiera al investigado «extemporáneo» pedir diligencias complementarias, una vez dictado el auto de transformación. Como ya se apuntó, esta solución, siendo perfectamente posible en el sumario ordinario, implicaría un radical cambio en la concepción de esta clase de diligencias en el marco del PROA. Sin embargo, desmarcándonos de la tesis judicial que impera a este respecto, creemos que, al menos en ciertos supuestos, debería permitirse que las diligencias complementarias pudieran servir, también, para acreditar la falta de implicación del encausado en los hechos que se le atribuyen. A pesar de que la STC 186/1990 consideró que esta particular limitación en las posibilidades de actuación de la defensa era constitucional, lo cierto es que también se refería a un sistema que

63. Recordemos que, según exige el art. 779 LECrim, en el auto de transformación solo podrá incorporarse la identificación de la persona a la que se le imputan los hechos si previamente se le ha tomado declaración en los términos previstos en el art. 775.

64. No olvidemos que, normalmente, se habrán practicado importantes diligencias durante la instrucción en las que no pudo participar porque aún no había sido designado como investigado.

65. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Reflexiones en torno al dilema jurídico...», *cit.*, pp. 1-16 (edición digital).

garantizaba al investigado una plena participación durante las diligencias previas. Se trataba, por tanto, de una situación claramente distinta a la que se produce hoy cuando el investigado es informado de su condición una vez que los plazos de instrucción ya han transcurrido.

Aunque no se tratase de algo frecuente, sería perfectamente posible que, en el momento de la petición de diligencias complementarias en el marco de un PROA, pudiera surgir la necesidad para la defensa de pedir la práctica de alguna que considerara indispensable para acreditar su falta de participación en los hechos y que, habida cuenta del momento en que se produjo el conocimiento de su condición de investigado, no pudo proponer durante las diligencias previas⁶⁶. De esta forma, empleando el mismo argumento que se utilizó en 2009⁶⁷ para justificar que, en el proceso ordinario por delitos graves, la defensa pudiera solicitar diligencias complementarias, permitir esta posibilidad restablecería, a nuestro juicio, el equilibrio de las partes en la fase intermedia del proceso penal.

Lo anterior no implica, por supuesto, que ignoremos que es en el seno de la instrucción donde habría de desarrollarse la investigación, ni que rechacemos la idea de que las diligencias complementarias no pueden convertirse, obviamente, en una nueva instrucción. Pero, conscientes de que en numerosas ocasiones⁶⁸ se consideran plenamente válidas las declaraciones de investigados que se producen de forma extemporánea, entendemos que sería de justicia reconocer esa posibilidad a quienes, teniendo en cuenta el momento en que

66. Hay que tener en consideración, además, que el MF puede interesar el sobreseimiento, aunque se haya dictado ya el auto de transformación. Precisamente la información que pudiera facilitar en ese momento la defensa podría servir para fundamentar una petición en ese sentido.

67. La Exposición de Motivos de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, explicaba que el hecho de permitir que la defensa del procesado pueda pedir nuevas diligencias una vez concluido el sumario supone la plasmación de la doctrina del Tribunal Constitucional consolidada a partir de la STC 66/89.

Antes que ella, ya en la STC 44/1985 se apuntó idéntica idea.

68. Aunque tampoco se trata de una postura sin fisuras. Algunas Audiencias Provinciales, por ejemplo, suelen confirmar los sobreseimientos cuando se acuerda la práctica de las declaraciones de los investigados con posterioridad a la conclusión del plazo máximo de investigación, por entender «que esa invocada doble naturaleza de la diligencia no constituye obstáculo alguno para que despliegue efectos la regla preclusiva contenida en el apartado 4 del artículo 324 en relación con la contenida en el apartado 2 interpretada *a contrario*» (AAP Sevilla 1274/2023, 980/2023, 900/2023, 786/2023 y 703/2023, entre otros).

Por su interés, traemos también a colación un Auto de la AP de Sevilla que aborda un supuesto particular: frente a la pretensión de las partes de que la falta de declaración en plazo del investigado (que lo era en una pieza separada) se viera subsanada por el hecho de haber declarado en la pieza matriz de las Diligencias Previas incoadas, concluye que «convalidar un traslado de imputación en tales condiciones supondría una desproporcionada e injustificada merma del derecho a un proceso equitativo, a la vista del tardío retraso en la imputación y de la imposibilidad de que el apelante pudiera proponer diligencias de descargo para evitar verse abocado a un juicio sin haber tenido la posibilidad de participar contradictoriamente en la fase investigativa» (AAP Sevilla 413/2023).

han tenido conocimiento de la atribución de hechos punibles, han visto mermaid sus posibilidades de defensa.

4.2. La declaración del investigado como diligencia tardía

Junto a la hipótesis que acabamos de examinar puede identificarse otra que, siendo similar, presenta alguna diferencia digna de mención: nos referimos, ahora, a la toma de declaración del investigado que, aun practicándose dentro del plazo de instrucción, se entiende, no obstante, como tardía.

En estos supuestos no puede hablarse, en puridad, de diligencia intempestiva, pues ha sido practicada —aun *in extremis*— dentro de los plazos legalmente fijados. Se trata, en suma, de declaraciones que, habiendo podido practicarse en un momento más temprano, han sido injustificadamente retrasadas⁶⁹.

La complejidad de estos casos, dada la ausencia de criterios objetivos al respecto, estriba en la valoración del grado de demora en que se incurre y en la demostración de su —eventual— justificación. Tanto su entidad como las circunstancias concurrentes⁷⁰ determinarán cuál será el valor que haya de atribuirse a la declaración que se tome tardíamente, así como el efecto que tal retraso pudiera originar en el derecho de defensa⁷¹.

Como, de manera muy ilustrativa, señala la STS 176/2023, de 13 de marzo, «hay una sólida justificación de orden constitucional que obliga a que esa declaración se realice en la fase de instrucción y, siempre que sea posible, desde el mismo momento en que se aprecien indicios de la participación criminal del investigado. Si no se actúa de esa forma hay un riesgo cierto de lesión del derecho de defensa, en cuanto no cabe una instrucción sin contradicción y realizada de espaldas o al margen del investigado, que tiene derecho no sólo a conocer la imputación, sino a intervenir en la instrucción ofreciendo su versión de descargo y solicitando, en su caso, la práctica de las diligencias oportunas».

En esta misma línea se enmarcaba el Anteproyecto de LECrim de 2020, que preveía, por emplear sus propios términos, «un severo régimen de sanción procesal» del retraso indebido en la primera comparecencia del investigado.

69. De tratarse de un retardo malicioso, podríamos encontrarlos, incluso, ante un supuesto de prevaricación (art. 449 CP).

70. Sería elocuente, por ejemplo, que se hubieran practicado diligencias sobre alguien sin haber sido informado de su condición de investigado ni haber sido oído como tal.

71. Como se señaló en el Anteproyecto de LECrim de 2020, «lo trascendental, por tanto, de una información tardía es que pueda generar una situación material de indefensión».

Con la intención de evitar demoras injustificadas en la formulación de cargos, siguiendo la propuesta que ya se contuviera en el Anteproyecto de 2011, se anudaban importantes consecuencias a las mismas. El sobreseimiento, de hecho, era una de ellas, como recogía el art. 624 del Anteproyecto. En este, con objeto de determinar la existencia de indefensión, se especificaba que, «en todo caso, se entenderá que tal perjuicio se ha producido cuando el retraso haya impedido obtener o asegurar las fuentes de prueba que podían evidenciar la falta de responsabilidad criminal». Probar esos extremos, por tanto, era decisivo para poder entender aplicable dicha sanción.

Además del posible archivo, que se había de reservar para los casos en que el perjuicio causado al derecho de defensa fuera irreparable, se contempló la eliminación del acervo probatorio de aquellos elementos obtenidos sin intervención de la defensa, que no podrían acceder, entonces, al juicio oral. Todos esos actos investigadores que fueron realizados sin previo traslado de cargos a la defensa podrían ser declarados nulos y no aprovechables, en consecuencia, en ninguna fase del proceso.

Con independencia de la utilidad interpretativa que reviste la tesis contenida en la STS 176/2023, se necesita imperiosamente una adecuada regulación legal a este respecto, que exija que la toma de declaración al investigado se produzca en un momento inicial y que aclare convenientemente que, cuando esta se haya demorado de forma maliciosa y/o se haya causado un perjuicio al derecho de defensa —aun cuando no se hubieran excedido los límites temporales de la instrucción— deberá considerarse análoga a prueba ilícita y, en consecuencia, inutilizable. Del mismo modo, sería imprescindible que la «sanción procesal» que el Anteproyecto de 2020 extendía a las diligencias sustraídas al control de investigado fuera, por fin, objeto de una previsión normativa efectiva. La adecuada preservación del derecho de defensa lo exige, sin duda, de forma clamorosa.

5. Bibliografía

- AZAUSTRE RUÍZ, P., *El plazo de la investigación penal, ex artículo 324 de la LECrim*, Aranzadi, Navarra, 2023
- AZAUSTRE RUÍZ, P., «Estudio crítico del nuevo régimen jurídico de plazos en la fase de instrucción del proceso penal», [Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal](#), 2016-42, pp. 23-54
- CARRETERO SÁNCHEZ, A., «La regulación de las diligencias complementarias en el procedimiento abreviado: visión crítica», *Diario La Ley*, 2011-7640, pp. 1-5 (edición digital)

- DEL MORAL GARCÍA, A., «Reflexiones sobre prueba ilícita», *Lógos. Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil*, febrero 2023, pp. 35-48
- ECHANDÍA ESTEBAN, A.; ORTEGA CALDERÓN, J. L., «Reflexiones entre fiscales sobre diligencias y plazos de instrucción, 3ª parte: efectos de las diligencias intempestivas: la debilidad del principio de no adquisición», *Diario La Ley*, 2022-10181, pp. 1-16 (edición digital)
- JIMÉNEZ SEGADO, C., «[Dilaciones indebidas](#): ¿Puede el Fiscal dar lugar a dilaciones indebidas cuando solicita reiteradamente diligencias complementarias?», [La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario](#), 2015-116
- MORENO VERDEJO, J.; DÍAZ TORREJÓN, P., «Dos años de aplicación práctica de la versión 2.0 del sistema de plazos del proceso penal», <https://blog.sepin.es/2022/07/dos-anos-aplicacion-practica-version-2-0-sistema-plazos-proceso-penal>, pp. 1-20 (edición digital)
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Reflexiones en torno al dilema jurídico de las declaraciones de investigados practicadas una vez concluido el plazo de investigación», *Diario La Ley*, 2023-10351, pp. 1-16 (edición digital)
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M., «Diligencias complementarias del artículo 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ¿Está siempre el Juez vinculado por la petición del Fiscal?», *Boletín Digital Penal*, 2018-22, pp. 1-8
- VIVÓ CABO, S., «Las diligencias complementarias en el procedimiento abreviado ¿Posibilidad de nuevas imputaciones?», <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/06/Viv%C3%B3-Cabo.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>, pp. 1-14

XVIII | La declaración del acusado y el derecho al silencio. La lectura de las declaraciones sumariales

*Víctor Moreno Catena*¹
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO. 1. PRUEBA, EN EL PROCESO PENAL, ES LA QUE SE PRACTICA EN EL PLENARIO. 2. LAS DECLARACIONES DEL INVESTIGADO Y DEL ACUSADO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. 3. EL DERECHO AL SILENCIO. 4. EL USO DE LAS DECLARACIONES DE INSTRUCCIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA. 5. EN ESPECIAL, LAS DECLARACIONES DE LOS ACUSADOS EN INSTRUCCIÓN Y SU VALOR PROBATORIO. 6. LA NEGATIVA DEL ACUSADO A RESPONDER A LAS ACUSACIONES Y LA UTILIZABILIDAD DE LAS DECLARACIONES DE INSTRUCCIÓN. 7. LA CONFORMIDAD Y LA NEGATIVA A CONTESTAR A LAS DEFENSAS DE LOS COACUSADOS

1. Prueba, en el proceso penal, es la que se practica en el plenario

En nuestro sistema penal se ha venido abriendo camino una corriente de regreso a valores y principios que fueron proscritos en España con la plena vigencia de la Constitución. Al parecer, esos viejos principios no se enterraron bien, porque se aparecen como «muertos vivientes» ante quienes están llamados a velar por el cumplimiento de la ley y su acomodo con la Constitución, y nuestros jueces y fiscales unas veces miran hacia otro lado, y otras veces se muestran entusiastas de esta periclitada concepción.

1. Las páginas que siguen pretenden ser una modesta contribución de reconocimiento y de afecto a la persona y a la labor académica que ha desarrollado a lo largo de toda su carrera universitaria el profesor Manuel Cachón Cadenas. Este homenaje, que la comunidad universitaria le brinda mediante la publicación de un libro de aportaciones jurídicas y personales, es la muestra palpable de los extraordinarios méritos que le adornan, no solo en sus relevantes e impagables contribuciones al desarrollo del Derecho Procesal, sino sobre todo por su talante y sus virtudes humanas. Con este artículo me honro en sumarme a la merecida manifestación de la Universidad y de la Academia hacia uno de los suyos, que es un referente científico y a quien espero por mucho tiempo seguir llamando «amigo».

Las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en 1978 se fueron asentando con abundantes resoluciones judiciales, del Tribunal Supremo y, sobre todo, del Tribunal Constitucional, que corregían una y otra vez una práctica forense sumida en un modelo inquisitivo en donde el plenario en realidad era la simple corroboración de la labor del instructor, una suerte de ratificación de todo lo que se había «cocinado» en la instrucción para conseguir una sentencia condenatoria.

Sin embargo, el proceso penal de la Constitución pasaba por considerar el juicio oral como el momento culminante de la justicia criminal, poniendo punto final al anterior modelo que concebía el sumario como la pieza fundamental del procedimiento, de modo que lo adquirido durante la investigación, por más que se hubiera actuado bajo la iniciativa y con la presencia de un juez, solo podrá servir al acusador como tesis de su posición procesal, pero no se puede traer sin más al momento de la sentencia.

Sólo es prueba la que se practica ante el tribunal del enjuiciamiento, porque la actividad de investigación abierta con anterioridad al plenario no es actividad probatoria. En la instrucción no hay conclusiones que probar, ni afirmaciones fácticas que exijan una corroboración; en ese momento es posible que ni siquiera se sepa qué ha sucedido ni si se va a pedir el enjuiciamiento de una persona, por lo que hablar de actividad probatoria resulta improcedente. Como dispone la ley, lo que pretende la instrucción es, lisa y llanamente, «preparar el juicio» (art. 299 LECRIM).

Ahora bien, no cabe desconocer que las fuentes de investigación obtenidas durante la instrucción pueden convertirse en potenciales fuentes de prueba para el juicio, de modo que el mismo elemento, dato o información aparezca primero como una fuente de investigación y luego como una fuente de prueba; y en ambos casos estamos ante un elemento con el que se trata de dejar constancia de la existencia de un hecho, acto, negocio o relación jurídica, y del modo en que existió en el pasado.

Sea como fuere, según ha reconocido el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, en el proceso penal sólo cabe entender por prueba, como regla general, la producida en el plenario, único acto procesal en el que se encuentra asegurada la vigencia de las cinco garantías constitucionales del debido proceso: la *concentración*, que exige la celebración del plenario en una sesión o sesiones sucesivas; la *inmediación*, que supone que las partes ofrezcan directamente al tribunal los elementos de prueba y que el juzgador esté en condiciones de poderlos valorar en ese acto; la *oralidad*, de modo que el debate procesal se haga de viva voz y de manera espontánea, no a través de documentos escritos y preparados con anterioridad; la *contradicción*, que invoca el derecho de las

partes de intervenir y plantear preguntas u ofrecer tesis o visiones diferentes y alternativas a las sostenidas por la parte contraria, y finalmente la *publicidad*, que exige practicar la prueba ante el pueblo y que este pueda conocer, como juez de los jueces, el sentido y el contenido de lo que sustenta la decisión.

Este principio general, de acuerdo con la propia doctrina constitucional, conoce dos excepciones, a saber: los casos de prueba anticipada, cuando exista el temor de que el medio de prueba no se pueda practicar en el juicio (así, cuando se tema por la muerte de un testigo, art. 448 LECRIM) y los supuestos de prueba preconstituida.

Cuando un elemento probatorio puede resultar indisponible en el plenario, bien porque por su propia naturaleza es actividad propia de la fase de investigación (la droga se intervino en el registro domiciliario, y carece de todo sentido acordar ese registro durante el juicio), o porque la prueba no se pueda aportar en un momento posterior por una razón previsible (un testigo que se encuentra en peligro de muerte) o imprevisible (un testigo que fallece en un accidente), debe arbitrarse una solución para hacer entrar al juicio oral un elemento de prueba que se obtuvo sin cumplir cuando menos con los principios de inmediación y concentración.

En estos casos, cuando la prueba se ha obtenido con las garantías de contradicción simultánea y a presencia judicial, si luego resultara indisponible para el juicio oral por razones ajenas a las partes, esa prueba puede ser tomada directamente de la investigación y alcanzaría valor probatorio. Ahora bien, dado que si se utiliza el elemento probatorio sumarial como una prueba de cargo se estaría afectando directamente al derecho fundamental a la presunción de inocencia, se han de respetar todas las garantías constitucionales, tanto en la adquisición de la fuente de prueba como en su conservación y en su aportación al juicio oral. El incumplimiento de las normas legales para la obtención de la fuente de prueba y para su incorporación al proceso, su custodia, aseguramiento y conservación, debe producir siempre el mismo resultado de exclusión: la prueba no será utilizable.

Además, cuando la prueba esté disponible para el juicio oral, a pesar de haberse asegurado o haberse anticipado en la instrucción, deberá proponerse en ese posterior momento y practicarse concentradamente, con la debida contradicción, inmediación, oralidad y publicidad en el plenario.

Por todo lo expuesto, el material de la instrucción solamente podría entrar en el juicio oral de la mano —de la iniciativa y de la responsabilidad— de las partes, sea de la acusación o de la defensa, y en modo alguno debería ser remitido en forma de expediente, como un todo, por una autoridad judicial a otra au-

toridad judicial para que se pueda utilizar en el momento del enjuiciamiento. Esto supone admitir la prueba de oficio en el proceso penal, y además convertiría en prueba preconstituida todas las diligencias de instrucción, traicionando dos reglas básicas del proceso justo: la prueba la han de proponer las partes y solo es prueba la practicada en el juicio.

La remisión de todas las diligencias de instrucción refleja justamente lo que quería desterrar el ministro Alonso Martínez cuando en la Exposición de Motivos de la LECRIM de 1882 aludía a «la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales», y exigía que «de hoy más las investigaciones del Juez instructor no serán sino una simple preparación de juicio». Ciertamente no logró su propósito y tuvo que ser la doctrina constitucional, cien años después, y algunas reformas legales, las que han ido conformando las garantías de la prueba en el proceso penal.

Bastante tiempo después de la Constitución, la LO 5/1995, de 22 de mayo, del tribunal del jurado, incorporó algunas modificaciones relevantes en la ordenación del procedimiento penal y en la finalidad de la instrucción, limitando la utilización de las diligencias instructorias, pero estos criterios no se han generalizado a pesar de lo que se dispone en la propia Ley del jurado.

Sea como fuere, las declaraciones de conocimiento propias de los testigos o de los investigados son diligencias esencialmente reproducibles que, por ello, no hay razón para trasladar al plenario salvo fallecimiento o imposibilidad de acudir al juicio. Teniendo a la vista al testigo o al acusado, la prueba procesal es la declaración sobre lo que recuerden en ese momento respecto de los hechos, sin que sea lícito traer al juicio oral como referencia inicial las declaraciones de instrucción y, mucho menos, comenzar por ellas antes de oír al declarante.

2. Las declaraciones del investigado y del acusado en el procedimiento penal

Aun a costa de perder eficacia en la persecución del delito, al sospechoso o acusado no se le puede exigir que colabore con las autoridades del sistema penal, proporcionando elementos probatorios de cargo para que a base de ellos pueda resultar condenado. El derecho a no autoinculparse y a no cooperar forman parte esencial del derecho de defensa (*nemo tenetur contra se de-tere*), pero también se deben considerar desde la perspectiva de la presunción de inocencia, porque así como el Estado puede imponer (y así lo hace) un deber general de colaboración con la justicia, y muy especialmente con la jus-

ticia penal, este deber cede cuando esa colaboración se hubiera de reclamar del imputado².

El derecho a no autoinculparse y a no colaborar ampara no sólo la pasividad del imputado ante la actividad investigadora de los poderes públicos, sino también las iniciativas o actuaciones de este encaminadas a obstaculizar el procedimiento, sin que sean jurídicamente reprochables los actos u omisiones que pretenden distraer, ocultar, velar, hacer desaparecer o destruir instrumentos o efectos del delito, o elementos probatorios de cargo.

Ahora bien, aunque no se le puede pedir al imputado que proporcione datos o elementos que lo incriminen, eso no quita para que el Estado quede inerme ante sus maniobras: los órganos públicos, de acuerdo con la ley, podrán actuar para descubrir y perseguir el delito. Cuando las medidas de investigación afecten o incidan en la esfera jurídica y material del imputado, incluso cuando impliquen un menoscabo o una injerencia en sus derechos fundamentales, si esas medidas están autorizadas por la ley, sin recurrir a elementos probatorios obtenidos con violación de esos derechos, serán legítimas y se podrán utilizar como elemento probatorio de cargo.

En el proceso penal, que es el reino del testimonio, una de las principales fuentes de prueba son las declaraciones de lo que se recuerda sobre los hechos que se enjuician. Es evidente que si el que aparece como autor del delito hubiera participado en esos hechos, será la persona que mejor puede relatar lo sucedido; él podrá dar razón en primera persona de todos los avatares de la acción criminal, aunque es evidente que si proporciona toda esa información incriminatoria será irremisiblemente condenado.

Por tanto, el derecho al silencio, a permanecer callado, a no declarar contra sí mismo (en los términos del art. 24.2 de la CE), sin implicarse en la investigación, es un elemento básico tanto del derecho general de defenderse y de no autoinculparse, como, sobre todo, del derecho a la presunción de inocencia.

Desterrada toda posibilidad lícita de violencia, presión o amenaza para obtener una declaración del investigado, la ley debe regular las *declaraciones* que preste voluntariamente, respetando escrupulosamente unas garantías constitucionales básicas, pues su quebrantamiento invalidaría esa declaración, de modo que lo que se hubiera obtenido con ella pierde toda eficacia procesal, porque sería una prueba de valoración prohibida (SSTC 186/1990 y 135/1989).

2. STEDH *Heaney and McGuinness c. Irlanda* n° 34720/97 (21 diciembre de 2000), donde se sostiene que el derecho a no autoinculparse forma parte de la noción de proceso justo.

La LECRIM tenía muy cercana en el tiempo la vigencia del antiguo proceso penal inquisitivo, y esa circunstancia se manifiesta en el número, contenido y ubicación de los preceptos dedicados a las declaraciones de los imputados, que eran precisamente la base esencial del enjuiciamiento inquisitivo. Los arts. 385 a 409 LECRIM regulan estas declaraciones como estrictos actos o diligencias de investigación; así, se prestan «para la averiguación de los hechos» (art. 385); las preguntas «se dirigirán a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del procesado» (art. 389); se le interrogará sobre «la procedencia de objetos, su destino y la razón de haberlos encontrado en su poder» (art. 391), y entre las declaraciones se incluye por último la «confesión» del imputado (art. 406).

Obviamente no se pueden desdeñar las declaraciones voluntarias del imputado porque son elementos útiles para la investigación, pero hay que reconocer que tienen esencialmente la *naturaleza de un acto de defensa* y, por tanto, se han de rodear de garantías, si se pretende utilizar como elemento de convicción capaz de fundar una sentencia condenatoria.

En primer lugar, la declaración ha de prestarse en calidad de imputado, lo que significa que se le ha de hacer saber, desde el primer momento, que se le cita en esa condición porque se le considera responsable de un delito; desde el principio, y antes de acudir a prestar declaración, debe quedar despejada cualquier duda al respecto.

En segundo lugar, la declaración solo puede prestarse a presencia de su abogado defensor, y debe ser informado, de manera que le sea comprensible, de los derechos que le asisten en su declaración: por un lado, el derecho a conocer la imputación, es decir, los hechos que se le imputan, incluso aunque se haya decretado el secreto de las actuaciones; por otro lado, de su *derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*.

En tercer lugar, el imputado tiene derecho a declarar u optar por negarse a declarar, pero cuando decide prestar declaración no pierde su *status* procesal ni se asimila a los testigos. Puede responder a las preguntas o guardar silencio; contestar a unos y negarse a responder a otros; esclarecer los hechos o, en ejercicio de su derecho a la defensa, introducir dificultades en la investigación; puede responder verazmente o alterar la realidad, sin que se sancione la falsa declaración del imputado. Y sin duda una de las manifestaciones más importantes de la posición del sujeto pasivo del proceso penal es la de guardar silencio.

Sin embargo, en todo caso, se le ha de ofrecer la posibilidad de defenderse por medio de una declaración oral, con la asistencia de su abogado para diseñar y

poner en marcha una estrategia defensiva adecuada, al punto de que entre las diligencias sumariales la declaración de los investigados, desde luego ante el instructor, es un elemento básico de la instrucción, y la LECRIM exige que se le tome declaración antes de concluir esta fase del procedimiento (art. 779.1.4ª).

Ha sido tradicionalmente una práctica generalizada que el investigado respondiera a todas las preguntas tanto de la policía como del instructor, resultando poco menos que impensable guardar silencio porque se temía (con cierto fundamento) que esa decisión, lejos de considerarse como el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, fuera percibida como señal o indicio vehemente de culpabilidad.

Además, la declaración debía prestarse «a ciegas», sin conocimiento de las actuaciones ni de los elementos probatorios de los que disponía la investigación, de modo que la diligencia se utilizaba bien como una diligencia de averiguación prospectiva, o de corroboración, y en modo alguno como manifestación del derecho de defensa; es más, se entendía que la declaración era una suerte de deber y que al investigado el silencio solo le podría reportar perjuicios.

La reforma de la LECRIM por la LO 13/2015, de 5 de octubre, supuso un revulsivo muy importante en esta concepción de las declaraciones de los investigados, porque la norma procesal entonces previó y exigió al instructor que solo se tomara esta declaración después de haber puesto a disposición del declarante las actuaciones practicadas. Dispone el art. 118.1.b) que el investigado tiene el «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».

Respecto de las declaraciones ante la policía, en situación de detención, el art. 520.2.d) le reconoce al detenido el «derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad». Siguiendo este precepto, la Instrucción 1/2024, de 16 de enero, de la Secretaría de Estado de Seguridad, que aprueba el «Procedimiento integral de la detención policial», dispone que al detenido se le ha de dar acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, referente a los hechos recogidos en la denuncia, entre ellos el lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, la identificación del hecho delictivo y las condiciones de momento y lugar de comisión, y los indicios de los que se deduzca la participación del detenido; acceso a la documentación de los testimonios incriminatorios; al contenido de los informes periciales científicos al respecto; a los documentos, fotografías y grabaciones que relacionen al sospechoso con la infracción penal; así como a las actas que recojan el resultado

de los registros, de las inspecciones oculares y recogida de vestigios, de los reconocimientos que se hubieran practicado a prevención y de las actuaciones documentadas que guarden relación con todo ello.

El conocimiento del contenido de las diligencias practicadas, previo a la declaración, es un elemento imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa y del derecho a no declarar contra sí mismo. Pues bien, cuando la declaración del investigado se hace como manifestación espontánea y libre de su soberana voluntad, es decir, cuando decide responder tras haberle informado de su derecho a guardar silencio, de los derechos procesales que le asisten, del derecho a responder solo a las cuestiones que considere convenientes para su defensa, y de las consecuencias procesales que pueden derivar de su declaración, el procedimiento penal podrá aprovechar lo que haya querido manifestar.

Por eso mismo, el art. 396 LECRIM previene que se le permita «manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos». Ante la imputación, al investigado le asiste el derecho de defenderse, y lo podrá hacer precisamente dando su propia versión de los hechos y explicando, si lo considera conveniente, su eventual intervención en los mismos.

Las manifestaciones espontáneas en los momentos iniciales de la investigación, sea ante la policía o en las diligencias del Ministerio Fiscal, incluso en situación de detención, no están prohibidas por ninguna ley y, como sostiene la STS de 7 febrero 1996, «no existe obstáculo alguno para que los detenidos en una actuación policial proporcionen datos en caliente, de manera espontánea, libre y directa, que permitan continuar o completar la investigación»³. Estas declaraciones prestadas ante funcionarios policiales, y antes de contar con asistencia letrada, se consideran por la jurisprudencia como material probatorio utilizable (entre otras muchas, SSTs 365/2013, de 20 marzo; 704/2013, de 25 septiembre, 597/2017, de 24 de julio, o 739/2018, de 6 febrero 2019).

Sin embargo, en una más que dudosa doctrina jurisprudencial (SSTs 156/2000, de 7 febrero, 844/2007, de 31 octubre, corroborada en la STS 739/2018, de 6 febrero 2019), el TS desvaloriza la categoría de la infracción cometida por la policía, cuando después de afirmar que «los instructores del atestado policial no pueden formalizar por escrito este tipo de declaraciones, hechas sin la previa información de los derechos que al detenido corresponden», sostiene que

3. Roj: STS 740/1996 — ECLI:ES:TS:1996:740. Y sigue diciendo la sentencia «siempre que después, estos datos se incorporan al atestado con todas las garantías legales y sean contrastados a lo largo de las actuaciones y el momento del juicio oral».

«esta ilegalidad no tiene la categoría de infracción constitucional, precisa para la aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, sino que debe ser calificada de simple infracción de la legalidad ordinaria (artículo 238.3 LOPJ), con la consecuencia de que la diligencia así practicada debe reputarse nula y, por ende, totalmente ineficaz desde el punto de vista de su posible eficacia probatoria —no susceptible, por lo demás, de subsanación—; pero que no afecta a la validez y posible eficacia probatoria de las ulteriores diligencias practicadas con pleno respeto de las exigencias legales y constitucionales (artículo 242.1 LOPJ)».

No se comparte en absoluto la apreciación del TS de «rebajar» el grado de la infracción, y situarla fuera de las infracciones constitucionales, porque el derecho a no declarar contra sí mismo es, con toda evidencia, uno de los derechos fundamentales. Los poderes públicos no pueden buscar soluciones y atajos que eludan las garantías constitucionales y, por eso, es más que dudosa esta doctrina pues, una vez que se aprecia la ilegalidad y nulidad de la diligencia, no se puede modificar la calificación jurídica de la infracción, para considerar que así escapa de las consecuencias excluyentes del art. 11.1 de la LOPJ, por más que las diligencias que luego se practiquen deriven directa o indirectamente de lo declarado; esto es, por más que de modo palmario exista una conexión de antijuridicidad entre ellas. Así pues, tal situación inexcusablemente debería llevar también a una nulidad de las pruebas que deriven de la diligencia nula, con los efectos del art. 11.1 de la LOPJ.

3. El derecho al silencio

Una de las manifestaciones más importantes de la posición del sometido al proceso penal, como investigado o acusado, es el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra uno mismo. Este derecho al silencio se podrá ejercitar tanto ante las autoridades policiales como judiciales en relación con la infracción penal de la que el declarante sea sospechoso o acusado, para lo cual se le habrá de informar de este derecho (Considerandos 31 y 32 de la Directiva UE 2016/343, con referencias a la Directiva 2012/13 UE⁴).

El derecho a guardar silencio, que forma parte, según el TEDH, del derecho al proceso equitativo (del proceso con todas las garantías), tiene una única forma de manifestarse: no contestar, no declarar; y no cabe ningún otro modo de

4. Es 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.

ejercer este derecho; el derecho al silencio sólo se puede ejercitar negándose a declarar.

Si esto es así, y no se concibe otra manera de ejercitar este derecho, no parece posible sostener que el ejercicio de un derecho fundamental pueda reportar un perjuicio a su titular, y precisamente por ejercitarlo. Si el imputado o acusado tiene derecho a no declarar y lo ejercita, no declarando, esto no puede depa-rrarle ninguna consecuencia perjudicial.

El derecho a no declarar lleva aparejado el deber de las autoridades públicas de no someterle a interrogatorio contra su voluntad, de modo que no se le puede obligar a padecer forzosamente una serie de preguntas a las que no quiere responder. Es decir, el derecho al silencio impide todo género de coacción o tortura para lograr arrancarle una declaración a quien no está dispuesto a prestarla.

Pero este derecho fundamental no puede quedarse ahí. Para amparar y proteger al investigado o acusado contra los excesos coactivos del poder ya estaría el derecho a la dignidad de la persona y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes. El derecho al silencio tiene que ir más allá; porque no se trata de preservarle de las coacciones, sino de permitirle decidir libremente sobre su declaración (si quiere hacerla y en qué medida), y garantizarle también que este derecho sea efectivo. Y desde luego no será efectivo el derecho al silencio si se permite a las autoridades (y muy especialmente al juez) que adopte medidas contra el sujeto, e incluso dicte sentencia condenatoria, tomando en consideración su silencio.

La jurisprudencia (TC y TS) ha sostenido una más que discutible línea de principios cuando decide entrar a valorar la negativa del acusado a declarar. Es cierto que todas las sentencias proclaman que el silencio no puede suplir *la falta de prueba de cargo, ni se puede constituir por sí solo en una prueba de cargo, pero que puede corroborar la culpabilidad del acusado* (STS 474/2016, de 2 de junio)⁵. Cuando en la causa aparecen indicios o pruebas incriminatorias, entiende la STC 26/2010, de 27 de abril (FJ 6), que «*la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación*

5. En esta STS 474/2016 (FD 1.5), se hace referencia a la hora de valorar el silencio del acusado a que «el importante bagaje probatorio que integra la prueba de cargo, de por sí suficiente para enervar la presunción de inocencia, queda refrendado por la falta de argumentos exculpatorios de la inculpada en la vista oral del juicio.

*fuese irrazonable o arbitraria»*⁶. Por tanto, según ambos tribunales se debe partir siempre de una prueba de cargo suficiente y sólida para sustentar la condena; porque si lo que se presentan son inferencias abiertas, el silencio del acusado debe considerarse neutral y carece de toda virtualidad como elemento de convicción que se pueda valorar en contra del acusado.

Naturalmente que no se admite la inasumible consecuencia de que la negativa a declarar genera por sí misma sospechas de culpabilidad, pero se considera de sentido común que la prueba de cargo se robustece cuando el silencio del imputado no la enfrenta con sus propias explicaciones.

Porque lo cierto es que, según esta doctrina jurisprudencial, el derecho al silencio no alcanza a la negativa del acusado a ofrecer una explicación sobre indicios incriminatorios, y por tanto sería legítimo inferir que si el acusado se acoge a su derecho a no declarar, y no ofrece una explicación, es porque no la hay. En definitiva, todo lo que diga el imputado puede ser utilizado en su contra⁷; y lo que no diga, también.

Esta consecuencia es sencillamente aberrante y contraria a la protección que debe dispensar el ordenamiento jurídico a un derecho fundamental. Si se reconoce el derecho a permanecer en silencio, quien es preguntado debe poder libremente contestar, o no hacerlo, y además debe tener la garantía de que cuando ejercita su derecho a no contestar no se le puede reprochar luego su silencio, volviéndose en su contra como una suerte de boomerang, sencillamente porque en tal caso se estaría negando el mismo derecho que se dice reconocer.

El silencio no puede tener un efecto incriminatorio, por más que la conocida STEDH, de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido⁸, considere que no hay violación de los arts. 6.1 y 6.2 del CEDH por realizar una inferencia contraria al silencio, o darle a este un efecto incriminatorio, si por la existencia de pruebas de cargo objetivas cabe esperar una explicación del investigado.

El ejercicio del derecho al silencio no puede tener efecto negativo alguno, porque las acreditaciones de los hechos constitutivos de la acusación las debe

6. Con cita de las SSTC [202/2000](#), de 24 de julio, FJ 5 y [155/2002](#), de 22 de julio, FJ 15. Y sigue diciendo que «ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficiente, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado (STC [155/2002](#), FJ 15, citando la STC [220/1998](#), de 16 de noviembre, FJ 6)».

7. En conocida fórmula de sistemas americanos.

8. Demanda nº 18731/91. Este extremo se decidió por 14 votos contra 5.

presentar la acusación, y están bajo la responsabilidad del Ministerio Fiscal, sin que el Estado pueda recurrir a interpretaciones inculpativas del silencio del acusado, de tal manera que el ejercicio de un derecho fundamental se use para sustituir o para coadyuvar en perjuicio de quien lo ejercita.

En este sentido el sistema penal norteamericano es mucho más claro: el acusado es dueño de su declaración y su negativa a declarar no puede ser interpretada porque no existe, y en tal caso la acusación habrá de procurarse las pruebas de cargo al margen de lo que pueda conocer y llegar a declarar el acusado.

Cuando un imputado, como hizo el Sr. Murray en Irlanda del Norte, se niegue a prestar declaración durante todo el procedimiento, su silencio no puede interpretarse como un elemento de inculpativa, aunque el sentido común nos diga que para él era fácil explicar las razones por las que se encontraba en una casa cuando fue detenido; pero resulta que no quiso responder a las preguntas que se le formularon. Lo cierto es que fue su libre decisión; ejercitando su derecho fundamental no quiso declarar, y no se puede amparar al poder público que interpreta este silencio en su contra porque se negó a declarar⁹. Si así pudiera ser, por lo menos desde el punto de vista formal, se habría de informar al imputado de que su silencio podrá ser utilizado en su contra, de donde estaríamos ante la amenaza de una condena si el imputado no ofrece las debidas explicaciones; claro es que de ese modo se estaría vulnerando el derecho al silencio, que resultaría un mero enunciado, contradicho por la realidad.

Con el mismo criterio que en el caso de la tortura, el Estado ha renunciado también a la prueba consistente en las declaraciones del acusado y no se le puede obligar a declarar¹⁰; así pues, se deben obtener los elementos probatorios de cargo de otras fuentes distintas y trabajar diligentemente para llevar al plenario otros medios de prueba que orillen o ignoren su declaración, que es contingente y está sujeta solamente a su voluntad.

Por tanto, el derecho al silencio se ha de reconocer de modo incondicionado, sin ninguna consecuencia jurídica perjudicial para su titular que lo decide ejercitar, porque si se le anuda esa consecuencia dañosa se estaría negando el

9. Así lo entendieron los magistrados del TEDH Pettiti, Valticos, Walsh, Makarczyk y Lohmus, en dos votos particulares, con cita de las sentencias de la Corte Suprema de los EEUU en los casos *Griffin v. California* (1965, 380 US, p. 609), donde se rechazaba una ley de California que autorizaba a un tribunal a hacer comentarios desfavorables al acusado cuando había elegido no declarar, o en el caso *Miranda v. Arizona* (1966, p. 436), donde la Corte considera que la Quinta Enmienda garantiza el «derecho de guardar silencio salvo si, en el ejercicio de su libre arbitrio sin traba alguna, el interesado decide declarar».

10. En contra, e inexplicablemente, en el Libro verde de 1966 se dice (pág. 8 i.f.) que «exigir al acusado que declare no es incompatible con el CEDH»; aquí se pregunta: si al imputado se le puede exigir que declare (naturalmente, para intentar una manifestación inculpativa), ¿dónde queda el derecho al silencio?

propio derecho, y se traicionaría su contenido esencial. Como dice el juez Pettiti en el voto particular de la STEDH caso John Murray c. Reino Unido, «el derecho al silencio es un principio mayor» y «cualquier coacción que tenga como efecto sancionar el ejercicio de este derecho, deduciendo consecuencias desfavorables al imputado, constituye un atentado a este principio».

No es un problema de intensidad en la prueba de cargo existente cuando se le solicita que declare, o de las consecuencias de su silencio por la importancia incriminatoria que se le pueda atribuir. Es simplemente que no se puede extraer consecuencia alguna en contra de quien ha ejercitado un derecho fundamental por el mero hecho de ejercitarlo y del único modo en que es posible ejercitarlo¹¹.

La Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, sale al paso de algunas de estas cuestiones, rompiendo con la propuesta que se había estado discutiendo. Con un reconocimiento más efectivo y garantista del derecho al silencio y del derecho a no declarar contra uno mismo, el art. 7.5 dispone que el ejercicio por parte de los sospechosos o acusados de estos derechos «no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate». No obstante, se permite a las autoridades judiciales valorar en la sentencia el comportamiento cooperador de los sospechosos o acusados (art. 7.4).

Algunos no han llegado a abandonar la idea de que en realidad la declaración del acusado debería ser una especie de carga procesal para él, de modo que su silencio, lejos de representar el ejercicio de un derecho fundamental (art. 24.2 CE), parece que se deba convertir en uno de los elementos esenciales utilizados por la estrategia acusatoria. La STEDH en el caso Murray ha sido la espoleta utilizada para hacer explotar esta idea, porque se ha comenzado entendiendo que el TEDH admite valorar el silencio del acusado en contra de quien calla, y se ha terminado arrasando con una buena parte de las garantías que conforman el estatus del acusado en el proceso penal, subvirtiendo el modo de concebir el juicio oral, y el sentido y finalidad de la prueba.

Hay un regreso a las concepciones preconstitucionales del plenario como una simple actividad de ratificación del sumario, una «pérdida de tiempo», porque para eso ya se había esforzado antes el instructor, y además la acusación había logrado dotarse de unos elementos de prueba que solo necesitaban la corro-

11. Por eso no se puede compartir la consideración del parágrafo 54 de la STEDH caso Murray c. Reino Unido, tan citada, en donde el Tribunal afirma que, «a la vista del peso de las pruebas de cargo» contra el Sr. Murray, «las conclusiones extraídas de su negativa, tras su arresto, durante el interrogatorio policial y en el proceso, a dar una explicación a su presencia en la casa venían dictadas por el sentido común y no deberían considerarse inicuas ni irrazonables.»

boración en el juicio. Más aún, es irrelevante que se logre o no la ratificación de las pruebas personales, porque se puede acudir a la lectura de las declaraciones sumariales y traerlas a la primera línea del procedimiento, con independencia de lo manifestado en la instrucción.

4. El uso de las declaraciones de instrucción como medio de prueba

El sentido y la finalidad de las declaraciones prestadas durante la instrucción no es otro que esclarecer hechos: se enmarcan en la fase de investigación y deben servir para preparar el juicio. Sin embargo, estas declaraciones se documentan y, excepción hecha del juicio por jurado, figuran en las actuaciones que maneja el tribunal de enjuiciamiento a petición de parte, porque no se establece una separación estricta entre la instrucción, de carácter inquisitivo por su propio sentido, y el enjuiciamiento, de naturaleza acusatoria. Hay que abandonar la actual regulación, y evitar que se traslade al plenario el expediente sumarial, con todos los materiales que se han recopilado durante la instrucción y han servido para sustentar una resolución judicial incriminatoria. El problema es que cuando el expediente se traslada al tribunal del enjuiciamiento, su contenido podría pasar a la sentencia definitiva a pesar del sentido puramente investigador con el que se obtuvieron las evidencias.

La regulación del enjuiciamiento penal en la Ley del jurado (LO 5/1995) se situó de manera evidente en esta línea y, como viene a decir su EdeM, se excluye del juicio oral la presencia, incluso física, de las diligencias sumariales y además se debe erradicar la malformación procesal existente y practicar toda la prueba en el juicio. Para ello se arbitran allí dos previsiones: por un lado, el art. 34.1.b) ordena al juez de instrucción que deduzca testimonio solamente de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral, de modo que el resto de las diligencias, en especial cuando sean susceptibles de reproducción en el plenario, allí deben ser ofrecidas con el carácter de prueba procesal, y será el resultado de esta prueba el que podrá y deberá tener en cuenta el tribunal del jurado. Por otro lado, el art. 46.4 autoriza la exhibición a los jurados de los testimonios remitidos por el instructor, pero el apartado 5, que regula los interrogatorios a los testigos, peritos y acusados, prohíbe dar lectura a las declaraciones sumariales, aunque se permite interrogar sobre las contradicciones que se puedan advertir entre lo que se manifieste en el juicio y lo declarado en instrucción, y termina disponiendo el precepto que esas declaraciones sumariales no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados, salvo que resulten de prueba anticipada. Y aunque el legislador quiso que este sistema se implantara en todos los procesos penales (como ordenaba la Disp. final 4ª de la LO 5/1995), con un procedimiento fundado en los principios

acusatorio y de contradicción entre las partes, hasta hoy seguimos como en el siglo XIX¹².

Pues bien, no se puede ignorar que durante la instrucción se prestaron declaraciones que están documentadas, que el instructor remitió al tribunal del enjuiciamiento, y la cuestión es la utilizabilidad de estas declaraciones como medio de prueba y, por tanto, como base para dictar una sentencia condenatoria, es decir, si las partes pueden aflorar en el plenario una declaración prestada en otra fase procesal y bajo premisas diferentes.

Para eso se debe distinguir si la declaración la realizó el investigado o un testigo, porque su régimen jurídico, siendo en ambos casos formal y materialmente actos idénticos, que pretenden trasladar el conocimiento sobre hechos, procesalmente son del todo diferentes, ya que el investigado no tiene el deber de decir verdad y puede negarse a declarar o a contestar a algunas preguntas, en tanto el testigo tiene el deber de comparecer, el deber de declarar sobre todo lo que se pregunte y el deber de decir la verdad, tanto en la instrucción como en el juicio.

Por ello la LECRIM regula para los testigos los supuestos de anticipación probatoria, ante ausencias previsibles y justificadas para el plenario, por el temor de un próximo fallecimiento o la pérdida de capacidades, o por imposibilidad de acudir al juicio por ausentarse del lugar, y convierte una diligencia sumarial en una prueba procesal; y se rodea a esta actuación de una serie de garantías que afectan sobre todo a la contradicción y a la defensa.

12. Como ya se ha dicho, la Ley del jurado estableció unas bases diferentes para abordar la fase de investigación y la fase de juicio, excluyendo del plenario el material acumulado por el instructor. Como afirma la STS 718/2017, de 31 de octubre, (FD 4), «El legislador de manera inequívoca quiso excluir la toma en consideración del material acumulado en fase previa al juicio oral como eventual fundamento de la decisión del Jurado. A salvo en un particular: medir la credibilidad del medio probatorio producido en dicho acto ante el Jurado. Por ello pertrecha a la parte con un testimonio de las fuentes de prueba acumuladas en aquella fase, además del que el instructor remitirá de las diligencias no reproducibles. (art 34.3). Pero ese testimonio no podrá en modo alguno tener un uso diverso del que el adjudica el art 46.5 de la misma ley: informar a quien preside el juicio para que decida autorizar o denegar una interpelación al testigo o perito de quien la parte afirme que contradice lo dicho en fase anterior. Es a la vista del testimonio, única y exclusivamente por el Presidente, que éste autorizará o no la interpelación. Y el testimonio se unirá al acta a fin de que en apelación pueda dilucidarse si la autorización o denegación de la interpelación fue correcta.

«Ahora bien el artículo 46 es nítido: En primer lugar, no podrá «darse lectura» a lo testimoniado, prohibición cuya única finalidad es precisamente conjurar el riesgo de que el Jurado no solo tome noticia de ello sino que funde su decisión en la declaración anterior al juicio. Será de la interpelación de lo que el Jurado podrá extraerla conclusión de credibilidad o no de lo dicho en juicio oral. Y por ello fundar en lo allí dicho la condena, o prescindir de lo allí dicho.»

Los arts. 448 y 777.2 de la LECRIM responden ante una previsible irrepetibilidad de la declaración del testigo en el juicio oral y, como sostiene la STS 17/2021, de 14 de enero (FD 2.2),

«la LECrim autoriza la práctica de una diligencia sumarial que, sin embargo, nace con vocación de convertirse en verdadero elemento de prueba para el acto del juicio oral, una vez introducida en el debate contradictorio mediante el expediente que autoriza el art. 730 de la LECrim. La prueba anticipada, pues, implica —decíamos en las SSTs 15/2008, 16 de enero; 319/2009, 23 de marzo y 96/2009, 10 de marzo— la transformación de una diligencia sumarial que, ensanchando su funcionalidad originaria, pasa a convertirse en prueba valorable por el Tribunal sentenciador en los términos expresados en el art. 741 de la LECrim».

Precisamente por la transmutación en medio de prueba, y aunque no se haya practicado ante el tribunal sentenciador, la prueba anticipada se puede llevar al plenario por la parte a quien interese, y se podrá hacer valer como elemento para sustentar la decisión del juzgador, sea de absolución o de condena. La vía para incorporar esta prueba al proceso será por medio de su lectura, conforme dispone el art. 730.2 de la LECRIM.

Cuando el testigo no compareciera al juicio oral, por fallecimiento o por imposibilidad, o bien porque no se encuentre de hecho a disposición del tribunal y no se haya podido localizar, se plantea la procedencia de utilizar como medio de prueba las declaraciones prestadas en la investigación aunque no sea posible la confrontación y la contradicción con el testigo. En tal caso, admite el art. 730.1 de la LECRIM que se lean o se reproduzcan «las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad» de las partes, «no puedan ser reproducidas en el juicio oral».

El Tribunal Supremo ha hecho una interpretación garantista, decidiendo en la STS 642/2015, de 29 de octubre (FD Primero)¹³ que la testigo (en aquel caso, la víctima) no acudió al plenario por su propia voluntad ni ofreció otra posibilidad para prestar declaración, encontrándose en el extranjero, concluyendo que «la primera de las condiciones de acceso a la vía del art. 730 LECRIM» es la de que «‘el testigo se encuentre imposibilitado para acudir al juicio oral’, y aclara que la imposibilidad ha de ser del tipo de la que se sigue de circunstancias como ‘el fallecimiento’, o la consistente en ‘sufrir extraordinarias dificultades procesales, que en otras [sentencias, como la de n.º 167/2010, de 24 de febrero \(RJ 2010, 563\)](#), se describe como imposibilidad de localización por desconocimiento del paradero», con cita de las SSTs [51/2015, de 29 de enero \(RJ 2015, 373\)](#) y [64/2015, de 13 de febrero \(RJ 2015, 552\)](#). En consecuencia,

13. Hay un voto particular del magistrado A. del Moral, al que se adhiere el magistrado F. Monterde.

rechazó la lectura de la declaración sumarial que se había realizado en el plenario. Porque, como decía unas líneas antes esta sentencia, el precepto prevé «la introducción en la vista, a instancia de cualquiera de las partes, de diligencias practicadas en el sumario cuando *por causa independiente de la voluntad de aquellas*, no pueda ser re *producida* —en rigor: producida— en el juicio oral. De nuevo, por tanto, la emergencia de *una imposibilidad de carácter objetivo*, porque, hoy, este precepto se nutre del mismo humus de cultura constitucional que el antes citado».

El testigo debe estar presente en el juicio, responder a lo que se le pregunte y contestar verazmente. Por esta razón (fuera de la preocupada referencia de la EdeM de la LECRIM a las discrepancias de las declaraciones de los testigos en el sumario y en el plenario), la LECRIM contiene una posibilidad de contraste, cuando en el acto del juicio el testigo se desvíe o se contradiga con lo que hubiera declarado en instrucción; o cuando hubiera perdido la memoria de los hechos sobre los que declaró en instrucción.

En tal caso, autoriza el art. 714 que «cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes». Es importante retener que la lectura de la declaración no será completa sino parcial, y exclusivamente se ha de referir a los extremos en los que exista discrepancia. Asimismo, la lectura habrá de ser pedida por alguna de las partes, y no ordenada de oficio por el tribunal y, una vez realizada la lectura, el presidente «invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción». Finalmente, la parte que proponga la lectura deberá señalar con precisión los puntos sustanciales en los que el testigo se separa de su declaración en instrucción. El cumplimiento de estas exigencias debe considerarse esencial, porque estas normas se han de interpretar restrictivamente ya que la lectura de declaraciones sumariales en el plenario representa una ruptura mayor de principios y garantías básicas de la prueba.

5. En especial, las declaraciones de los acusados en instrucción y su valor probatorio

La perspectiva desde la que analizar las declaraciones de los investigados, luego acusados, es completamente diferente a cuanto se ha dicho respecto de los testigos, porque la declaración del acusado es un medio de defensa, de modo que la posibilidad de lectura o reproducción de la diligencia sumarial debe considerarse con una enorme cautela. Tal vez deberíamos comenzar por el principio; cuando las acusaciones se encuentran con unas declaraciones prestadas por un acusado en instrucción, se dice que no se puede echar en saco

roto este elemento porque proporciona una valiosa información sobre lo sucedido y le puede ayudar a obtener la condena del acusado.

Esta forma de razonar olvida que la declaración del imputado tiene naturaleza de medio de defensa y, además, que es necesario salvaguardar todas las garantías del investigado, empezando por la presunción de inocencia, su derecho a la defensa, el derecho al debido proceso, a un proceso con todas las garantías. y el derecho a no declarar contra sí mismo. El incumplimiento de estas garantías vicia de raíz todas las actuaciones que traigan causa de una vulneración de derechos.

La LECRIM en realidad no regula la declaración del acusado en el plenario, y ha sido la práctica forense y jurisprudencial la que ha impuesto no solo que el acusado debe someterse a un interrogatorio a propuesta de la acusación, y con el sentido de un medio de prueba, lo que no deja de ser criticable; sino que además los tribunales le han aplicado el régimen jurídico de las declaraciones testificales, sin filtro ni modulación, desoyendo su carácter de medio de defensa, solo matizado por el derecho a no declarar.

El acusado no tiene el deber de declarar, porque le asiste el derecho a guardar silencio y esto rompería con la dinámica probatoria que pretende la acusación. Pero, instalados en una lógica marcadamente acusatoria, con el ánimo de utilizar todos los elementos de cargo que se puedan encontrar, máxime en unos tiempos en los que la tendencia hacia el punitivismo se hace cada vez más evidente, la acusación va a pretender aprovechar no solo las declaraciones de los acusados en el plenario sino también las que hubieran prestado en la instrucción.

Ahora bien, para llegar a considerar esas declaraciones instructorias como prueba válida, será imprescindible introducirlas en el plenario y eso deberá cumplir inexcusablemente ciertos presupuestos: el primero, el respeto de todas las garantías en el momento en que se prestaron, básicamente la completa información del objeto de la investigación, de los hechos imputados, de sus derechos como investigado (entre otros, su derecho a no declarar), y de la advertencia de que lo que declare podrá utilizarse contra él; solo bajo el estricto cumplimiento de estas exigencias se podría hacer uso en el plenario del contenido de lo declarado, aunque sea perjudicial para el acusado, y pudiera representar incluso la prueba que sustente la condena. El segundo de los presupuestos es que se trate de declaraciones ante el instructor, lo que supone rechazar rotundamente las declaraciones ante la policía, por más que cuenten con la firma del declarante.

Respecto del valor y de la utilización de las declaraciones sumariales de los acusados alguna doctrina jurisprudencial considera que, una vez que un investigado ha prestado declaración, aunque fuera en instrucción, su contenido podrá ser utilizado por la acusación en el juicio porque el sujeto no es «dueño» de lo que dijo, ni puede hacer desaparecer lo que declaró en su momento. Así se manifiesta el Tribunal Supremo, que en ocasiones contempla el desarrollo del plenario con cierta proximidad a las posiciones acusadoras, con lo que parece constituirse de algún modo en defensor o protector de la sociedad, provocando no solo un notable desequilibrio entre las partes sino también la ruptura del principio de igualdad.

La STS 654/2016, de 15 de julio, (ECLI:TS:2016:3686), se pronuncia sobre la posibilidad de utilizar en el juicio oral, como un medio de prueba, las declaraciones de quien era investigado y que prestó durante la instrucción, cuando luego se acoge a su derecho a no declarar. La primera cuestión esencial que plantea el TS es determinar si el sometido a un proceso penal tiene derecho o *poder de disposición sobre la declaración* que prestó, es decir, si es dueño de lo que manifestó en instrucción, y puede hacerlo desaparecer, o evitar de algún modo que pueda ser valorado como prueba de cargo.

El Alto Tribunal sostiene que el acusado pierde todo poder de disposición sobre su declaración, y que no puede anularla a posteriori ni retractarse de ella, de modo que si en el plenario expresa su voluntad de no declarar, haciendo uso de su derecho fundamental al silencio, las partes acusadoras pueden acudir a lo que el acusado declaró en instrucción, que el tribunal tiene a la vista, solicitando su reproducción o lectura.

No obstante, aun cuando la jurisprudencia mantiene el criterio de que el acusado queda «prisionero» de sus manifestaciones anteriores, se debiera entender que, con carácter general, cuando el acusado hace uso de su derecho a no declarar en el juicio oral está impidiendo también que pueda entrar en el acervo probatorio lo que en una fase anterior había declarado, de modo que el ejercicio del derecho al silencio ha de primar sobre las declaraciones pasadas, con el efecto de invalidarlas.

Sea como fuere, aun admitiendo el principio jurisprudencial de que el derecho del acusado a no declarar contra sí mismo no se extiende a la facultad de aniquilar las declaraciones prestadas (STS 654/2016, citada, FD 1º, 2), de modo que deja de ser dueño de ellas, habría que dejar sentado que de la misma manera que el acusado no puede «borrar» sus declaraciones, la acusación tampoco puede asumir la propiedad de ellas, y presentarse en el plenario solicitando su reproducción, de modo que la prueba consista en un acto de ratificación de lo que se hizo en instrucción, con el acusado presente. Así pues, aunque las

declaraciones no puedan ser «aniquiladas» por la voluntad del acusado, tampoco pueden ser reproducidas sin más a instancias de las acusaciones, porque estas no pueden sustituir el interrogatorio en el plenario por la lectura de lo declarado en instrucción.

Ahora bien, como el juez de instrucción ha remitido todas las diligencias sumariales, el tribunal sentenciador tendrá a su presencia todos los tomos de la instrucción, incluyendo las actas o grabaciones con las declaraciones sumariales de los acusados, de modo que tendrá acceso a ellas, si se introducen válidamente en el plenario. De este modo, estaríamos volviendo al sistema previo a la LECRIM, con una marcha atrás que «aligeraría» la carga probatoria de la acusación, que solo tendría que mostrar el sumario y dejar al tribunal sentenciador que valore lo que había obtenido otro juez y le había servido para dictar un auto de transformación (o de procesamiento) considerando que los hechos eran delictivos y el investigado responsable, y otro auto de apertura del juicio oral (o de conclusión del sumario). Este no es el modelo procesal de la Constitución, ni siquiera de la LECRIM, y tal modo de proceder estaría echando por tierra derechos fundamentales del acusado.

6. La negativa del acusado a responder a las acusaciones y la utilizabilidad de las declaraciones de instrucción

Es necesario resolver la cuestión básica del *tratamiento de las declaraciones* que preste el acusado en el plenario en relación con las que realizó en instrucción. Para empezar, esta prueba consistirá en lo que manifieste el acusado en el juicio; es decir, la parte que la propuso planteará un interrogatorio de preguntas y pretenderá que el acusado responda para dar por probados los hechos a que se refieren. En principio, queda fuera lo que el acusado hubiera podido declarar en instrucción, porque la prueba consiste en lo que espontánea y contradictoriamente pueda ahora manifestar.

Por lo tanto, cuando el acusado decide responder a todas las partes, tanto a las acusadoras como al resto de las defensas, no existe problema alguno: el medio probatorio consistirá en sus declaraciones en este momento procesal, y se debe omitir toda referencia a lo que hubiere manifestado en instrucción. Esto no quita, como es conocido, para que si alguna parte aprecia contradicción o discrepancias entre lo que está afirmando en el juicio y lo que dijo en la investigación se pueda solicitar, como contraste y al amparo del art. 714 de la LECRIM, que se reproduzca o que se lea el punto concreto de la declaración sumarial discordante, y el tribunal, si entiende que es pertinente y útil, podría ordenarlo en ese mismo momento.

Es cierto que la disposición general del acusado a responder a todas las partes no sucede siempre; con frecuencia decide guardar silencio de forma radical y absoluta, negándose a responder a todos, incluida su defensa, o bien opta por responder solo a alguna de las partes (y aquí aparecen múltiples combinaciones, aunque normalmente decide responder a su defensa y, en ciertos casos, al Ministerio Fiscal, sobre todo cuando se enfrenta a acusaciones particulares o populares manifiestamente hostiles).

Cuando la negativa a declarar lo es solamente a las acusaciones particulares o populares tampoco se suele plantear en la práctica el problema de «reverdecer» en el juicio oral las declaraciones instructorias, porque será el Ministerio Fiscal, como titular de la acción penal pública, el que estará llevando adelante el interrogatorio y lo encaminará como lo considere conveniente para que prevalezca su posición procesal, en cuyo caso las acusaciones particulares o populares suelen dejar la iniciativa acusatoria al Ministerio Público.

Sin embargo, cuando el acusado manifiesta en el plenario que se niega a contestar a las acusaciones, aun cuando quiere responder a las preguntas de su defensa, el Ministerio Fiscal no podrá entonces plantear su interrogatorio, que había concienzudamente preparado cuando propuso y se admitió esta declaración como prueba de cargo (en absoluto como medio de defensa). La consecuencia es que, ante el ejercicio del derecho al silencio, el Fiscal se encuentra que se ha frustrado su expectativa de prueba, tal y como declaró en instrucción, y la acusación pública se ve privada de esta declaración por la voluntad del acusado.

En estas circunstancias, el Ministerio Fiscal ha llegado a solicitar del tribunal, en su turno de prueba, que se proceda directamente a la lectura (o a la reproducción, si se grabaron) de las declaraciones instructorias del acusado para utilizarlas como medio de prueba, dándole entrada en el juicio por la vía del art. 714 de la LECRIM, como si el acusado se hubiera retractado de su declaración o se advirtieran contradicciones.

Pues bien, esta solicitud de la acusación pública no es asumible; en lugar de eso, lo procedente sería advertir al tribunal de la pérdida de su expectativa probatoria, e invocar las facultades del presidente en la administración de la prueba, pero no con el fin de reproducir un acto de instrucción, sino para que no se frustre el derecho de la acusación a utilizar los medios de prueba pertinentes; en este sentido podría solicitar un uso flexible de las facultades de ordenación de los debates y que se le permita, si existieran contradicciones u omisiones relevantes entre las declaraciones del acusado en la instrucción y las que vaya a prestar en el plenario, que utilizando la vía del art. 714 se ordene la reproducción de lo anteriormente declarado en cuanto pugne con la versión actual.

Lo que no resulta aceptable es que antes de que el acusado responda a las preguntas de su defensa, según ha manifestado que lo va a hacer, se pida (y se acuerde) la lectura íntegra de una parte del sumario sin que se conozca en absoluto sobre qué versará el interrogatorio de su abogado, o si existirá realmente alguna contradicción con lo que obra en las actuaciones.

En definitiva, esa lectura representa el anticipo de una declaración que consta en el expediente remitido por el instructor, que se pretende hacer en exclusivo interés de la acusación y en contra de la defensa y sin ninguna base legal, reproduciendo manifestaciones hechas con otros fines y con otras garantías, y que echan por tierra la autonomía muy relativa que en materia probatoria tiene el acusado en nuestro sistema, desconociendo garantías fundamentales.

Hay que partir, como se ha apuntado, de que no existe un derecho o una facultad de la acusación de traer al plenario las declaraciones sumariales del acusado, como si ocupara una posición correlativa al ejercicio del derecho de este a no declarar.

La pretensión acusatoria, a cuyo frente se halla normalmente el Ministerio Fiscal, no puede reivindicar una especie de posición privilegiada para perseguir la condena, que rompería directamente el principio esencial de igualdad procesal. El razonamiento se expresaría en estos o parecidos términos: como el acusado no quiere responder en el plenario a lo que, como parte acusadora, yo le quiero preguntar en este momento, reproduzco ahora íntegramente lo que declaró en la instrucción, que además me ha servido para fundar total o parcialmente mi escrito de acusación y de ese modo no pierdo mi posición prevalente como acusación pública.

Admitiendo que el acusado no pueda borrar una declaración que prestó siempre que se hubieran respetado todas las garantías, no cabe entender que la acusación tenga el derecho procesal de plantear el interrogatorio en el plenario como un trámite inicial de mera corroboración de lo que declaró entonces, por ser su contenido inculpativo.

Este modo de proceder no es aceptable constitucionalmente porque vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y la presunción de inocencia; la declaración sumarial se erigiría entonces en una prueba procesal básica, y el acusado quedaría cautivo de ella, debiendo limitarse a ratificar o rectificar su contenido, y decayendo la esencia de la prueba como acto del plenario.

Además, esa pretensión de la acusación haría perder todo su sentido al derecho a guardar silencio, que se sustituiría por la asistencia como espectador a la lectura o reproducción de sus previas declaraciones (todo lo más, apostillando algún extremo). La declaración consiste en formular preguntas sobre hechos, y en res-

ponder lo que recuerde, pero en modo alguno puede consistir en una ratificación de lo que consta en el sumario: el tribunal debe dictar la sentencia escuchando por sí mismo lo que el declarante manifieste en el juicio, incluido su derecho a no declarar.

Por tanto, la extendida práctica de pedir al acusado que ratifique su declaración sumarial, teniéndolo delante, escapa del modo de entender la prueba; porque eso supone que, en lugar de estudiar la declaración y conocer las preguntas y respuestas para formular ahora las que sean oportunas, la acusación se limita a pedir una simple ratificación, que está completamente fuera de lugar.

Es decir, ante el ejercicio del derecho fundamental a no declarar, especialmente cuando no se expresa con carácter absoluto, sino que solo comprende el silencio al interrogatorio de una o de varias partes, no se puede comenzar la casa por el tejado y permitir que la parte inste, y el tribunal ordene, la reproducción de la grabación o la lectura del acta de instrucción.

Ahora bien, cuando las respuestas del acusado se apartaran abiertamente, o contradijeran lo que declaró en instrucción, la parte que propuso su interrogatorio como medio de prueba podrá pedir que se utilicen las declaraciones sumariales como elemento de contraste de lo manifestado en el plenario, o respecto de cuestiones relevantes sobre las que no haya versado el interrogatorio, o que el declarante haya soslayado. Claro es que para traer estas declaraciones al juicio habrá que estar a lo que el acusado manifieste, en respuesta a las preguntas que su defensa, si es el caso, le formule, y a sus contestaciones. Solo entonces la parte que lo hubiera propuesto dispondrá de elementos para saber si existen contradicciones u omisiones relevantes, y esa circunstancia será la que le habilite para solicitar, y al tribunal para ordenar, en el juicio la lectura o la reproducción de las declaraciones sumariales.

Más allá de esta funcionalidad de contraste, que la jurisprudencia ha admitido en diferentes resoluciones, no se deben aceptar las reproducciones de lo que había declarado el acusado, cuando está presente en el plenario y cuando ha manifestado que responderá a las preguntas que se le formulen, aunque sean solamente las de su defensa.

Es evidente que la solución que se apunta es mucho más respetuosa con los principios básicos y las garantías del proceso penal, aun cuando exija a quienes no han conseguido plantear su interrogatorio un análisis a fondo las declaraciones sumariales, y prestar atención rigurosa y exhaustiva a las preguntas que se le formulen y a las respuestas que ofrezca el acusado en el juicio; este esfuerzo exigible a la acusación entra dentro de la carga probatoria que le incumbe, y que le impide ignorar el derecho del acusado a no declarar y a la presunción de inocencia.

Cuando la negativa a prestar declaración, dicho en positivo, el ejercicio por el acusado de su derecho a no declarar, es absoluta y decide permanecer silente, no hay posibilidad de contrastar nada, porque no existe contradicción ni retractación. Por consiguiente, la solución entonces será que la acusación no puede fiar su estrategia probatoria a la declaración de un acusado, sino que deberá procurarse otros medios de prueba que sustenten su tesis.

El TS reconoce en la STS 654/2016, citada, que la negativa del acusado a declarar no es una auténtica retractación y, por lo tanto, no se puede aplicar lo que dispone el art. 714 de la LECRIM; tampoco es un supuesto de imposibilidad de practicar la declaración, de modo que no le sería aplicable el art. 730 de la LECRIM; y reconoce además que la ley no prevé ninguna forma de incorporar las manifestaciones sumariales del acusado al plenario. En consecuencia, no habría vía legal hábil para incorporar estas declaraciones.

Sin embargo, esta STS 654/2016 (con cita de las SSTS 830/2006, de 21 de julio; 1276/2006, de 20 de diciembre; 203/2007, de 13 de marzo; 3/2008, de 11 de enero; 25/2008, de 29 de enero; 642/2008, de 28 de octubre y 30/2009, de 20 de enero), introduce una solución que no se puede compartir, y sostiene que aun cuando no haya vía legal se podrá dar lectura a las declaraciones de instrucción, y se reconoce esta posibilidad porque el acusado no tiene un derecho de exclusividad sobre sus declaraciones precedentes y de este modo se le facilita la oportunidad de manifestarse sobre lo que declaró.

Es decir, el TS utiliza la analogía para terminar considerando como prevalente el aprovechamiento de un elemento probatorio de cargo, que se esgrime en contra de un acusado que no quiere declarar, cuando esta posibilidad carece de reconocimiento y amparo legal y por encima del derecho constitucional a guardar silencio, de modo que se alinea con la posición de la parte que sostiene la culpabilidad del acusado y en detrimento de las garantías que a este le asisten.

7. La conformidad y la negativa a contestar a las defensas de los coacusados

Un supuesto especial lo encontramos cuando existen varios acusados y, de acuerdo con sus particulares estrategias, se llega a alcanzar una conformidad solo para uno o varios, excluyéndose al resto, normalmente porque deciden desarrollar una línea defensiva diferente¹⁴.

14. Aunque sea un caso más extraño, cabe considerar que las discrepancias vengan de las estrategias defensivas seguidas por los distintos acusados, sin ningún acuerdo con las acusaciones; las connotaciones entonces serían bien diferentes, porque faltaría el incentivo esencial de la rebaja de la pena ofrecida por un órgano

Esta situación se suele concretar en dos actuaciones que se siguen en paralelo: por parte de la acusación, solicitando para los conformados una rebaja sustancial de la pena respecto de la que inicialmente había pedido (que vincula al tribunal) y, por parte del conformado, prestando declaración en el juicio respondiendo a las preguntas de la acusación, en los términos incriminatorios que se han pactado.

El resultado de la actuación coordinada de acusación y defensa deja sin embargo a quien no prestó la conformidad a la versión acusatoria en una situación procesal sumamente comprometida para articular una defensa eficaz, máxime cuando al reconocimiento de los hechos, que serviría para la propia condena del conformado por la declaración autoinculpatoria, se añade la negativa a responder a las preguntas que le pudieran formular los abogados de los acusados ajenos al acuerdo de conformidad, evitando de ese modo incurrir en contradicciones con lo pactado con la acusación.

En tal caso, sobre todo cuando la declaración que va a prestar, aunque sea perjudicial para sí mismo, afecta o se refiere especialmente a uno o varios de los demás coacusados, les coloca a estos en una posición de indefensión, que no se supera con la tajante prohibición del TC de que la sentencia condenatoria pueda sustentarse en la declaración de un coacusado.

El Alto Tribunal instituye una regla probatoria fijando un estándar de prueba: la declaración de un coacusado no resulta suficientemente consistente «para desvirtuar la presunción de inocencia cuando es la única prueba sobre la que se pretende sustentar una decisión penal de condena»¹⁵. Y efectivamente de ese modo se solventa, en una mínima medida, el problema de la presunción de inocencia, pero no el conflicto que introduce la acusación en cuanto al trato desigual respecto de los acusados, pues para el conformado las acusaciones suelen pedir una pena sensiblemente inferior a la que solicitan para el resto, aun cuando todos ellos hayan participado en los hechos de la misma manera y con idéntica responsabilidad.

Tampoco se sale al paso de la vulneración del derecho de defensa, pues en principio se le impide al acusado contradecir una declaración de cargo, que le incrimina directamente (por más que también se reconozcan hechos perjudiciales para el propio declarante) y que, sin embargo, el coacusado no puede confrontar.

público, y ese elemento no vendría a distorsionar los enfrentamientos entre los acusados, que no han de venir amparados o cubiertos por el ordenamiento.

15. SÁNCHEZ YLLERA, «Dudas razonables: la declaración de los coimputados», en *Revista Xuridica Galega*, nº 50, pág. 13.

Sin duda la opción del acusado conformado, negándose a responder a preguntas de las demás defensas, es legítima, pero desde luego afecta al derecho reconocido en el art. 6.3.d) del CEDH, el «derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él», por más que el TEDH haya dulcificado la norma terminante del Convenio. No cabe duda de que cuando el coacusado se niega a declarar —y estaría en su derecho— se produce un déficit de contradicción y «no sería legítimo fundar una condena en una declaración que no se somete a debate contradictorio»¹⁶.

El resultado de esta actuación procesal del conformado, en la que se respeta su derecho al silencio, pero se violenta el derecho de defensa de un coacusado para contradecirlo efectivamente, no se debe solventar primando el ejercicio de uno de ellos sobre el otro, porque en ambos casos se trata de derechos fundamentales esenciales en el ámbito del derecho de defensa cuya salvaguarda no se puede orillar ni ignorar.

En esta tesitura, como el Tribunal Constitucional hace con el testimonio de los coacusados, solo se debe permitir la incorporación de esta declaración al acervo probatorio cuando exista *corroboración suficiente* por otros elementos de prueba, de modo que la acusación no puede acomodarse en la declaración de «su» conformado, sino que deberá proponer y practicar en el plenario otros medios de prueba que se encaminen en la misma dirección de lo que declaró el coacusado. La STS 849/2023, de 20 de noviembre (Caso Gürtel Boadilla) (FD 7), con cita de la doctrina del TC y del propio TS, analiza el problema de la declaración de un coacusado como prueba de cargo contra otro acusado, y que sirvió al tribunal para dictar una sentencia condenatoria.

La jurisprudencia constitucional evolucionó desde unas primeras resoluciones que admitían la declaración de un acusado como prueba suficiente para la condena de otro sin plantear problemas de constitucionalidad, al atribuirle una naturaleza similar a la prueba testifical (AATC 479/1986, FJ 1; 293/1987, FJ único y 343/1987, FJ 2.a), y las SSTC 137/1988, FJ 4.; 98/1990, FJ 2.; 50/1992, FJ 3; y 51/1995, FJ 4), hasta sostener posiciones muy diferentes.

Esta doctrina se modificó en la STC 153/1997, en que se da un giro sustancial y se rechaza que la declaración de un coacusado como única prueba para sustentar la condena pueda considerarse consistente y suficiente; se dice que la declaración del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas, pues no es base probatoria que permita una inferencia suficientemente

16. Así, ALCÁCER GUIRAO, «El silencio de los coimputados», en *La Ley*, n° 7827, de 28 marzo 2012, pág. 16.

sólida para justificar por sí sola la condena (en el mismo sentido, SSTC 49/1998, FJ 5, y 115/1998, FJ 5).

A partir de las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, la jurisprudencia constitucional clarificó que la corroboración con otros medios probatorios no ha de ser plena, sino mínima, y que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, si bien la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, que se deberá analizar caso por caso; la STC 207/2002, de 11 de noviembre, determinó que es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el tribunal considera probados (así también STS 428/2017, de 14 de junio). Este desarrollo se resume en la STC 34/2006, de 13 de febrero (FJ 2)

(...) cabe distinguir una primera fase, de la que son exponentes las SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2; 50/1992, de 2 de abril, FJ 3; y 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4, en la que este Tribunal venía considerando carente de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, que los órganos judiciales basaran su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados, con el argumento de que dichas declaraciones constituían actividad probatoria de cargo bastante, al no haber norma expresa que descalificara su valor probatorio, de tal modo que el hecho de que testimonio se realizara sin prestar juramento y, por tanto, fuera susceptible de ser utilizado con fines autoexculpatorios, se consideraba que no afectaba a su calidad o aptitud como prueba de cargo suficiente, sino a la ponderación sobre la credibilidad que merecía la declaración en relación con los factores particularmente concurrentes, lo que era función exclusiva de la jurisdicción ordinaria en los términos del art. 117.3 CE. Un punto de inflexión en esta doctrina lo representaron las SSTC 153/1997, de 29 de agosto, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; y 115/1998, de 1 de junio, FJ 5, en las que este Tribunal, destacando que al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), ya mantuvo que las declaraciones inculpativas de los coimputados carecían de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultaban mínimamente corroboradas por otras pruebas, de tal modo que ante la omisión de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia. Un nuevo paso se da en las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 5 y 32, respectivamente, en las que el Pleno de este Tribunal clarificó que la exigencia de corroboración se concretaba en dos ideas: por una parte, que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar

al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (ideas que fueron reiterándose en las SSTC 76/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de agosto, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3, y 155/2002, de 22 de junio, FJ 11). Esta jurisprudencia fue perfilándose con muy diversos elementos que, aunque hoy ya están asentados en la doctrina de este Tribunal (por todas, y sólo entre las últimas, SSTC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1, ó 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1), sin embargo, son el resultado de distintas aportaciones en momentos cronológicos diferentes. Así, la STC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5, vino a consolidar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado. La STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4, estableció que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena. La STC 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 4, determinó que es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. La STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4, precisó que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores externos de corroboración, por lo que sólo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia. Las SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 30/2005, de 14 de febrero, FJ 6, especificaron que el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurren excepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado. Y, por último, las SSTC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 165/2005, de 20 de junio, FJ 15, descartaron que la futilidad del testimonio de descargo del acusado pueda ser utilizada como elemento de corroboración mínima de la declaración de un coimputado cuando, en sí misma, no sea determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado en los hechos. En aplicación de la doctrina constitucional expuesta, el pronunciamiento sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria de la declaración de un coimputado exige comprobar si dicho testimonio es la única prueba de cargo en la que se ha fundamentado la condena y si la incriminación contenida en dicha declaración sobre la participación de un tercero cuenta con una corroboración mínima a partir de otros hechos, datos o circunstancias externas ajenos a la misma.

En consecuencia, para la doctrina constitucional el factor de corroboración es el elemento esencial para atribuir a la declaración de un coimputado el carácter de prueba y, en consecuencia, permitir que con su valoración se pueda llegar a la condena de su coacusado. La clave se halla en el sentido que debe darse a la corroboración, que no puede ser simplemente dar mayor fuerza con nuevos raciocinios, sino con nuevos datos, es decir, acreditar el contenido de la declara-

ración del coacusado de otra manera¹⁷, porque la verosimilitud de la versión del coimputado es un *prius* lógico de la corroboración, no su objetivo¹⁸.

La doctrina constitucional ha sido asumida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que la resume (STS núm. 812/2016, de 28 de octubre, con cita de la 949/2006 de 4 de octubre) en los términos siguientes:

«a) Su fundamento se encuentra en que estas declaraciones de los coacusados sólo de una forma limitada pueden someterse a contradicción, habida cuenta de la facultad de no declarar que éstos tienen por lo dispuesto en el art. 24.2 CE que les reconoce el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, lo que constituye una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa en cuanto que reconoce a todo ciudadano el derecho a no contribuir a su propia incriminación.

«b) La consecuencia que de esta menor eficacia probatoria se deriva es que con sólo esta prueba no cabe condenar a una persona salvo que su contenido tenga una mínima corroboración.

«c) Tal corroboración aparece definida como la existencia de cualquier hecho, dato o circunstancia externos apto para avalar ese contenido en que consisten las declaraciones concretas de dichos coacusados.

«d) Con el calificativo de «externos» entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancia se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado.

«e) Respecto al otro calificativo de «externos», entendemos que el TC no puede concretar más, dejando la determinación de su suficiencia al examen del caso concreto. Basta con que exista algo «externo» que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones».

Así pues, el TS reconoce que las declaraciones de los coacusados con frecuencia no pueden ser sometidas a contradicción, lo que para esta jurisprudencia no le impide sin embargo que, siendo un medio de prueba legítimo, pueda ser

17. Como afirma la STS 428/2017, de 14 de junio (FD 5º), «los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración —como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Así como que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado».

18. SÁNCHEZ YLLERA, «Dudas razonables...», cit., pág. 31, y sigue diciendo que «Nadie mejor que el coimputado sabe cómo ocurrieron los hechos, pero por esa misma razón, nadie mejor que él está en condiciones de manipular a su conveniencia dicho conocimiento. El problema constitucional que plantea la declaración del coimputado no es su verosimilitud —cuestión ésta resoluble en sede de jurisdicción ordinaria— sino de justificación: ¿es una verdad justificada la que se declara en base a tal manifestación?, o dicho de otro modo, ¿es una verdad alcanzada por un método que reduce suficientemente los márgenes de error ofreciendo protección al individuo frente al castigo arbitrario?, ¿es una verdad verificada o verificable? Entiendo que la respuesta a estas interrogantes es negativa, y por ello sólo una distinta actividad probatoria, y no una suma de argumentos sobre la propia declaración, permite dar ésta por corroborada.»

tenido como la única prueba o la prueba fundamental que sustente una sentencia de condena.

Sin hacer referencia a la imposibilidad de que un coacusado que resulte inculminado por la declaración de otro coacusado tenga oportunidad y medios para contradecir al conformado, la STS 849/2023, de 20 de noviembre (Caso Gürtel Boadilla), aclara (FD 7) que la declaración inculminatoria del coacusado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia exige unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas:

«a. La declaración inculminatoria de un coimputado es una prueba legítima desde la perspectiva constitucional.

«b. La declaración inculminatoria de un coimputado es prueba insuficiente, como prueba única, y no constituye por sí sola actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia.

«c. La aptitud como prueba de cargo suficiente de la declaración del coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.

«d. Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.

«e. La valoración de la existencia del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.

«f. La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado»¹⁹.

Pero justamente la posibilidad de someter a contradicción una prueba de cargo, y la garantía del derecho de defensa, como pilares esenciales del juicio justo, han de ser amparados, también frente a una declaración inculminatoria de un coacusado.

En los casos de conformidad con las acusaciones, las declaraciones del conformado en el juicio oral con mucha frecuencia introducen modificaciones de mayor o menor relevancia respecto de la posición y de las manifestaciones que él mismo había sostenido en la fase de investigación, y ofrecen ahora una versión de los hechos más favorable o más cercana a las tesis acusatorias.

19. Como sostiene SÁNCHEZ YLLERA, «Dudas razonables...», cit., pág. 18, la debilidad de las declaraciones de un coimputado es *intrínseca* «y no deriva del contenido concreto de lo que, en cada caso, el coimputado exprese. La perspectiva no es, por tanto, de credibilidad en el caso concreto a tenor de la verosimilitud de la versión de los hechos expresada con su testimonio, sino de carencia objetiva de fuerza de convicción derivada de las circunstancias que concurren en este tipo de testimonios (existencia de interés en la causa, posibilidad de faltar a la verdad o de no contestar a las preguntas que se le hagan, imposibilidad de ser perseguido por falso testimonio, derecho a no declarar, etc....).»

Pues bien, salvo que el coacusado hubiera mantenido desde el inicio del procedimiento una actitud y una estrategia divergente del resto, la conformidad suele representar para quienes no la han aceptado un cierto grado de sorpresa y confusión, especialmente cuando se produce al inicio de las sesiones del juicio e implica modificar sus anteriores declaraciones, ante lo que los afectados se ven obligados a reaccionar con toda celeridad, en el propio acto y con limitaciones muy severas.

Sin desconocer ni menoscabar el derecho del coacusado a guardar silencio, así como a responder selectivamente a las partes que pretendan interrogarle, según lo considere más conveniente a sus intereses, cuando en el momento del plenario se separa de sus declaraciones sumariales para acoger la versión de las acusaciones, y como consecuencia de eso resulte afectado o inculcado otro coacusado, este podrá instar y obtener del tribunal la lectura o reproducción de las declaraciones sumariales que contradicen o se oponen a lo que ahora mantiene²⁰.

Se trata en este caso de contrastar ambas manifestaciones de conocimiento expresadas por la misma persona que, al haberse prestado en momentos procesales diferentes, puedan incurrir en alguna contradicción, de lo que se deberá advertir expresamente al acusado que se viera «sorprendido» en esa contradicción. Este contraste deberá solicitarse trayendo al plenario la declaración sumarial por medio de la lectura o reproducción al amparo del art. 714 de la LECRIM. Asimismo, se le deberá permitir al conformado que, a instancia de la acusación o de su propia defensa, pueda ofrecer las explicaciones que considere oportunas respecto de aquellos extremos en los que se advierten las discrepancias.

Como el desarrollo de las sesiones del juicio también tiene su trascendencia, y el orden de la práctica de la prueba puede determinar su resultado, el juez o quien presida el tribunal debe actuar con flexibilidad. Al amparo de lo que autoriza el último párrafo del art. 701 de la LECRIM, el presidente está facultado para alterar el orden de la prueba, a instancia de parte e incluso de oficio, cuando lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos, de modo que si el conformado estuviera llamado a declarar el último (o con posterioridad al coacusado a quien perjudique la modificación de su declaración), se debe autorizar a las defensas que han sido sorprendidas por el cambio de criterio del coacusado para que puedan solicitar la lectura de las declaraciones de instrucción, y también a la defensa que ofrezca a su vez nuevas manifestaciones o explicaciones sobre los aspectos a que se hubiera referido.

20. BAUTISTA SAMANIEGO, «Conformidad material y juicio equitativo», en *La Ley Penal*, nº 164, septiembre de 2023, pág. 11, aboga por la obligación de declarar de los coimputados que han reconocido los hechos.

En todo caso, la dirección de los debates y del desarrollo del plenario es instrumental de las garantías del juicio justo y, en la medida en que el cambio en el contenido de una declaración pueda resultar perjudicial para un acusado, se deben arbitrar los medios para defender las respectivas posiciones en el proceso.

XIX | A vueltas con la competencia objetiva de las Audiencias Provinciales y los Juzgados de lo Penal

Julio Muerza Esparza
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Navarra

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS JUZGADOS DE LO PENAL EN 1988. 3. LAS REFORMAS LEGALES POSTERIORES EN LA PENA Y SU INCIDENCIA EN LA COMPETENCIA. 3.1. LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL. 3.2. LEY 36/1998, DE 10 DE NOVIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 14, APARTADOS PRIMERO Y TERCERO, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. 3.3. 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. 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE JULIO DE 2024.

1. Introducción

El derecho procesal, como es sabido, se caracteriza por ser una rama del derecho público; ocupa en él una posición autónoma; y, tiene un carácter instrumental. Además, en cuanto cauce para el ejercicio de la función jurisdiccional, tiene unas premisas constitucionales evidentes y también unas derivaciones administrativas. Pero entre estos dos límites, como se ha dicho, «queda la específica actividad, ni política, ni administrativa, que en el proceso se desarrolla y, aún más, en que el proceso consiste: la actividad jurisdiccional. Y esta actividad (en la cual, por definición, el juez es independiente, tanto del poder político como del administrativo, e incluso de la propia jerarquía judicial, pero siervo de la ley) es la que el derecho procesal regula. De su objeto propio depende su situación autónoma dentro del vasto campo del derecho público. El derecho procesal no es ni derecho constitucional ni derecho administrativo, sino cabalmente derecho procesal»¹.

1. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, V.I, Madrid 1976, pág. 22.

Esta característica fundamental del derecho procesal, su autonomía, trasladada al ámbito del proceso penal tiene como consecuencia, por ejemplo, que una reforma del código penal no tiene porqué llevar aparejada una reforma de la ley procesal penal. Basta con observar los diferentes códigos penales que han existido en nuestro ordenamiento jurídico para darse cuenta de que, si bien estos aparecían habitualmente como consecuencia del nuevo orden constitucional instaurado en su momento, sin embargo, no afectaban de forma esencial a la norma procesal penal². Pero, desde la perspectiva procesal, tampoco las reformas que se han producido a lo largo de la historia, han sido el resultado de trasladar a su regulación las modificaciones producidas en el derecho sustantivo.

En efecto, desde que se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España (en adelante LECrim) por Decreto de 14 de septiembre de 1882 hasta nuestros días, el número de procesos —sin depender del ordenamiento penal sustantivo— fue aumentado de tal forma y ocasionando tales problemas que la doctrina se llegó a preguntar si el ordenamiento procesal penal no debería denominarse, en parangón con el título que dio Salgado de Somoza a su tratado de quiebras, «El laberinto de los juicios penales»³.

Fue la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre la que creó, dentro de la Ley procesal penal, el denominado «procedimiento abreviado para determinados delitos»⁴ y derogó los dos procedimientos de urgencia que existían dentro de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal y el procedimiento de la LO 10/1980, de 11 de noviembre, para el enjuiciamiento oral de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Es decir, a partir de esta Ley de 1988 existieron dos procedimientos por delitos: el procedimiento ordinario instaurado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y el procedimiento abreviado⁵.

2. La competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal en 1988

Junto al nuevo proceso abreviado para determinados delitos, la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, creó un nuevo órgano para enjuiciar delitos: el Juzgado de lo Penal. Tal como afirma el preámbulo de aquella norma «tales

2. Códigos Penales o reformas de: 1848, 1850, 1870, 1928, 1931, 1944, 1973, 1995...

3. Cfr. ARAGONESES MARTINEZ, *El laberinto de los juicios penales*, en «Actualidad Penal», 1988, nº5, pág. 234.

4. Libro IV, Título III, arts. 779 y ss.

5. A estos habría que añadir posteriormente, entre otros, el proceso para las causas ante el Tribunal del Jurado, el proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y el procedimiento para el juicio sobre delitos leves.

Juzgados tendrán ámbito provincial, si bien podrán tener una jurisdicción inferior cuando el volumen de asuntos así lo justifique. Al Juzgado de lo Penal se atribuye el conocimiento de las causas por delitos castigados con pena de hasta seis años de privación de libertad, manteniéndose la instrucción de las diligencias previas de dichas causas en los Juzgados de Instrucción». Esta atribución competencial aparece prevista en el artículo 14.3 de la ley procesal penal en los siguientes términos (1988): «Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, o con la privación del permiso de conducir, cualquiera que sea su duración, o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de seis años, así como de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio». O, si se prefiere, en términos del artículo 30 del Código Penal entonces vigente (1973), la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal se extiende a los delitos castigados con la pena privativa de libertad de arresto mayor (de uno a seis meses) o de prisión menor (seis meses y un día a seis años). Por su parte, la Audiencia Provincial, en el ámbito del proceso abreviado tiene la competencia para enjuiciar los delitos castigados con la pena de prisión mayor (seis años y un día a doce años) —arts. 14.4 LECrim y 30 CP—⁶.

Por lo demás, «para fijar la competencia, ha de estarse a la pena abstracta fijada por el tipo, y no la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación, sea por la naturaleza de las circunstancias concurrentes»⁷.

En definitiva, el criterio relevante para determinar la competencia objetiva (y el procedimiento adecuado) era la gravedad de la pena, atendiendo a su duración y naturaleza (privación o no de libertad) o a su cuantía.

6. Además, el Juzgado de lo Penal enjuicia de los delitos castigados con penas no privativas de libertad en los términos previstos en el artículo 14 de la LECrim.

7. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992.

3. Las reformas legales posteriores en la pena y su incidencia en la competencia

3.1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El Código Penal de 1995, además de adaptar las normas sustantivas a los valores constitucionales, propuso en relación con el sistema punitivo, tal como señala su exposición de motivos, «una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad».

En este sentido el artículo 13 distinguió entre delitos graves, menos graves y faltas, según la ley castigase las infracciones con una pena grave, menos grave o leve. Y, a continuación, el artículo 33, en función de su naturaleza y duración, precisaba qué penas debían considerarse graves, menos graves y leves⁸. Además, dentro de las disposiciones transitorias, se incluyó una, la undécima, que establecía una tabla de equivalencias entre las penas del antiguo código y el que venía a sustituirle⁹.

8. Son penas graves: a) La prisión superior a tres años. b) La inhabilitación absoluta. c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a tres años. d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a tres años. e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis años. f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a seis años. g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a tres años. Son penas menos graves: a) La prisión de seis meses a tres años. b) Las inhabilitaciones especiales hasta tres años. c) La suspensión de empleo o cargo público hasta tres años. d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a seis años. e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a seis años. f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos de seis meses a tres años. g) La multa de más de dos meses. h) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía. i) El arresto de siete a veinticuatro fines de semana. j) Los trabajos en beneficio de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas. Son penas leves: a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año. c) La multa de cinco días a dos meses. d) El arresto de uno a seis fines de semana. e) Los trabajos en beneficio de la comunidad de dieciséis a noventa y seis horas.

9. «Cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas:

a) La pena de reclusión mayor, por la de prisión de quince a veinte años, con la cláusula de elevación de la misma a la pena de prisión de veinte a veinticinco años cuando concurren en el hecho dos o más circunstancias agravantes.

b) La pena de reclusión menor, por la de prisión de ocho a quince años.

c) La pena de prisión mayor, por la de prisión de tres a ocho años.

d) La pena de prisión menor, por la de prisión de seis meses a tres años.

e) La pena de arresto mayor, por la de arresto de siete a quince fines de semana.

f) La pena de multa impuesta en cuantía superior a cien mil pesetas señalada para hechos castigados como delito, por la de multa de tres a diez meses.

Si tenemos en cuenta estas disposiciones debemos concluir que, al tiempo de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el ámbito de aplicación del proceso abreviado (art. 779 LECrim) debía extenderse, en relación con los delitos castigados con pena privativa de libertad, a los que tuviesen prevista una pena de hasta ocho años. Por su parte, el ámbito competencial de los Juzgados de lo Penal (art. 14.3 LECrim) comprendería los delitos castigados con la pena de prisión de tres meses a tres años —la pena equivalente a prisión menor—. Sin embargo, la disposición final primera del propio Código modificó tanto el artículo 779 como el artículo 14.3, ambos de la ley procesal penal, para precisar, por una parte, que el procedimiento abreviado «se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración»; por otra, que el Juez de lo Penal tenía atribuida la competencia «para el conocimiento y fallo de las causas por delitos menos graves, así como de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos».

Como se puede observar el legislador utilizó un criterio diferente para determinar el ámbito de procedimiento y la competencia de los Juzgados de lo Penal. En el primero, elevó en un año la pena respecto a la equivalente a la de prisión mayor que era, como hemos indicado anteriormente, de ocho años. En el segundo, sin embargo, no cuantificó la duración del tiempo de la pena de prisión sino que lo estableció apelando a una clase de delitos, los calificados como «menos graves», que son, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 en relación con el artículo 33.3, los delitos castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años y, si es de otra naturaleza en los términos previstos en él¹⁰.

g) La pena de multa impuesta en cuantía inferior a cien mil pesetas señalada para hechos castigados como delito, por la de multa de dos a tres meses.

h) La pena de multa impuesta para hechos delictivos en cuantía proporcional al lucro obtenido o al perjuicio causado seguirá aplicándose proporcionalmente.

i) La pena de arresto menor, por la de arresto de uno a seis fines de semana.

j) La pena de multa establecida para hechos definidos como falta, por la multa de uno a sesenta días.

k) Las penas privativas de derechos se impondrán en los términos y por los plazos fijados en este Código.

l) Cualquier otra pena de las suprimidas en este Código, por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse.

2. En caso de duda, será oído el reo».

10. «b) Las inhabilitaciones especiales hasta tres años. c) La suspensión de empleo o cargo público hasta tres años. d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a seis años. e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a seis años. f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos de seis meses a tres años. g) La multa de más de dos meses. h) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía. i) El arresto de siete a veinticuatro fines de semana. j) Los trabajos en beneficio de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas».

Ante esta nueva regulación ¿el nuevo marco punitivo que determinaba el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado y la competencia del Juzgado de lo Penal resultaba equiparable al previsto originariamente por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre?

Ciertamente, el texto de la disposición final primera del Código Penal de 1995, que contenía la nueva redacción de los artículos 779 y 14.3 de la ley procesal, no sufrió ninguna modificación durante la tramitación parlamentaria¹¹, lo que permite afirmar que las Cámaras Legislativas consideraron que la duración de las penas propuestas inicialmente en el Proyecto de Ley en relación con la competencia y los procesos penales eran los adecuados a los fines que se perseguían.

Por otra parte, teniendo en cuenta la tabla de equivalencias de penas de la disposición transitoria undécima, se puede afirmar que el nuevo marco de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal se producía de acuerdo a lo establecido en aquella. Ello condujo a que el ámbito competencial de las Audiencias Provinciales se ampliase considerablemente al asumir también éstas el enjuiciamiento de aquellos delitos que estuviesen castigados con una pena privativa de libertad superior a tres años.

3.2. Ley 36/1998, de 10 de noviembre, de modificación del artículo 14, apartados primero¹² y tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal se extendía a las causas por delitos menos graves, cuando con anterioridad al mismo lo era para los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años. Esa alteración competencial, supuso, como ya se ha indicado, un aumento de las causas cuyo conocimiento iba a corresponder a la Audiencia Provincial. Ante esa situación y pensando en «que puede producirse también una notable repercusión en el número de recursos sobre los que deberá conocer la Sala Segunda del Tribunal Supremo»¹³ el legislador reaccionó y mediante la Ley 36/1998 modificó el artículo 14 de la norma procesal penal estableciendo que tales órganos unipersonales tendrán

11. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), V Legislatura, Serie A, núm 77.1, Proyectos de Ley, 29 de septiembre 1994.

12. El artículo 14, apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quedó redactado del siguiente modo: «Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción. Sin embargo, conocerá de los juicios de faltas tipificadas en los artículos 620, 626, 630, 631, 632 y 633 del Código Penal el Juez de Paz del lugar en que se hubieren cometido.»

13. Preámbulo de la Ley 36/1998, de 10 de noviembre.

competencia «para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años, o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distintas naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos».

Con esta modificación legislativa se resolvía un problema: «el exceso de trabajo» de las Audiencias Provinciales, pero, en contrapartida, se producía un cambio sustancial en la concepción sobre la competencia de los Juzgados de lo Penal ya que estos órganos unipersonales creados para enjuiciar los delitos menos graves, a partir de esta reforma, iban a enjuiciar también de delitos calificados como «graves» por el Código Penal (art. 33.2)¹⁴.

3.3. 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

En el año 2003 se produjo una reforma importante del Código Penal para actualizar su contenido a las nuevas necesidades surgidas con motivo de su aplicación. Dentro de ella cabe destacar, además de las relativas a diferentes tipos penales¹⁵, la modificación que se produjo en el sistema de penas y el control de su cumplimiento. En concreto, en relación con el tema que nos ocupa, la exposición de motivos de la ley, apunta como una de las reformas destacables de la denominada «parte general» de aquél Código el establecimiento en cinco años la duración de la pena que permitía distinguir entre la grave de prisión y la menos grave (art. 33)¹⁶, «con lo que se consigue una regulación armonizada con la distribución de competencias entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que la Audiencia Provincial conocerá de los delitos castigados con penas graves y los Juzgados de lo Penal de los delitos castigados con penas menos graves».

La lectura de tal explicación pudo hacer pensar que, por fin, derecho sustantivo y derecho procesal penal se encontraban a partir de tal ley en perfecta «sintonía»

14. Artículo 33: «2. Son penas graves: a) La prisión superior a tres años.» «3. Son penas menos graves: a) La prisión de seis meses a tres años».

15. Libertad e indemnidad sexual, corrupción de menores, propiedad intelectual e industrial, medio ambiente, maltrato de animales domésticos,...

16. Artículo 33: «2. Son penas graves: a) La prisión superior a cinco años.» «3. Son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años».

en este punto: los delitos castigados con una pena grave serían enjuiciados por un órgano colegiado, mientras que los castigados con una pena menos grave por un órgano unipersonal. Sin embargo, inmediatamente se pudo comprobar que tal armonización se limitaba a las penas privativas de libertad, no a las demás clases de penas, puesto que tal como disponía —y sigue disponiendo en la actualidad— el artículo 14-3 de la LECrim, también conocen los Juzgados de lo Penal de aquellos delitos castigados con pena distinta de la privativa de libertad cuya duración no exceda de diez años, es decir, con un ámbito temporal que comprendía penas clasificadas como grave o menos grave, a tenor de la redacción del artículo 33 del Código Penal, tras aquella reforma.

En definitiva, a partir de esta reforma de 2003, los Juzgados de lo Penal, enjuician los delitos castigados con penas privativas de libertad —hasta cinco años— calificadas como menos graves, pero si las penas no son privativas de libertad pueden formar parte de su ámbito de enjuiciamiento algunas calificadas también de graves, puesto que el límite de la competencia objetiva se encuentra en los diez años.

4. La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2024

Esta sentencia pone de manifiesto, una vez más, que la determinación de la competencia objetiva entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales no es un asunto que esté definitivamente resuelto.

En ella la Sala Segunda del Alto Tribunal debe pronunciarse sobre la incidencia que tiene la duración de una pena privativa de derechos, la inhabilitación especial, en la determinación de la competencia objetiva.

A los efectos que aquí interesa los hechos de los que trae causa este pronunciamiento son los siguientes: abierta la sesión del juicio en instancia, el Tribunal (Audiencia Provincial) planteó de oficio a las partes que cuestionaba su competencia objetiva para enjuiciar los hechos. Estimaba discutible su competencia porque uno de los delitos objeto de la causa —delito de odio del artículo 510.2 CP— tiene asignadas las penas conjuntas de: prisión entre seis meses a dos años; multa de seis a doce meses; y la inhabilitación especial para profesión u oficios educativos en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un tiempo superior entre tres y diez años a la duración de la pena privativa de libertad —art. 510.5-¹⁷.

17. Nótese que la pena en abstracto de la inhabilitación especial supera el umbral de los diez años. En concreto, es de doce años, que resulta de sumar a los dos años de prisión, los diez previstos en el apartado cinco del mismo artículo 510 CP.

En el turno de turno alegaciones todas las partes acusadoras sostuvieron que la competencia para el enjuiciamiento de los hechos correspondía a dicha Audiencia Provincial. Por el contrario las partes acusadas entendían que la competencia correspondía al Juzgado de lo Penal.

La Audiencia Provincial mediante auto declaró que no era competente para dicho enjuiciamiento, al entender que la pena de inhabilitación es una pena accesoria y que, por tanto, no puede incidir en la determinación de la competencia objetiva. Ordenó la devolución de la causa al Juzgado de Instrucción de procedencia a fin de que lo remitiese al Juzgado de lo Penal correspondiente.

Recurrida en apelación dicha resolución la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia acordó no haber lugar al recurso de apelación. Notificado el auto a las partes, se preparó el recurso de casación por el Ministerio Fiscal.

El motivo (único) alegado por el Ministerio Fiscal se fundamentaba en lo siguiente: infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de lo dispuesto en el artículo 510.5 del Código Penal en relación con el artículo 14.4 de la LECrim; y, por vulneración de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Constitución.

El Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal. Entiende que, aunque cuenta con razones, no puede suscribir el criterio de la Audiencia Provincial —y de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia—. Sostiene en el fundamento jurídico octavo que: «El concepto de pena accesoria es un concepto normativo. Hay penas que vulgarmente podemos considerar complementarias o secundarias (muchas veces, las multas conjuntas), pero que no adquieren por ello la condición legal de penas accesorias (arts. 54 y siguientes CP). Son penas principales conjuntas. Por tanto, han de ser tomadas en consideración a todos los efectos».

A continuación, manifiesta que puede resultar criticable desde el punto de vista político-criminal y también dogmático la proliferación de estas penas «complementarias» en las últimas reformas legislativas y que tienen repercusiones importantes en la competencia, prescripción, etc.

Y, para resolver el caso planteado señala que el legislador en 2023, al darse cuenta del carácter imperativo que había anudado a la ampliación de la pena

de inhabilitación del artículo 193.3 del Código Penal¹⁸, que suponía desplazar la competencia de la totalidad de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a las Audiencias Provinciales, reformó el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadiendo un párrafo final en el que establece que en los delitos comprendidos en el Título VIII del Código Penal, a los solos efectos de determinar la competencia para el enjuiciamiento, se tendrán en cuenta únicamente las penas de prisión o de multa, correspondiendo al Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción donde el delito fue cometido...

En consecuencia, concluye el Tribunal Supremo, si en esos delitos, y solo en esos, se excluyen las penas privativas de derechos para determinar la competencia, en los restantes habrán de tomarse en consideración y, por lo tanto, en el caso declara la competencia de la Audiencia Provincial para conocer de la causa.

18. «La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos I o V cuando la víctima sea menor de edad y en todo caso de alguno de los delitos del Capítulo II, además de las penas previstas en tales Capítulos, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años. A las personas responsables del resto de delitos del presente Título se les podrá imponer razonadamente, además de las penas señaladas para tales delitos, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, así como la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.

Asimismo, la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente Título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave. En ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada».

XX | Prueba prohibida y dispensa de declarar (artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹

Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín²
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. PRUEBA PROHIBIDA. 2. EXCEPCIÓN A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR (Su definición por la jurisprudencia del Tribunal Supremo). 3. CONCLUSIÓN. 4. BIBLIOGRAFÍA

1. Prueba prohibida

Constituye la prueba prohibida uno de los conceptos más difusos del Derecho procesal, uno de los menos elaborados doctrinalmente³, de los menos cuidados, destacando por su extrema relatividad, siempre sometida a los vaivenes de la tensión entre la libertad y la seguridad, así como por la falta de un régimen jurídico que pueda considerarse común a los distintos ordenamientos jurídicos.

La adecuada comprensión de la prueba prohibida tiene una notable incidencia en que los derechos y garantías no se ven cuestionados (no puede admitirse su mayor o menor intensidad y/o eficacia en el proceso) y que el derecho a un proceso justo no resulte violentado.

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Proceso y prueba prohibida» (PID 2020-114707GB-I00). IP. Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín y de las actividades del Grupo de Investigación de UNIOVI «Estudios de Derecho Procesal: España, U.E. e Iberoamérica» —OVI-PROC—.

2. Mi reconocimiento y respeto profesional al Prof. Manuel Cachón Cadenas, Catedrático de Universidad de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Barcelona por su brillante trayectoria académica y aportes doctrinales relevantes en la consolidación del Derecho Procesal en España.

3. Pese al ingente cantidad de Monografías y artículos doctrinales publicados —*vid.*: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. y RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., Guía Bibliográfica de Derecho Procesal. 5ª ed. edit. Andavira. Santiago de Compostela (A Coruña), 2009.

Sin duda, sobre el tema, resulta imprescindible, en su momento y en la actualidad, la lectura de la obra pionera de: ASENSIO MELLADO, J. M^a, Prueba prohibida y prueba preconstituida. Ed. Trivium. Madrid, 1989.

La íntima relación de la prueba prohibida con conceptos tan sensibles como la seguridad, la libertad, la verdad, las funciones del proceso, la posición de las partes y el tribunal con relación con el objeto procesal, el tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal se ha limitado a configurarla en sus rasgos más generales, a desarrollar unos principios muy básicos respecto de los que existe un acuerdo amplio⁴.

Por otra parte, se ha desatendido un trabajo más técnico jurídico, ineludible para lograr la seguridad jurídica alrededor de una figura que tanta influencia tiene en la eficacia del proceso penal, comprendida ésta en términos de cumplimiento de su función básica de determinación de la verdad (procesal)⁵, pero siempre con respeto a los principios esenciales del Estado.

A mayor abundamiento, es evidente que puede apreciarse una ligereza o reflexión insuficiente, legal, doctrinal y jurisprudencial en la regulación y tratamiento de esta figura, utilizando en ella los conceptos procesales básicos sin la debida corrección y sin atender a su adecuado significado.

La situación descrita incide claramente en el trabajo jurídico (docente y/o judicial) al verse entorpecida por esta forma de actuar. Ello genera motiva que los problemas que se derivan son tantos, como la inseguridad que provocan⁶.

Si bien la idea de que no todo vale en la búsqueda de la verdad difícilmente admite censura⁷, la expansión de las excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida motiva que quepa preguntarse, tal y como pone de manifiesto Díez-Picazo Giménez, «¿Qué es más moral?. ¿Es más moral tener en cuenta una prueba que nos permite hallar la verdad de un asunto pese a que haya sido obtenida ilícitamente, o es más moral proteger a los individuos y a la so-

4. La exclusión procesal de las pruebas prohibidas responde, entiende MADRID-BOQUÍN «... a la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre varios aspectos que son básicos para el Estado social y democrático de Derecho: por un lado, la seguridad y el orden y, por el otro, la eficacia de los derechos fundamentales.» (La prueba prohibida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: luces y sombras del caso Zherdev c. Ucrania. Revista de Estudios Europeos. edit Universidad de Valladolid. Valladolid, nº 2017-extraordinario monográfico 1, p. 79).

5. Vid.: TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2010, pp. 18-21.

6. Como queda de manifiesto si se repara la evolución de la jurisprudencia española que, en un período de 20 años ha mudado desde el deslumbramiento inicial ante las exclusiones probatorias a un claro y constante reduccionismo posterior a favor de las tesis pro eficacia-seguridad y búsqueda de la verdad (cfr.: GONZÁLEZ GRANDA, P., *Restricción de derechos y libertades y prueba prohibida: la deriva de las exclusiones probatorias*. en «Justicia y Proceso— una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional» —González Granda, P. y Ariza Comenarejo, M^a J.—. Ed. Dykinson. Madrid 2021, p. 458.

7. Cfr.: MARCHENA GÓMEZ, M., *La «Sentencia Falciani»: ¿hacia un nuevo concepto de prueba ilícita entre particulares?.* Revista de Ministerio Fiscal, Ed. Ministerio Fiscal, nº 3, p. 47.

ciudad de la ilicitud de en la obtención»⁸. Pero me atrevería a ir más allá a lo expresado por Díez-Picazo Giménez en la medida de cuestionar la obtención de cualquier verdad en detrimento de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, falsa verdad, en definitiva, la que aflora sin el debido respeto de las garantías y derechos de los ciudadanos⁹.

Por otra parte, no puede omitirse que existen normas aparentemente contradictorias, fruto no tanto de la precipitación del legislador, sino de la falta de entendimiento de la noción de prueba en sus diferentes significaciones y, muy especialmente, en este marco amplio y difuso, de la naturaleza jurídica de esta figura de la prueba prohibida, de su fundamento, régimen jurídico y finalidad¹⁰. Todo ello unido a un aspecto relevante, específicamente, en el ámbito del proceso penal que va referido al momento de la apreciación y, en su caso, exclusión, de la prueba prohibida¹¹.

Y las consecuencias de este actuar generalizado no son baladíes, en tanto esta regulación parca y confusa da lugar a que los tribunales hayan de integrar normas tan insuficientes y deficientes, que incluyen muchas veces antinomias, de manera que la jurisprudencia es la que en cada momento, país y situación o hecho aplica la ley de forma, consecuentemente, relativa, particular y poco segura en sus resultados, excesivamente a veces inciertos o fruto de los sujetos o hechos enjuiciados (ciencia digestiva)¹².

8. Algunas ideas sobre la prueba ilícitamente obtenida. en «Derecho Probatorio y otros Estudios procesales. *Liber Amicorum* Gimeno Sendra.» edit. Castillo de Luna, 2020, p. 450.

9. *Vid.*: A. TS., Sala 2ª, de 18 de junio de 1993 (ponencia de Enrique Vadillo) «*La verdad no puede obtenerse a cualquier precio.*».

10. Lamentablemente en las investigaciones sobre prueba prohibida (y otras muchas instituciones) aflora lo que ponía de manifiesto COUTURE al afirmar que: «... *la más grande de las desdichas que le puede ocurrir a un estudioso del derecho, es la de no haber sentido nunca su disciplina en un estado de ansia filosófica. O mejor aún: en un estado de ansia por no haber comenzado por una plena formación filosófica, para llegar después de ella al trabajo menudo de su ciencia. No hay estado de plenitud científica si no se llega a tocar esta línea limítrofe de una rama particular*» (prólogo a la obra de: GOLDSCHMIDT, J. Problemas generales del Derecho (1944). —Obra póstuma—. Ed. Depalma. Buenos Aires, p. 9).

11. *Vid.*: Un interesante debate en torno a esta cuestión, suscitada entre maestro (GIMENO SENDRA) y discípulo (ASENCIO MELLADO) se puede seguir en: ASENCIO MELLADO, J. Mª La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales (2013). *Diario La Ley*, nº 8009; GIMENO SENDRA, V. La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio) —2013—. *Diario La Ley*, nº 8021; ASENCIO MELLADO, J. Mª (2013) Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en la fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. GIMENO SENDRA) —2013—. *Diario La Ley*, nº 8026; GIMENO SENDRA, V. (2013) La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. Asencio. *Diario La Ley*, nº 8027.

12. Cobra, seguramente, significado la afirmación de SASSOFERRATO quien, en el s. XIV, señalaba que: «*leges in scholis deglutiuntur sed in palatio digeruntur, quia practica es scientia digestiva*» (las Leyes se ingieren en la Universidad, pero se digieren en los tribunales, porque la práctica es la ciencia digestiva) —*Commentaria in primam Codicis partem*. Electronic Edition. Düsseldorf: Universitäts- und Landesbibliothek, 2011.

La prueba prohibida es un concepto de origen jurisprudencial que encontrando sus primeras manifestaciones importantes en el derecho norteamericano¹³, la evolución de las conocidas como «reglas de exclusión» y sus excepciones, en atención a unos fines que experimentaron vaivenes de consideración, ha influido notablemente en los ordenamientos de derecho civil, cuyas construcciones, a veces con base constitucional expresa, y casi siempre en la ley (es el caso que contempla el artículo 11 LOPJ)¹⁴, han visto cómo sus tribunales, en ocasiones de manera precipitada y mimética¹⁵, trasladaban a sus ordenamientos y a sus resoluciones una forma de entender la prueba prohibida no siempre compatible con los postulados básicos de nuestro sistema jurídico. Determinar en qué consiste la prohibición probatoria, sus causas y efectos, sostiene RIVES SEVA, son «... cuestiones esenciales, resueltas muchas veces por los Tribunales de forma insatisfactoria y lo que es peor, contradictoria.»¹⁶. Los posicionamientos no siempre coincidentes, incluso dispares entre el TS y TC en el tema generan situaciones contrarias a la garantía constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) que deben proporcionar los tribunales, pero, sin duda, lo que aún resulta más evidente es de que la prohibición probatoria requiere de una mayor atención por los tribunales queda en evidencia cuando se aprecian posiciones contradictorias en una misma sentencia entre quienes mantiene un criterio mayoritario y los que defienden sus votos particulares; un claro ejemplo de lo señalado se puede apreciar en la S. TC 119/2022, de 19 de setiembre.

Los vaivenes en esta materia, la falta de reflexión y la precipitación legal o jurisprudencial en este punto, lejos de ser simple lucubración, tienen consecuencias tan importantes, que inciden en el contenido mismo de la prohibición, su diferencia con otros derechos y conceptos, su extensión y efectos, especialmente el reflejo.

13. Vid.: SIMARRO PEDREIRA, M., Prueba prohibida: un dilema y algunas paradojas. Análisis de perspectiva. (Tesis Doctoral). edit. Universidad de León, León, 2019 afirma: «En el caso de Estados Unidos el problema de la utilización de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales tuvo su freno en la Jurisprudencia norteamericana en la que, inspirándose a su vez en la Jurisprudencia de la Inglaterra del siglo XIX, se incorporó la *Exclusionary Rule* como una consecuencia de la 'redefinición del esquema constitucional de separación de poderes' en la que los Tribunales, en particular la Corte Suprema Federal, se arrogaron una posición prevalente con respecto a los demás poderes del Estado, mediante la cual se prohibía la utilización en el proceso de toda prueba que hubiera sido obtenida de forma ilícita por una agente Federal, extendiéndose posteriormente también a los agentes Estatales.» (p. 89).

14. Vid.: BUENDIA RUBIO, M^a C., La prueba ilícita penal: el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. provisión de la prueba violentando derechos o libertades fundamentales. Drets. Revista valenciana de Reformes Democràtiques. Ed. Generalitat Valenciana. Valencia, n° 22016, pp. 208-211. sobre el alcance del supuesto de hecho contemplado en la norma jurídica.

15. Vid.: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., A propósito de la entrega por particulares de elementos de prueba decisivos. en «Procesos y Prueba prohibida. —AA. VV. y José-M^a Roca Martínez, Dtor.—. edit. Dykinson, Madrid 2022, p. 126.

16. Reflexiones sobre el efecto reflejo Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita, en <https://www.noticiasjuridicas.com>, Diciembre 2010 (consultado el día 2 de marzo de 2024).

Con relativa frecuencia la doctrina, aunque normalmente guarda un silencio muy característico o cumple con reproducir la jurisprudencia, se limita a la casuística, ignorando que esta última podría encontrar soluciones uniformes si se desarrollara el concepto, si se determinara claramente su naturaleza jurídica, si se distinguiera esta ilicitud probatoria de figuras similares, tales como la derivada de la presunción de inocencia o de la infracción de derechos procesales o normas procesales, que comporta la nulidad procesal, similar, pero no equivalente a la ineficacia de aquélla.

Porque no puede la misma ser mimética y automáticamente equiparada a las infracciones derivadas de la violación estricta de ese derecho entendido en su correcta acepción como garantía de derechos procesales.

Muchas son las lagunas que cabe encontrar en el desarrollo de la figura de la prueba prohibida, demasiadas, hasta tal punto que la vida práctica impone sus necesidades o preferencias, al igual que los posicionamientos ideológicos¹⁷, por encima de una configuración jurídica que debiera constituir la base cierta de un concepto de tanta entidad para la pervivencia del estado de derecho¹⁸.

En suma, muchas son las cuestiones acerca de la prueba prohibición que no encuentran en la doctrina una respuesta acabada, ni siquiera en la mayoría de trabajos abordada, pues el tratamiento de la misma no acaba de pasar de reflexiones acerca de su incidencia en el ámbito de los derechos y el alcance en la eficacia de las actuaciones procesales en las resoluciones judiciales o, lo que es lo mismo, no se termina de dar el paso decisivo consistente en salir del derecho constitucional, para pasar al procesal.

17. Sin duda alguna, en esta materia, cobra real virtualidad las reflexiones de GOLDSCHMIDT, refiriéndose al proceso penal, en apariencia más sensible a las tensiones ideológicas, señaló que: «*los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.*» (Principios generales del proceso. Vol. II. Ed. EJE. Buenos Aires, 1961, pp. 109-110).

18. Acertadamente pone de relieve SÁNCHEZ MELGAR que: «*A menudo se enuncian sus conceptos de forma poco clara, y muy apegada al caso concreto, lo que ha generado, en sede casacional, una doctrina legal confusa y en cierto modo, acomodaticia.*» (Prueba prohibida y sanción por comportamientos ilícitos. en Roca Martínez, J. M^º, Dtor.- y AA. VV.- Procesos y prueba prohibida. Ed. Dykinson. Madrid, 2022, p. 249.

A favor de un concepto de prueba ilícita coherente con el propio fundamento de las reglas de exclusión, olvidando que estas se elaboran, por la doctrina del TS norteamericano, con una clara finalidad (disuasoria) distinta de la finalidad, propugnada en Europa (respeto del principio de legalidad y las garantías procesales) —*vid.*: MARCHENA GÓMEZ (Prueba ilícita y reglas de exclusión: los matices introducidos por la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia 116/2007, de 23 de febrero —caso Falciani—. en «Derecho probatorio Derecho y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra. *Liber amicorum*» —AA. VV. y José María Asencio Mellado y Alba Rosell Corbelle, coords.- edit. Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 1192-1194.

Cualquier autor (igualmente los tribunales) que abordan un trabajo (o resolución judicial) sobre prueba prohibida debiera afrontar, previamente, su posicionamiento a cuestiones básicas, tales como: qué consiste la prohibición probatoria, sus causas y efectos; dichas cuestiones son cuestiones básicas y esenciales, resueltas muchas veces por los Tribunales (y la doctrina) de forma insatisfactoria y lo que es más grave, contradictoria¹⁹.

En coherencia con lo expuesto debo exponer seguidamente, de modo breve, aunque en trabajos posteriores desarrollaré extensamente, mis reflexiones en torno al concepto y fundamento de prueba prohibida, pues entiendo que se impone la necesidad de definir, en primer lugar, cimientos conceptuales que permitan articular un régimen unitario sobre la prueba prohibida.

Entiendo que la prueba prohibida va referida a aquella fuente de prueba²⁰ que es obtenida con vulneración de derechos fundamentales sustantivos (los consagrados en los artículos 15 a 29 CE, junto al derecho a la igualdad del artículo 14 y la objeción de conciencia del 30, que son precisamente los que gozan de la protección reforzada del recurso de amparo ante el TC). Mientras que estimamos que el fundamento de la prueba se encuentra en la protección de los derechos fundamentales sustantivos, por lo que la justificación de la proscripción de la prueba prohibida en la finalidad disuasoria²¹, en línea con la sostenida por la

19. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. Prueba prohibida y principio de buena fe. Expansión y reducción del planteamiento jurisprudencial en torno a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida. en «Principios procesales para una Justicia actual» —AA.VV., Yolanda De Lucchi López-Tapia y Antonio M^a Lara López, Dtores. y Andrea Spada Jiménez, Coord.- edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2023, p. 387.

20. La distinción entre fuente de prueba y medio de prueba (acogido por la doctrina contemporánea —*vid.*: BECEÑA GONZÁLEZ, F., Notas de Derecho Procesal Civil. Litografía E. Nieto. Madrid, 1932, p. 412; GUASP DELGADO, J., Derecho Procesal civil. 3^a ed. corregida. Tomo Primera (Introducción y Parte general). edit. Instituto de Estudios. Madrid, 1968, pp.323-324; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., ÁLVAREZ ALARCÓN, A., SEOANE SPIEGELBERG, J. L. y RODRÍGUEZ TIRADO, A. M^a—. Derecho procesal civil. Vol. 1. 4^a ed. Ed. Andavira. Santiago de Compostela (A Coruña), 2013, pp. 265-266; CACHÓN CADENAS, M., Introducción al Enjuiciamiento civil. Edit. Atelier. Barcelona, 2021, pp. 326-327.

Sirva la cita de Beceña González, Catedrático de Universidad de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo, que me honro, en la actualidad, ocupar, como homenaje a los aportes destacados a la historia del Derecho Procesal en España de Cachón Cadenas, Manuel (Francisco Beceña. Un procesalista de primera hora. edit. Atelier, Barcelona, 2017 afirma: «Becena fue el principal protagonista de la profunda renovación que experimentaron los estudios de Derechos Procesal en España durante aquella época. Desde el punto de vista de la genealogía académica, los procesalistas españoles actuales traemos causa, en una inmensa mayoría de Beceña y del cambio radical de paradigma doctrinal que sea produjo en los años que precedieron a la guerra civil.» (p. 15).

21. *Vid.*: ARMENTA DEU, T. Prueba ilícita y regla de exclusión: perspectiva subjetiva en «Derecho probatorio y otros estudios procesales». Ed. Castillo de Luna. Madrid, 2020, p. 118 pone de manifiesto que, mientras la regla de exclusión en los países europeos se asienta «en la necesidad de respetar el principio de legalidad y las garantías procesales, a la hora de buscar la verdad en el seno de un proceso», en los USA «el efecto disuasorio para el actuar de la policía ha resultado ser el núcleo fundamental.» ha sido el origen sobre el efecto excluyente de la prueba obtenida ilícitamente.

En términos similares se puede consultar a: FUENTES SORIANO, O. La prueba prohibida aportada por particulares, a la luz de las nuevas tecnologías (2020). en Derecho probatorio., cit., pp. 728-729.

doctrina jurisprudencial norteamericana²², desvía la atención en la protección de los derechos fundamentales, careciendo, en el ordenamiento jurídico español, fundamento alguno para mantener dicha finalidad disuasoria.

2. Excepción a la obligación de declarar (Su definición por la jurisprudencia del Tribunal Supremo)

Frente a la general obligación de comparecer y declarar a todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros que ha presenciado un hecho con apariencia delictiva (artículos 410 y 707 LECrim.), bien es sabido que la LECrim. reconoce una serie de salvedades, ora por razones de Estado, ora en atención al oficio o cargo que ostenta el testigo, ora por su incapacidad física o moral o por razones de parentesco, de la condición de Letrado del procesado²³.

Este deber ha sido también proclamado en el artículo 17.1 LOPJ y se extiende a todos cuantos supieren de hechos o circunstancias, o poseyeren datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente (artículo 421 LECrim.)²⁴.

Tiene como consecuencia en caso de incumplimiento, recuerda SÁNCHEZ MELGAR, «... *no solamente la imposición de una multa, sino incluso ser conducido ante el Tribunal en caso de persistir en su falta de colaboración por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia (tipificado en el artículo 463.1 CP), o en caso de no responder a las preguntas que le fueren formuladas ser perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad*»²⁵.

Del propio modo es una obligación para quien presencia un delito grave, y puede hacerlo, impedirlo, por imponerlo así el artículo 450 CP y para quien no puede, comunicarlo a la policía para que sea ella quien se impida.

22. La *exclusionary rule* opera, afirma MIRANDA ESTRAMPES, «... *cuando son agentes del Gobierno o estatales los que obtienen las evidencias mediante un registro o incautación irrazonable. (...) La IV Enmienda establece restricciones al ejercicio del poder público, sus destinatarios no son los ciudadanos, sino los agentes gubernamentales o estatales. Además, la evidencia sólo está sometida a exclusión si se obtuvo como resultado de un registro o incautación irrazonable y, por ello, violatorio de la IV Enmienda. Y la regla solo opera en el marco de procesos penales, no en procesos de otra naturaleza.*» (Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada. edit. Marcial Pons. Madrid, 2019, pp. 53-54).

23. Vid.: S. TS., Sala 2ª, nº 869/2015, de 28 de diciembre —Roj.: STS 5756/2015—.

24. Cfr.: SÁNCHEZ MELGAR, J., Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio —<https://elderecho.com/nuevo-marco-de-la-dispensa-a-la-obligacion-de-declarar-a-proposito-de-la-ley-organica-8-2021-de-4-junio> (consultado el día 1 de marzo de 2024).

25. *Ibidem*.

La dispensa a la obligación de declarar tiene, señala SÁNCHEZ MELGAR «... *un contenido excepcional, y como tal, por tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa*»²⁶.

El artículo 416 LECrim. supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional²⁷, habiéndose reputado, pone de manifiesto VILLAMARIN LÓPEZ²⁸, coherente con el régimen de las garantías procesales reconocidas a nivel europeo, habiendo declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias ocasiones su ajuste al artículo 6 CEDH. Es un derecho procesal atribuido —posiblemente sea el único supuesto—, a quien no es parte procesal— un derecho de un tercero a no declarar. Es un derecho que tutela a esos terceros y no, a las partes procesales²⁹. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar. Esta consideración es esencial para no desviarse de la recta interpretación del artículo 416 LECrim. Con lenguaje calderoniano, apuntaba la S. TS, Sala 2ª, de 26 de noviembre de 1973 —Roj.: STS 460/1973—, el fundamento de la previsión: sortear la colisión entre la voz de la sangre y el deber ciudadano de colaborar con la justicia. En términos más descriptivos la S. TS., Sala 2ª, nº 205/2018, de 25 de abril —Roj.: STS 1629/2018—, señalo que «[l]a dispensa está prevista en nuestro ordenamiento, a semejanza de muchos otros, como fórmula o válvula de escape que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada; filiación, relación de consanguinidad) para eludir el conflicto entre esos lazos que presionan para no perjudicar de ninguna forma al pariente, menos aun provocando directa o indirectamente su condena penal y probable privación de libertad; y el imperativo legal de declarar la verdad sobre todo lo que se le pregunte en un proceso penal, bajo la amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento (o promesa) legal. El legislador (y, antes, el constituyente), con buen sentido, considera conveniente un mecanismo de equilibrio que pasa por levantar en esos casos el deber general de todo ciudadano de declarar. Y no hace distinciones según se sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento (sin perjuicio de que en el art. 263 LECrim encontramos alguna asimetría en la regulación de ese tema en sede de denuncia, frente a la testifical del art. 416 LECrim.)».

26. *Ibidem*.

27. Vid.: SS. TEDH, de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski vs. Holanda*; 27 de setiembre de 1990, caso *Windisch vs. Holanda*; 19 de diciembre de 1990, caso *Delta vs. Francia*; 19 de febrero de 1991, caso *Isgró vs. Italia*, entre otras, sobre la admisibilidad de la dispensa de la obligación de declarar para algunos testigos, que contienen diversas legislaciones nacionales, y su conformidad con el artículo 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo—.

28. El derecho a no declarar de las víctimas de violencia de género a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Supremo. Foro, 2019, Vol. 22, nº 1, p. 268

29. Vid.: S. TS., Sala 2ª, nº 656/2022, de 29 de junio (Roj.: STS 2701/2022).

Los ejes centrales sobre los que se asienta la jurisprudencia del T.S. son:

- El derecho de dispensa es una garantía establecida para el testigo, y no para el imputado, y su fundamento se encuentra en la protección de las relaciones familiares, preservando la paz y la intimidad en las mismas (artículos 18 y 39 CE);
- Constituye una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos, debiendo considerarse nulas y no utilizables las declaraciones prestadas contra el procesado sin la previa advertencia al testigo de la dispensa del deber de declarar;
- Se admite, sin embargo, que la presencia espontánea del testigo, aun no habiendo sido advertido, puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima³⁰.

El fundamento de la dispensa, prevista en el artículo 416 LECrim. tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado (SS. TS., Sala 2ª, 134/2007, de 22 de febrero —Roj.: STS 1947/2007— y 385/2007, de 10 de mayo —Roj.: STS 2751/2007—)³¹.

La S. TS., Sala 2ª, nº 703/2014, de 29 de octubre —Roj.: STS 4466/2014—, afirmará: «*el TEDH, en sentencia de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c Austria, se enfrenta a una norma similar a nuestro 416 LECrim (el art. 152&1, párrafo 1 del Código de Procedimiento Penal austriaco), igualmente en supuesto de Registro de la esposa por agresión contra su marido, donde tanto la esposa como su hija hacen uso de la dispensa que el ordenamiento les concedía para no prestar declaración; resolución donde además de constatar que existen textos similares en el orden jurídico interno de varios miembros del Consejo de Europa, indica que la prohibición de interrogar a estos testigos en la audiencia, no incumple el artículo 6.1 y 3 d) de la Convención, dados los especiales problemas que puedan surgir, confrontación entre el acusado y testigo de su propia familia, de modo que atiende a proteger al testigo y evitarle una cuestión de conciencia*».

30. Cfr.: SS.TS, Sala 2ª, núms. 1225/2004, de 27 de octubre (Roj.: STS 6855/2004); 134/2007, de 22 de febrero (Roj.: STS 1947/2007); 385/2007, de 10 de mayo (Roj.: 275/2007); 135/2009, de 27 de enero (Roj.: STS 135/2009); 292/2009, de 26 de marzo (Roj.: STS 1547/2009; 205/2018, de 25 de abril (Roj.: STS 1629/2018); 130/2019, de 12 de marzo (Roj.: STS 870/2019).

31. Cfr.: SS. TS., Sala 2ª, núms. 134/2007, de 22 de febrero —Roj. STS 1947/2007—; 292/2009, de 26 de marzo —Roj.: STS 1547/2009—; 486/2016, de 29 de octubre —Roj.: STS 2631/2016—; 205/2018, de 25 de abril —Roj.: STS 1629/2018—, entre otras.

La S. TS., Sala 2ª, nº 486/2016, de 29 de octubre, —Roj.: STS 2631/2016— observa que: *«en cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 LECrim. arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento.»*

El TS, cambiando su posicionamiento inicial³², califica la información sobre la dispensa al testigo/pariente de declarar, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el artículo 416 LECrim., reputando nulas y, en consecuencias, no utilizables las declaraciones prestadas con todas las garantías (S. TS., Sala 2ª, nº 94/2010, de 15 de noviembre —Roj.: STS 635/2010—)³³.

En este mismo sentido, CASTILLEJO MANZANARES³⁴ postula la declaración de nulidad de lo actuado en aquellos casos en los que siendo la víctima testigo de los hechos, no se le haya informado oportunamente del derecho de dispensa del artículo 416 de la LECrim, por cuanto que no sólo existe un conflicto de deberes o sentimientos, sino que también afecta a la debida protección del imputado, quien puede ser condenado en base a un testimonio que no desea incriminarle y que no tiene obligación de hacerlo, aunque sin que alcance dicha dispensa a la facultad de hacer traer al proceso por la vía del artículo 730 LECrim las declaraciones prestadas por la víctima en instancias judiciales anteriores, eso sí, previa instrucción de los artículos 416 y 418 LECrim.

A efectos sistemáticos, siguiendo la Circular 6/2011, FGE, de 2 de noviembre, distingue LAGUNA PONTANILLA³⁵, distintas hipótesis con relación a los efectos

32. Vid.: S. TS., Sala 2ª, nº 1540/2003, de 21 de noviembre —Roj.: STS 7389/2003— sostenía que: *«... al no establecerse dicha dispensa en la Ley, como previene la norma constitucional (art. 24 in fine) no cabe apreciar vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías por el hecho de que el Tribunal no la incluya entre los supuestos en que debe informar al testigo de la exención de su obligación de declarar.»*

33. Cfr.: SS. TS., Sala 2ª, núms. 854/2013, de 30 de octubre —Roj.: STS 5487/2013— y 49/2018, de 30 de enero —Roj.: STS 218/2018—, entre otras—.

34. «La dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim., a debate», en *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista* —AA. VV. y J.A. Ramos Vázquez, y E. M. Souto García, Coords.—. edit. Comares, Granada, 2010, pp. 347-351.

35. Claves Prácticas de los procesos por violencia de género. edit. Aranzadi. Pamplona, 2016, pp. 285-286.

que produce la falta de advertencia o información a la testigo víctima de violencia de género de su derecho legal a la dispensa, a saber:

- Primero. Carece de toda validez la declaración prestada: la declaración de la testigo, que no fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el plenario se acoge a la dispensa.
- Segundo. No producirá ningún efecto: la testigo que no fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el plenario, advertida del contenido del artículo 707 LECrim., opta por declarar y ratifica.
- Tercero. Nulidad de la declaración: la testigo presta declaración no advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el juicio oral, advertida de su derecho, cambia de versión de los hechos, no pudiéndose someter a contradicción, al amparo del artículo 713 LECrim, lo manifestado en la instrucción y, posteriormente, en el juicio por resultar nula la primera declaración.
- Cuarto. Imposibilidad de introducir la primera declaración en el acto de juicio oral al amparo del artículo 730 LECrim.: la testigo que fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar, prestando voluntariamente su declaración, acogándose a su derecho a no declarar en el plenario.
- Quinta. Confrontación de las declaraciones prestadas a la fase de instrucción y juicio oral: la testigo presta voluntariamente declaración en la fase de instrucción, habiendo sido advertida de su derecho a no declarar y en el plenario opta por declarar, rectificando su primera declaración, procediendo someter a contradicción ambas declaraciones conforme a lo dispuesto en el artículo 714 LECrim. A fin de que el Tribunal pueda controlarlas y ponderar la credibilidad que le merece cada una de ellas.

El momento en el que debe ser instruida la presunta víctima de su derecho a no declarar en contra de su marido o compañero, conforme al criterio del TS³⁶, no sólo alcanza al Juez sino, también, a la Policía.

El TS., en S., nº 205/2018, de 25 de abril —Roj.: STS 1629/2018— la posibilidad facultad personalísima tanto del ya mayor de edad como del menor ya maduro, acoge el criterio de que el acogimiento en el momento del juicio oral a la dispensa del deber de declarar impide rescatar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieren efectuado con contradicción o con el carácter de prueba preconstituida.

36. Vid.: SS. TS., Sala 2ª, núms. 662/2001, de 6 de abril —STS 2890/2001— y 385/2007, de 10 de mayo —Roj.: STS 2751/2007—.

La consecuencia procesal de no hacer al testigo dicha advertencia sería la prohibición de la valoración de dicho medio de prueba en aplicación del artículo 11.1 LOPJ³⁷. Su exclusión tan pronto de produzca, en la propia fase de instrucción, en su caso, constituye una consecuencia, entiende ASENCIO MELLADO, «... de eficacia de los derechos exige esa consecuencia que, de negarse, implicaría una mera protección formal e insuficiente. Por tanto, la prueba ilícita no puede producir ningún efecto en el proceso, directo o indirecto, no pudiendo ser degradada a una mera prohibición de valoración. La nulidad de estas fuentes o de los medios mediante los que se articulen, debe ser declarada inmediatamente que sea conocida, pues lo contrario significaría mantener la eficacia en el tiempo de lo que es ineficaz y utilizarla fraudulentamente para servir de soporte a elementos derivados que, salvo un uso desproporcionado de la conexión de antijuridicidad, no deben tampoco producir efectos por así disponerse legalmente (artículo 11.1 LOPJ). Toda resolución, pues, que se apoye exclusivamente en una prueba ilícita debe ser declarada nula inmediatamente»³⁸.

Finalmente cabe referirse a las Acuerdos no jurisdiccionales, de la Sala 2ª, del Tribunal Supremo, pronunciados sobre la materia, a saber:

Acuerdo, de 24 de abril de 2013³⁹ 40, señala: «La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 LECrim, alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos, a que se refiere el precepto.

Se exceptúan:

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o ceses definitivo de la situación análoga al efecto

b) Supuestos en que el testigo está personado como acusación en el proceso.».

Acuerdo, de 23 de enero de 2018⁴¹, señala: «1.— El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 LECrim., impida rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.

37. Vid.: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Guía de criterios de actuación ..., ob. cit., p. 79.

38. La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales. Diario La Ley, nº 8009-2013, p. 1.

39. Vid.: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-24-04-2013--sobre-la-interpretacion-del-art--416-de-la-LECrim> — (consultado el día 1 de marzo de 2024).

40. Vid.: S. TS., Sala 2ª, nº 49/2018, 30 de enero — Roj.: STS 218/2018—.

41. Vid.: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrim> — (consultado el día 1 de marzo de 2024).

2.— *No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim.) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.».*

El Pleno de la Sala 2ª del T.S., en S., nº 389/2020, de 10 de julio —Roj.: STS 2493/2020-⁴² modifica su propia jurisprudencia⁴³ al sostener que las víctimas,

42. La STS cuenta con el voto particular de tres Magistrados formulados por los Magistrados D. Antonio del Moral García y al que se adhiere D. Pablo Larena Conde, D. Andrés Palomo del Arco y D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

En opinión del Magistrado Antonio del Moral García: «... la jurisprudencia debe lucir en la mayor medida posible, dos características que salen maltrechas: estabilidad y claridad. A mi juicio ambas padecen más de lo necesario: la estabilidad, en cuanto se produce un giro de ciento ochenta grados en un tema resuelto unánimemente hace muy poco tiempo por el Pleno y con una grandísima presencia en nuestros órganos jurisdiccionales; la claridad porque al fundamentar la variación se apuntan argumentos que, sin ser refrendados de forma inequívoca, empujan, de manera no deliberada pero real, a buscar y establecer nuevas excepciones del art. 416 LECrim que se derivan naturalmente de los fundamentos que se apuntan como soporte de la decisión adoptada, provocando confusión en el intérprete y en el aplicador del derecho que puede vacilar a la hora de dar o no esos pasos más audaces que no da la sentencia pero que resultan congruentes con su argumentario: si, en unas significativas dosis, la postura de la sentencia mayoritaria se basa, de forma indirecta y más o menos ambigua, en que la víctima no es un testigo cualquiera; o en que la dispensa está pensada en rigor exclusivamente para el tercero testigo y no para la víctima; o que ésta ya ha adoptado una posición al ejercer la acusación particular (¿y al denunciar?), ¿hay razones para reconocer a una víctima o al denunciante —se haya personado o no como acusación particular— la dispensa?

La jurisprudencia no puede petrificarse, ni fosilizarse. Ha de evolucionar; pero más a ritmo de vals que de yenka. Un ritmo trepidante cogerá al justiciable con el pie cambiado como aquí se puede haber visto sorprendido el Fiscal. La predecibilidad del derecho es un valor importante y en ocasiones —y yo me siento también preocupado por esta reflexión— no lo situamos en el lugar que le corresponde: una solución en teoría justa deja de serlo si se aplica desigualmente, según el tiempo, o según el tribunal, o según la composición del órgano, sin que se identifique una razón clara y patente para la desigualdad, no meras opciones interpretativas tan válidas o razonables una como la contraria.».

El voto particular del Magistrado D. Antonio Palomo del Arco pone de manifiesto que: «origina grietas en la conexión de la dispensa con su reconocimiento constitucional», señalando que: «el voto mayoritario trata de evitar, que en los casos de violencia de género, donde la esposa sea la víctima, sufra coacciones para que se acoja a la dispensa o en su caso, renuncie a la renuncia de la dispensa y reste sin pruebas el procedimiento, dado que la mayoría de estos delitos se produce en la intimidad del hogar; pero entiendo, de ahí mi diferente parecer, que: a) dada la conexión de la dispensa con los derechos fundamentales, antes citados, la justificación dada para el cambio jurisprudencial ahora establecido, es insuficiente; no parece factible que con ese nivel de reconocimiento, que al cónyuge que invoque la dispensa y no le sea admitida, sea obligado a jurar o prometer decir verdad y si es el caso, perseguirle por falso testimonio; y b) en nada garantiza el cese de las presiones que trata de evitar, pues quien coacciona para obligar a invocar la dispensa, igualmente estará dispuesto a coaccionar para que la declaración del cónyuge tenga un concreto contenido, que le sea favorable.». Por último, el Magistrado D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina recuerda que: «desde siempre se ha reconocido a todas las víctimas vinculadas familiarmente con el responsable el derecho a la dispensa. Decir lo contrario exige un esfuerzo argumental que no se ha hecho».

«La sentencia no explica tampoco como sortear la reserva de ley que proclama el artículo 53.1 de la CE. (...). Sólo el Legislador tiene la potestad de perfilar el contenido del derecho constitucional y sus límites, respetando, en todo caso, su contenido esencial, cuestión ésta no exenta de dificultades y de directa incidencia en el problema sobre el que se centra este voto particular. Es el Legislador el que debe determinar el núcleo irreducible del derecho frente a aquellas otras facetas que pueden quedar excluidas de protección y las razones de esa diferencia de tratamiento y es el Legislador, en fin, el que debe definir, con criterios de proporcionalidad y valorando los intereses en conflicto, la configuración de ese derecho.».

43. Vid.: HERRERO ÁLVAREZ, S. El ajetreo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio. Diario La Ley, nº 9693-2020, de 10 de setiembre.

en especial las de violencia de género, no puedan recuperar el derecho a no declarar contra su pareja si renuncian a ejercer la acusación particular.

El T.S. recuerda que la dispensa a declarar es un derecho del testigo, pero no se corresponde con derecho alguno del acusado, suponiendo el artículo 416 LE-Crim. el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional dimanante del haz de garantías del artículo 24 CE. *«Es un derecho procesal atribuido a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar.»*.

El T.S. precisa la diferencia entre el testigo que nada tiene que ver con la investigación y el denunciante que resulta ser víctima del delito, precisando que la dispensa cobra todo su fundamento respecto de este por encontrarse en el dilema de tener que poner de manifiesto en la causa detalles que pueden comprometer o perjudicar a su pariente, desoyendo sus lazos de sangre, mientras que en los casos de violencia de género, en donde la mujer denuncia precisamente a su pareja como autor de graves afrentas físicas o psicológicas mediante las cuales ha sido agredida precisamente ella, o a veces sus hijos, por la acción de aquél, la dispensa a la obligación de colaborar con la Justicia, *«carece de fundamento, pues no tiene sentido conceder una dispensa a declarar, a quien precisamente declara para denunciar a su agresor»*, resultando, en algunos casos imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso, por lo que pretender *«que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial.»*.

Lo verdaderamente relevante, que se aborda en la sentencia, es la relativa a la determinación sobre si la dispensa a declarar por los parientes del acusado alcanza a todo tipo de testigos, o están excluidos los denunciante por el delito que se está persiguiendo y eventualmente enjuiciando, que además han ostentado la posición de acusación particular, lo que el propio T.S. reconoce que llevaría a modificar el Acuerdo no jurisdiccional del año 2018.

Con la S. TS, Pleno Sala 2ª, se pone fin al ajeteo jurisprudencial pues, coincidimos con CASTILLEJO MANZANARES de que: *«Una jurisprudencia dubitativa, o cambiante, o contradictoria no es buen derecho por más que se esté adobada con excelentes argumentos o razones siempre convincentes. Tomando prestadas las palabras de una jueza en un famoso pronunciamiento del Tribunal Supremo Americano, 'una decisión que revise una jurisprudencia anterior debe estar justificada por una razón especial que debe ser superior a la simple constancia de que la decisión anterior había sido mal juzgada'». Hacen falta razones cualificadas. No basta la mera discrepancia, o divergencia; o la evaluación entre dos posiciones, bien fundadas ambas, de que no siendo la asumida por los precedentes resulta más convincente en ese momento a quienes componen el órgano judicial»* (Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género). Diario La Ley. (Tribunal), 30 de setiembre de 2020.

Sostiene la incompatibilidad de la dispensa de declarar con la posición del denunciante como víctima de los hechos, *«máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de delito. Y en algunos delitos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso. Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial.»*.

Afirma que la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, reconociendo el T.S, que su estatuto tiene que ser el mismo al abandonar tal posición, sin que exista fundamento para que renazca un derecho que había sido renunciado.

Entiende, en relación a la víctima que decide denunciar a su agresor *«ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado, pues la víctima ya ha resuelto el conflicto que, derivado de su vínculo con el agresor, le permitía abstenerse de declarar contra él; una vez que ha dado ese paso, e incluso ostenta la posición de parte acusadora, no tiene sentido ya recobrar un derecho del que voluntariamente ha prescindido.»*.

Estima que el testigo víctima, *«no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo»*, debiéndose, sostiene el Tribunal Supremo, velarse por su completo asesoramiento acerca su estatuto como testigo o como parte acusadora, de acuerdo con las previsiones del EVD.

Rechaza la posibilidad de acogerse, o no, a la dispensa, a voluntad de la persona concernida, pues ello *«permitiría aceptar sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible»*.

Finalmente, afirma que la dispensa a declarar, por tratarse de una excepción *«debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa.»*.

Entiendo que se trata de una rectificación correcta de la jurisprudencia en aras a la protección de la víctima de delitos de violencia de género. La dispensa a los parientes de declarar, entiende SÁNCHEZ MELGAR que: *«... como tal dispensa puede convertirse en un mecanismo de impunidad en materia de violencia de género, el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, estableció la*

Medida 142, a cuyo tenor, se han de «evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas.»⁴⁴.

La interpretación del artículo 416 LECrim., llevada a cabo por la S. TS., Pleno Sala 2ª, nº 389/2020, de 10 de julio, en línea con una clara perspectiva de género⁴⁵, contribuye a la protección de la mujer en su clara condición de persona vulnerable⁴⁶.

Resulta evidente que la S. TS., inmediatamente citada, ha tenido una clara influencia en la nueva redacción del artículo 416 LECrim., tras su modificación por la D.F. primera. cuatro L.O. 8/2021, 4 de junio, que dispone la dispensa de la obligación de declarar en los términos siguientes:

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

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

(...)

4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

44. Nuevo marco de la obligación de declarar ..., cit.

45. Vid.: LOUSADA AROCHENA, J. F., El enjuiciamiento de género. edit. Dykinson, Madrid 2020, afirma: El enjuiciamiento de género es una metodología de resolución de casos judiciales cuyo entendimiento se debe conectar con la evolución del concepto de discriminación (...): de un concepto clásico construido sobre la idea de comparación entre la situación de los hombres y las mujeres que pretendía resolver la desigualdad exclusivamente con la extensión a las mujeres de los derechos de los hombres; a un concepto moderno construido sobre la idea de subordinación de las mujeres a los hombres a causa de los estereotipos o prejuicios de género que pretende resolver la desigualdad, uniendo a lo anterior medidas transversales para que las aspiraciones, necesidades y preocupaciones de las mujeres sean satisfechas por el ordenamiento jurídico en la misma medida que lo son las de los hombres.» (p. 95)

46. Sin duda la vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes se acrecienta notablemente —vid.: CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. Reflexiones sobre la utilización de sistemas de IA para la identificación u protección de mujeres migrantes víctimas de trata de seres humanos. en «Desafíos del Derecho Procesal del s. XXI (Prueba prohibida, inteligencia artificial y digitalización de la Administración de Justicia» —Pérez-Cruz Martín, A. y Sonia Calaza López, Dtores. y Roca Martínez, J. Mª, Coord.—. edit. Dykinson. Madrid, 2024, pp. 37-39.

5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo»⁴⁷.

El artículo transcrito, entiende MAGRO SERVET⁴⁸, que viene a resolver la duda que en la praxis se podía producir en orden a si era exige para ese decaimiento de la dispensa del artículo 416 LECrim. la actualidad de la personación como acusación particular o, si, por el contrario, una vez personada, había que entender que la víctima había renunciado definitivamente a esa dispensa, para ese momento y para el futuro.

Finalmente, cabe traer a colación los más recientes pronunciamientos del TS (Sala 2ª), de interés con relación al tema que se está abordando, recogidos en:

- S., nº 329/2021, de 22 de marzo (Roj.: STS 1405/2021). Necesidad de que los menores, una vez alcancen un cierto nivel de madurez, sean directamente advertidos de la posibilidad de guardar silencio derivada de su relación de parentesco ex artículo 416 LECrim.. Se sugiere la franja de edad de entre 12 y 14 años para residenciar la presunción madurez, a salvo de que concurran especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura. En este caso se anula el valor probatorio de la exploración que se les realizó en la instrucción, sin ninguna advertencia, y que se incorporó por vía del artículo 730 LECrim. en el juicio oral, cuando ya contaban con 15 y 17 años. Se concluye que, de alguna manera, cuidando de evitar su revictimación y apurando los resortes que el ordenamiento jurídico ofrece a tal fin, se debió, previa ponderación acerca de su capacidad de comprensión sobre el alcance de la dispensa, interesar su parecer respecto al ejercicio del derecho a no declarar en contra de su progenitor, que en caso afirmativo vetaba la posibilidad de que sus previas declaraciones fueran rescatadas.
- S., nº 342/2021, de 23 de marzo (Roj.: STS 1731/2021). El ejercicio de la acusación particular por la madre del menor se limita a la intervención en el proceso sin necesidad del consentimiento de aquel; el ejercicio de acciones se limita a la realización de los actos procesales de parte encaminados

47. La dispensa de declarar se contempla en el artículo 570 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal en los términos siguientes:

«Exenciones a la obligación de declarar por razón de parentesco

1. Están dispensados de la obligación de declarar los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del acusado, sus colaterales consanguíneos o dentro del segundo grado de afinidad, así como su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, aun cuando se haya extinguido el vínculo conyugal o haya cesado la convivencia efectiva.

2. La exención no será aplicable cuando las personas a las que se refiere el apartado anterior hayan aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informadas de su derecho a no hacerlo.».

48. Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y, cit., p. 7.

al ejercicio de la acción ejercitada y no comprende el derecho a la dispensa, que es un derecho constitucional autónomo, por más que se ejerza dentro del proceso. Si el menor tiene suficiente madurez hay que ofrecerle el artículo 416 LECrim.

- S., nº 485/2021, de 3 junio —Roj.: STS 2248/2021—, siguiendo, entre otras, a la S. TS., Sala 2ª, nº 385/2007, 10 de mayo —Roj. STS 2751/2007—, se adscribe al deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el artículo 416 LECrim., el cual alcanza no sólo al juez sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el TS determinó que tal omisión acarrearba la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado. En el mismo sentido, la S. TS., Sala 2ª, nº 101/2008, 20 febrero —Roj.: STS 685/2008—, declaró la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial, por no haber sido advertida por la policía ni por el juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio oral.
- S., nº 752/2021, de 6 octubre —Roj.: STS 3745/2021—, ha expresado que el legislador, no solamente ha recogido la doctrina resultante de la S. TS., Sala 2ª, nº 389/2020, de 10 julio, sino que ha ampliado los supuestos de exención de la obligación de declarar frente a determinados parientes, a cinco situaciones, que suponen una mayor esfera de protección a la víctima y a los menores, en consonancia con los fines de la L.O. 8/2021, de 2 de junio⁴⁹, a saber.

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

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

49. Cfr.: SÁNCHEZ MELGAR, J. Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio —<https://elderecho.com/nuevo-marco-de-la-dispensa-a-la-obligacion-de-declarar-a-proposito-de-la-ley-organica-8-2021-de-4-junio> (consultado el día 1 de marzo de 2024).

- 1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.
- 2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- 3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.
- 4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.
- 5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo»⁵⁰.

- S., nº 453/2023, de 14 de junio (STS 2632/2023) señala que: «Y dicha advertencia previa no se le realizó tampoco en el acto del juicio oral. En este caso, sin embargo, la misma no era preceptiva, conforme a la interpretación jurisprudencial que, nuevamente en consideración a la finalidad de la dispensa, ha venido proclamando que la misma no puede ser ejercida por quien actúa en el procedimiento como acusación particular, situación procesal que ya ostentaba (la testigo) al tiempo de celebrarse el plenario. Resulta fácil comprender que si lo que se pretende es evitar que el testigo se vea compelido a prestar declaración, con verdad, bajo apercibimiento de incurrir en un posible delito de falso testimonio y en eventual perjuicio de una persona a la que se encuentra particularmente vinculado, dicho fundamento desaparece por entero cuando, precisamente, el testigo se encuentra ya ejercitando la acusación contra él en ese mismo procedimiento. ¿Qué interés legítimo del acusador podría protegerse autorizándole a no declarar en perjuicio de aquél a quien él mismo acusa?. Ello sin contar con que, de admitirse en tales casos la posibilidad de acudir a la dispensa, se vería privado el acusado mismo de interrogar a aquél que, sin embargo, dirige contra él en el proceso una pretensión punitiva.».

El TS afirma que: «... cualquier limitación de un derecho de reconocimiento constitucional debe ser objeto de una interpretación restrictiva, nuestra jurisprudencia sostenía que la facultad de abstenerse se recuperaba tan pronto como el testigo desistiera de su pretensión punitiva. Así lo reflejó la Sala en su Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 28 de enero de 2018, en cuyo punto 2 establecía que: 'No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art. 416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición', posicionamiento que se sustentó en la recién-

50. Vid.: D.A. Final 1.4

te sentencia del TS 205/2018, de 25 de abril. Sin embargo, por sujeción al principio de tutela de las víctimas frente al delito y frente a cualquier tipo de extorsión que pueda derivarse del ejercicio tuitivo de la acción penal, nuestra más reciente jurisprudencia modificó el posicionamiento de la Sala y en la Sentencia de Pleno de la Sala Segunda 389/2020, de 10 de julio, recogimos el posicionamiento que actualmente se impone (en) el art. 416.1.4.^a de la LECRIM, excluyendo el derecho de dispensa para aquellos testigos-parientes que hayan estado personados en el procedimiento como acusación particular en cualquier momento, aun cuando ya no ejerciten la acción penal».

3. Conclusión

La STS., Sala 2^a, nº 389/2020, de 10 de julio supone una mayor protección de la víctima en delitos de violencia de género, gracias al enjuiciamiento llevado a cabo desde las perspectivas de género y vulnerabilidad que adopto en TS en la citada sentencia.

La reforma del artículo 416 LECrim. supone un gran avance recoger lo acordado por el TS en su más reciente jurisprudencia, que ha venido a integrar una mayor protección de las víctimas de violencia de género en línea con una perspectiva de vulnerabilidad del enjuiciamiento, tomando en consideración la vulnerabilidad de la mujer en las situaciones de violencia de género.

Igualmente, entendemos correcto que la S. TS., Sala 2^a 389/2020, de 10 de julio, correcta la opción de valoración de la declaración que la testigo en atención a que ya no era esposa del acusado cuando compareció en el plenario a prestar declaración y dándose además la circunstancia de que incluso a la fecha de comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento ya se encontraban en trámites de divorcio y que el procedimiento precisamente fue iniciado con su denuncia, se considera que su testimonio ha de considerarse válido a efectos probatorios y por ello pudo ser valorado por los miembros del Tribunal de Jurado, descartándose cualquier incursión en campo de la prueba prohibida en los términos expuestos en el Epígrafe I del presente trabajo.

4. Bibliografía

- ARMENTA DEU, T. Prueba ilícita y regla de exclusión: perspectiva subjetiva en «Derecho probatorio y otros estudios procesales». —AA. VV. y José M^a Asencio y Alba Rosell Corbelle, coords.—. edit. Castillo de Luna. Madrid, 2020.
- ASENCIO MELLADO, J. M^a, Prueba prohibida y prueba preconstituida. edit. Triivium. Madrid, 1989.

- ASENCIO MELLADO, J. M^a La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales (2013). Diario La Ley, nº 8009-2013.
- ASENCIO MELLADO, J. M^a., Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en la fase de instrucción penal (Respuesta al Prof, GIMENO SENDRA). Diario La Ley, nº 8026-2013.
- ASENCIO MELLADO, J. M^a., La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales. Diario La Ley, Nº 8009-2013.
- BECEÑA GONZÁLEZ, F., Notas de Derecho Procesal Civil. Litografía E. Nieto. Madrid, 1932.
- BUENDIA RUBIO, M^a C., La prueba ilícita penal: el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. provisión de la prueba violentando derechos o libertades fundamentales. Drets. Revista valenciana de Reformes Democràtiques. edit. Generalitat Valenciana. Valencia, nº 2-2016.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., La dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim., a debate», en La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista —AA. VV. y J.A. Ramos Vázquez, y E. M. Souto García, Coords.—. edit. Comares, Granada, 2010.
- CACHÓN CADENAS, M., Francisco Beceña. Un procesalista de primera hora. edit. Atelier, Barcelona, 2017.
- CACHÓN CADENAS, M., Introducción al Enjuiciamiento civil. edit. Atelier. Barcelona, 2021.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELLA, A., Reflexiones sobre la utilización de sistemas de IA para la identificación u protección de mujeres migrantes víctimas de trata de seres humanos. en «Desafíos del Derecho Procesal del s. XXI (Prueba prohibida, inteligencia artificial y digitalización de la Administración de Justicia» —Pérez-Cruz Martín, A. J. y Calaza López, Dtores. y Roca Martínez, J. M^a, Coord.—. edit. Dykinson. Madrid, 2024
- CASTILLEJO MANZANARES, R., Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género). Diario La Ley. (Tribunal), 30 de setiembre de 2020.
- COUTURE, E. J., Prólogo a la obra de GOLDSCHMIDT, J. Problemas generales del Derecho. —Obra póstuma—. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1944.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Algunas ideas sobre la prueba ilícitamente obtenida. en «Derecho Probatorio y otros Estudios procesales. *Liber Amicorum* Gimeno Sendra.» edit. Castillo de Luna, 2020.
- FUENTES SORIANO, O. La prueba prohibida aportada por particulares, a la luz de las nuevas tecnologías en «Derecho probatorio y otros estudios procesales». —AA. VV. y José M^a Asencio y Alba Rosell Corbelle, coords.—. edit. Castillo de Luna. Madrid, 2020 (2020).

- GIMENO SENDRA, V. La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio). *Diario La Ley*, nº 8021-2013.
- GIMENO SENDRA, V., La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. Asencio. *Diario La Ley*, nº 8027-2013.
- GOLDSCMIDT, J., Principios generales del proceso. Vol. II. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1961.
- GUASP DELGADO, J., Derecho Procesal civil. 3ª ed. corregida. Tomo Primera (Introducción y Parte general). edit. Instituto de Estudios. Madrid, 1968.
- HERRERO ÁLVAREZ, S., El ajetreo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio. *Diario La Ley*, nº 9693-2020, de 10 de setiembre.
- LAGUNA PONTANILLA, G., Claves Prácticas de los procesos por violencia de género. edit. Aranzadi. Pamplona, 2016.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., El enjuiciamiento de género. edit. Dykinson, S.L., Madrid 2020.
- MADRID-BOQUIN, C. M., La prueba prohibida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: luces y sombras del caso *Zherdev c. Ucrania*. Revista de Estudios Europeos. Edit Universidad de Valladolid. Valladolid, nº —extraordinario monográfico 1-2017.
- MARCHENA GÓMEZ, M., Prueba ilícita y reglas de exclusión: los matices introducidos por la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia 116/2007, de 23 de febrero —caso Falciani—. en «Derecho probatorio Derecho y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum» —AA. VV. y José María Asencio Mellado y Alba Rosell Corbelle, coords.- edit. Castillo de Luna, Madrid, 2020.
- MIRANDA ESTRAMPES, Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada. edit. Marcial Pons. Madrid, 2019.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. y RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., Guía Bibliográfica de Derecho Procesal. 5ª ed. edit. Andavira. Santiago de Compostela (A Coruña), 2009.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., ÁLVAREZ ALARCÓN, A., SEOANE SPIEGELBERG, J. L. y RODRÍGUEZ TIRADO, A. Mª—. Derecho procesal civil. Vol. 1. 4ª ed. Ed. Andavira. Santiago de Compostela (A Coruña), 2013.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., A propósito de la entrega por particulares de elementos de prueba decisivos. en «Procesos y Prueba prohibida» —AA.VV. y José Mª Roca Martínez, Dtor.—. edit. Dykinson, Madrid 2022.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. Prueba prohibida y principio de buena fe. Expansión y reducción del planteamiento jurisprudencial en torno a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida. en «Principios procesales para una Justicia actual» —AA.VV., Yolanda De lucchi López-Tapia y Antonio Mª Lara López, Dtores. y Andrea Spada Jiménez, Coord.- edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2023.

- RIVES SEVA, P., Reflexiones sobre el efecto reflejo Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita —www.noticias.juridicas.com, Diciembre 2010 (consultado el día 2 de marzo de 2024)—.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio —<https://www.elderecho.com/nuevo-marco-de-la-dispensa-a-la-obligacion-de-declarar-a-proposito-de-la-ley-organica-8-2021-de-4-junio> (consultado el día 1 de marzo de 2024).
- SÁNCHEZ MELGAR, J., Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio —<https://elderecho.com/nuevo-marco-de-la-dispensa-a-la-obligacion-de-declarar-a-proposito-de-la-ley-organica-8-2021-de-4-junio> (consultado el día 1 de marzo de 2024).
- SÁNCHEZ MELGAR, J., Prueba prohibida y sanción por comportamientos ilícitos. en Roca Martínez, J. M^a, Dtor.- y AA. VV.- Procesos y prueba prohibida. Ed. Dykinson. Madrid, 2022
- SASSOFERRATO, B. de., Commentaria in primam Codicis partem. Electronic edit. Düsseldorf. Universitäts- und Landesbibliothek, 2011.
- SIMARRO PEDREIRA, M., Prueba prohibida: un dilema y algunas paradojas. Análisis de perspectiva. (Tesis Doctoral). edit. Universidad de León, León, 2019.
- TARUFFO, M., Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2010.
- VILLAMARIN LÓPEZ, M^a L., El derecho a no declarar de las víctimas de violencia de género a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Supremo. Foro, 2019, Vol. 22, n^o 1.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-24-04-2013--sobre-la-interpretacion-del-art--416-de-la-LECrim-> (consultado el día 1 de marzo de 2024).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrim-> (consultado el día 1 de marzo de 2024).

XXI | La Constitución y el sistema penal y procesal

Gonzalo Quintero Olivares¹
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: 1. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PENAL. 2. LOS «GRANDES PRINCIPIOS PENALES» Y LA CONSTITUCIÓN. 3. LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES PROCESALES PENALES. 4. LA CONSTITUCIÓN Y LA TEORÍA DEL DELITO. 5. LAS PENAS.

1. La Constitución y el derecho penal

En la Exposición de Motivos de la [Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre](#), con la que se promulgó el vigente Código Penal se hacía expresa mención al carácter del Código como «Constitución negativa». Se trata de una idea que en su momento tuvo éxito entre la doctrina, y por esa vía llegó al legislador que lo incorporó a la E. de M. Transcurridos 46 años desde la entrada en vigor del Código podemos preguntarnos si esa expresión significa algo o si sirve para algo, pues es una manera de referirse al CP que todavía hoy sigue utilizándose con cierta frecuencia.

Hay una idea primaria y básica que nadie discute: ni en el derecho penal ni en el derecho procesal penal puede tener cabida norma alguna que sea incompatible con la Constitución. Si se quiere decir que entre el derecho penal y la Constitución debe haber una relación de coherencia y armonía, no habrá ningún obstáculo en admitir esa declaración como un modo plástico de expresar un ideal. La Constitución ofrece sin duda el marco jurídico fundamental, pero eso no quiere decir que todas y cada una de las disposiciones constitucionales hayan de tener una traducción en una norma penal, puesto que muchas de las

1. Este trabajo es mi aportación al merecido Libro Homenaje que se ofrece al Profesor Manuel J. Cachón Cadenas, Catedrático de Derecho Procesal, con motivo de su jubilación.

normas constitucionales están destinadas a funciones en todo ajenas a las cuestiones penales.

Si se plantea la cuestión en sentido inverso, a saber, que todas las normas penales y procesales deben ser acordes, no contradecir, a la Constitución, se dirá sin duda una verdad, pero una verdad de tan grande simpleza que apenas pasa de ser una obviedad. Tomemos un ejemplo, cual es el caso del aborto. La declaración constitucional sobre el derecho a la vida no evitó la polémica sobre lo que el legislador penal puede hacer en relación con el delito de aborto que duró hasta la Sentencia de STC 44/2023, de 9 de mayo, esto es 45 años después de la promulgación de la Constitución. Se dirá que se entremezclaron cuestiones ideológicas y religiosas, pero eso forma parte también de la problemática que entraña la consecución de la vigencia material de una Ley.

Por eso mismo se han planteado problemas similares en relación con temas como la libertad religiosa, los derechos a la intimidad y el honor, el derecho a difundir información, las potestades del Gobierno en relación con el control de sus actos por los Tribunales, la desproporción de las penas, la reinserción de los condenados, o, yendo a temas más específicos, el sentido que tienen las declaraciones constitucionales sobre el suelo y el medio ambiente en relación con la regulación legal de los delitos que afectan a esos bienes. En todos esos casos, y otros muchos, es inútil esperar una pauta contundente e inequívoca en la Constitución, la cual solo ofrecerá un fundamento que, antes o después deberá ser objeto de análisis en relación con sus consecuencias y sus límites, tarea que corresponde, pero no en exclusiva, al Tribunal Constitucional.

He mencionado algo que no se debe olvidar: el sentido o significado de las leyes depende, entre otras cosas, de los criterios o posiciones doctrinales sobre los problemas penales, y, en función de eso, se podrá apreciar o no una contradicción entre Constitución y Ley penal. Por ejemplo: para quienes consideran que la agravación de la pena por reincidencia, tal como está regulada en el derecho penal español, implica una violación del principio *non bis in idem*, y que, a su vez, ese principio está reconocido en la Constitución como parte indisociable del principio de legalidad.

La idea de la Constitución «negativa» ha de manejarse, pues, con sumo cuidado, porque no es una verdad indiscutible, además de que reduce el sentido de la Constitución en su relación con el derecho penal, a la vez que simplifica en exceso la función propia del derecho penal. Las normas jurídicas, y las penales no son una excepción, son, tras su nacimiento, objeto de valoración y de aprecio, o son incomprendidas o censuradas. Su capacidad de influencia en la conciencia de las personas es impredecible, y depende de que su *ratio essendi* sea compartida.

La continuidad jurídica entre la Constitución y las leyes penales no es más que un presupuesto o un *desiderátum* que anuncia simplemente una regla de trabajo esencial e intangible: la interpretación de las leyes penales, necesaria para la construcción de un sistema jurídico, no puede nunca producir resultados que no se avengan con las declaraciones constitucionales, lo que, a su vez, nos devuelve al problema antes mencionado: el significado no unívoco que pueden tener esas declaraciones.

Si la idea de «Constitución negativa» fuera cierta, y se llegara al punto de olvidar que el derecho penal tiene sus propias normas interpretativas, daríamos en la ingenua creencia de que es suficiente analizar las leyes penales con una lectura simultánea de la Constitución para comprender lo que con esas leyes se pretende. Y eso no es posible, entre otras cosas porque también la Constitución, en igual o superior medida que el derecho penal, necesita de una constante interpretación.

Por lo tanto, esperar la solución a toda duda en la construcción del sistema penal con la sola lectura de la Constitución es impropio de una metodología rigurosa en el análisis del derecho positivo, sin perjuicio del problema de la existencia de un monopolio en la interpretación a cargo de los Tribunales penales.

2. Los «grandes principios penales» y la Constitución

He dicho antes que la ciencia penal tiene dificultades para encontrar el respaldo constitucional para algunos conceptos que doctrinalmente se califican como esenciales o nucleares. Hay que partir de una prudente reflexión, a saber: no contrariar a la Constitución no significa que un concepto penal, doctrinal o dogmático, pueda y deba tener necesariamente un asidero constitucional.

La coherencia entre Constitución y principios fundamentales del Derecho Penal es resuelta por una parte de la doctrina con cierta facilidad, aunque tal vez excesivamente abstracta: como la CE proclama a España como Estado social y democrático de Derecho, y como los principios nucleares del Derecho penal tienen su razón de ser en esa clase de Estado precisamente, basta con acudir a esa declaración para dar por despejada la cuestión. Pero esa solución, que se reduce a utilizar el concepto de Estado social y democrático de Derecho como cajón de sastre en el que se pueden residenciar toda clase de explicaciones y fundamentaciones, es de utilidad relativa, especialmente porque tampoco existe un consenso doctrinal en torno a lo que significa y supone esa forma de Estado, ni, menos aún, las consecuencias para el derecho penal, más allá de algunas ideas sobre la tutela de derechos sociales constitucionales o rechazo a las normas punitivas que abiertamente impidan la reinserción.

Hay principios penales esenciales como el de legalidad (y con él la tipicidad) o el de prohibición de la retroactividad de lo desfavorable, con claro respaldo constitucional. Pero eso no se puede decir, al menos con la misma rotundidad, de otros a los que se concede doctrinalmente la máxima importancia, como pueden ser el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de intervención mínima, extrema ratio, culpabilidad, proporcionalidad. De esos principios se puede tratar tan solo cuando se produce un debate legislativo, pero fuera de esa oportunidad es claro que no se pueden someter a verificación en clave constitucional, aun en el caso de que una ley penal los transgrede, y la razón es, simplemente, la falta de una posible fundamentación constitucional.

Así las cosas, el penalista llega a cuestionarse la utilidad o validez real de unos principios cuya violación no genera, en principio, consecuencia alguna. Más aún: el TC se ha pronunciado sobre la cuestión señalando la soberanía del legislador como argumento definitivo en relación con cuestionamientos del respeto a algo tan importante como la proporcionalidad entre pena y hecho, y solo es un ejemplo. La doctrina es antigua, pues se sienta ya en la en la STC de 2-10-de 1997, en la que se recuerda «...la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo».

En el ejercicio de dicha potestad, añadía la STC 55/1996, el legislador puede decidir lo que estime oportuno en orden a conseguir los efectos de prevención general o especial, pues «...goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (?)».

De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad» que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que «ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines, inmedios a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que

se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena».

Una lectura crítica de ese fallo del TC, que marcó doctrina, conduce a una conclusión desalentadora: el legislador puede hacer lo que quiera en cada caso. Unas veces, porque considerará que la pena señalada es la justa retribución, otras porque querrá alcanzar un efecto intimidatorio, y otras, en fin, porque desea satisfacer una demanda social de castigo (las «convicciones sociales» sobre la adecuación entre delito y pena), que puede ser ajena tanto a la gravedad como a la necesidad de prevención. De esa manera las ideas de retribución, prevención general, prevención especial y, sin decirlo, el populismo, tendrían cabida en la Constitución, que, por sí misma, ningún criterio impone.

Ahora bien, es posible que la ambigüedad del texto constitucional sea criticable, pero tampoco hay que caer en otro exceso, como sería lo pretendido por algunos penalistas que han lamentado que la Constitución no contenga unas declaraciones de principios penales más específicas. Esa pretensión *no es razonable*, pues incluir declaraciones de esa índole no es la misión de la Ley Fundamental, sino solo fijar mínimos esenciales. Los principios penales tenidos como irrenunciables para la cultura jurídica de nuestro tiempo han de ser simplemente parte de nuestro patrimonio cultural y político.

Eso no impide ubicar en la Constitución bases suficientes para todos esos principios, pero con alguna importante reserva, pues de un principio general que se estima incluido en la Constitución, nunca se podrá deducir una solución directamente aplicable a un problema específico, ni tampoco puede sostenerse la inconstitucionalidad de una ley penal aduciendo la violación de esos principios tenidos por esenciales.

De todo ello se puede deducir una conclusión importante: no existe ni hay que pretenderlo, una coherencia absoluta entre el CP y la Constitución, comenzando porque no es posible asignar al CP una concreta y exacta caracterización jurídica. Queda abierta, claro está, la posibilidad de que una Ley penal no sea compatible con la Constitución, pero eso, en su caso, se tendrá que demostrar ante el TC, que, hasta ahora, en su ya larga historia, apenas ha cuestionado ley penal alguna.

Los Tribunales penales *pueden y deben* interpretar las leyes penales y procesales a la luz de la Constitución, invocando directamente los preceptos de ésta que entiendan convenientes al caso enjuiciado. Esa interpretación la harán en uso indudable del monopolio de la jurisdicción que ellos ostentan. Pero, en cambio, no dispondrán de la última palabra en esa interpretación si la misma ha sido residenciada en un precepto constitucional, cuyo alcance último puede

ser establecido únicamente por el Tribunal Constitucional, sin entrar en las cuestiones concretas relativas a cuándo, cómo y quién puede comparecer ante el TC en demanda de que se revise una sentencia de los Tribunales penales.

La interpretación de la legalidad ordinaria, realizada prescindiendo de la Constitución, puede llevar a resultados que pugnen con los principios y normas de la Constitución. En ese caso la posible inconstitucionalidad de la sentencia dará lugar a un fallo del TC que inmediatamente producirá un efecto transformador del significado de la ley penal. Pero esa posibilidad depende a su vez de que la infracción constitucional pertenezca al catálogo de las que pueden justificar la actuación del TC. Cabe, por lo tanto, la intangibilidad de sentencias que ofendan, por ejemplo, lo dispuesto en el art.9.3 CE, de tanta importancia para el derecho penal, que no puedan ser revisadas.

Por esas mismas razones se puede comprender que muchas decisiones de carácter político-criminal, que pueden ser discutibles o inaceptables para muchos, no pueden tampoco dar lugar a una acción ante el Tribunal Constitucional. La reforma de los delitos contra la libertad sexual que se produjo el año 2022, seguida de otra reforma en 2023, provocó grandes debates, especialmente la supresión de la distinción entre agresiones y abusos sexuales. Pero nada de eso tenía alcance constitucional, sin perjuicio de la gran importancia que tenían las cuestiones implicadas. Y la razón es siempre la misma: la Constitución puede marcar límites, pero fuera de esas fronteras el legislador es libre de seguir una determinada política criminal a través de las leyes que promulga.

3. La Constitución y las leyes procesales penales

Tanto o más que en las leyes penales ha sido la influencia de la Constitución en las leyes procesales penales, a pesar de que tras los muchos años transcurridos desde 1978 *seguimos sin tener el tantas veces prometido Código Procesal penal*, lo cual es incomprensible atendida la abundancia de decisiones del TC sobre cuestiones procesales. Pero se han cruzado problemas de fondo que no se han resuelto y que no hay visos de que vayan a solucionarse.

La Constitución española no marcó un modelo de proceso penal, pues ni ese era su cometido ni existe una clase de proceso necesariamente unido a un texto constitucional. Pero hizo una serie de declaraciones y reconocimientos de derechos: a la presunción de inocencia, a no confesarse culpable, a no declarar contra uno mismo, a obtener la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías, a utilizar cuantos medios de prueba sean precisos, al juez natural determinado por la ley, a no sufrir dilaciones injustas. Estos derechos, a su vez, se enmarcaban en declaraciones superiores, como son las que

atañen al principio de legalidad, a la irretroactividad, a la reserva de ley en materia penal, a la seguridad jurídica.

Ese amplio conjunto de declaraciones de la Constitución de 1978 supuso, como es lógico, una revolución para una Ley de Enjuiciamiento criminal de 1882, pues la auténtica veracidad de las promesas constitucionales sobre una sociedad y los derechos individuales se comprueba definitivamente con ocasión del proceso penal. Es fácil el reconocimiento de derechos, libertades y garantías abstractas, pero lo realmente difícil es organizar el modo respetuoso de restringirlas con motivo del proceso o con ocasión del desarrollo de una investigación sin ofenderlas. Es en ese momento, cuando el ciudadano se enfrenta al poder del Estado, cuando es preciso equilibrar la grave desproporción de fuerzas entre uno y otro.

No debe extrañar la interpretación, para algunos hipergarantista, que de la Constitución ha hecho el Tribunal Constitucional en relación con diferentes cuestiones procesales, pues todas ellas están inspiradas en lo que algunos resumen diciendo que «la democracia es ante todo forma»— frase un tanto hueca — y que en esencia se orienta a hacer efectivo el patrimonio político subjetivo en el momento en que más peligro puede correr.

De la interpretación del art.24.1 CE, que engloba la presunción de inocencia y el derecho a obtener la tutela judicial proceden buena parte de los cambios del orden procesal. Por ejemplo, han nacido principios obligatorios para el proceso penal, pese a que no siempre sean cumplidos, que afectan a la obligatoriedad de la prueba y de la manera que ésta ha de practicarse, a la prisión provisional, su fundamento y sus límites, la doctrina sobre la obligatoria motivación de las resoluciones, la proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales, el derecho al acceso a la jurisdicción, el derecho a la defensa contradictoria, el derecho a la prueba., la carga de la prueba. Ninguna de esas cuestiones aparecía resuelta en la legislación procesal ordinaria.

Sorprende, una vez hecha esta reflexión que puede ser, creo, fácilmente compartida, la falta de sensibilidad que los legisladores españoles han tenido desde 1978 hasta nuestros días, pese a que la tarea ha sido ya preparada por la labor del Tribunal Constitucional. La jurisprudencia del TC ha obligado, muchas veces de prisa y corriendo, a adaptar el proceso en su más amplio sentido (prueba, acusación, información, asistencia letrada, etc.) e incluso la organización judicial (creación de los Juzgados de los Penal a raíz de la jurisprudencia que declaró que un instructor no podía juzgar) sin que el legislador hubiera previsto que esas interpretaciones se podían producir. Al contrario, todavía hoy persiste la vigencia de la vieja ley de Enjuiciamiento criminal sin que se atisbe sig-

no alguno de que se vaya a proceder por fin a la elaboración de un Código procesal penal.

Las razones que explican esa atonía legislativa en materia procesal, y también el modo casi traumático de lo poco o mucho en que se ha producido la reforma del proceso, son difíciles de adivinar, pero creo que se pueden situar algunas de cierto interés. Tras inaplazables medidas como fueron, hace ya muchos años, como la regulación del derecho a la asistencia de abogado desde el momento de la detención y alguna más, hasta el año 2000 el interés corporativo judicial se centró y concentró en la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985) y en la Ley de Demarcación y Planta Judicial (1988). Ambas Leyes, muy importantes, por supuesto, eran de derecho orgánico judicial.

Las reformas del proceso penal se iban realizando a golpe de sentencias del TC, y la resistencia a promulgar una nueva Ley se justificaba aduciendo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 era un monumento liberal y garantista difícilmente superable, a diferencia de lo que sucedía con las leyes penales substantivas producidas durante el franquismo.

Esa idea era solo vagamente cierta, esto es: en la Ley de Enjuiciamiento no era visible el marchamo del franquismo como lo era en el Código penal, pero ahí terminaba el argumento a favor de sus bondades. La jurisprudencia del TEDH se fue incorporando paulatinamente, así como la propia interpretación de la Constitución, todo lo cual puso de manifiesto la incompatibilidad entre principios nucleares de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el desarrollo procesal de la Constitución.

Posiblemente el factor más determinante en contra de la promulgación de una nueva Ley de Enjuiciamiento criminal (o Código procesal penal) fue *y sigue siendo* la resistencia a un cambio absoluto en el modelo de proceso, que venía siendo inquisitorio en la instrucción y acusatorio en el plenario, y en buena medida sigue siéndolo, por parte de un sector amplio de la judicatura, abiertamente opuesto a un modelo básicamente acusatorio al modo de la mayoría de los sistemas procesales europeos.

El proceso penal español continua, cuarenta y seis años después de aprobarse la Constitución, pendiente de encontrar un marco constitucional y técnico claro. Tan solo la incorporación de la Ley del Tribunal de Jurado en 2014 merece la consideración de cambio fundamental, pese a sus limitaciones y sus abundantes defectos técnicos. Sin duda concurren intereses políticos coyunturales e inconfesables, pero el resultado final es desalentador: ni el modelo de proceso consigue clarificarse en la única dirección compatible con la ya mencionada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el principio acusa-

torio) ni se resuelve la definitiva configuración del estatuto del Ministerio Fiscal, pero ese es otro problema que tiene sus propias aristas²

Críticamente se ha dicho que el principio acusatorio va acompañado del monopolio del Fiscal en la acusación, pues no es discutible «históricamente» que la aparición del principio acusatorio, hecho considerado «conquista», va ligada a la atribución de su ejercicio exclusivamente al Ministerio Público. Siendo así, resulta incompatible un modelo acusatorio compartido entre el acusador público y, en pie de igualdad, con acusaciones ejercidas por particulares sean o no personas ofendidas por el delito. Pero entonces surge la objeción basada en la impotencia del ciudadano que espera el nacimiento o impulso de un proceso penal y contempla la inactividad del Ministerio Público, o, incluso, la actuación sectaria del Fiscal. Ante esa posibilidad, la implantación del principio acusatorio debería ir acompañada de la previsión legal de una vía de solución del conflicto entre quienes exijan la incoación o continuidad de un proceso penal y el criterio contrario del MF, conflicto que solo podría resolverse ante el Tribunal competente para el caso, que decidiría sobre la procedencia del proceso o lo contrario. Pero hoy por hoy todo eso es ciencia ficción.

El temor de los Partidos a provocar el enfado de la judicatura, al menos durante mucho tiempo, unido a la dificultad intrínseca que encierra un debate profundo sobre el modelo de proceso, quizá explican también el que los sucesivos gobiernos hayan prescindido de intentarlo seriamente, si bien ha habido importantes intentos de hacerlo, como fueron el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y el proyecto de Código procesal penal de 2013³. Finalmente, en noviembre de 2020 fue aprobado el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por el Consejo de Ministros, sin que haya llegado todavía a Ley.

4. La Constitución y la teoría del delito

Posiblemente la teoría del delito sea uno de los monumentos científicos más apreciados por los penalistas, pues constituye la base de estudio de las institu-

2. Porque no se limita al tema de la plena realización del principio acusatorio, sino que tiene que entrar en algo igualmente complejo, cual es la organización del MF y su funcionamiento interno, en donde se ubica el delicado tema de la relación de jerarquía o subordinación, cuestión en la que no entraré porque se aleja demasiado del tema de estas páginas.

3. Tras la publicación del Anteproyecto de 2011 se decidió (2 de marzo de 2012) crear para que elaborara un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal. De los trabajos de esa comisión resultó la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013. En dicha Propuesta se decía que era ineludible la promulgación de un Código Procesal penal, y, añadía, que era preciso encomendar la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal. Pero aquella Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 no llegó a plasmarse en un texto prelegislativo.

ciones centrales del derecho punitivo. Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, como conceptos, son una creación esencialmente atribuible a la dogmática, en cuanto técnica de interpretación y sistematización del derecho positivo que a su vez pretende conectar éste con los valores y principios sociales y *constitucionales*. Es pues comprensible que el penalista se pregunte si en la Constitución española, con sus consecuencias para todo el ordenamiento, existe base suficiente para sostener que la tipicidad, la antijuricidad, y la culpabilidad son elementos del delito que deben concurrir en todo caso por imperativo constitucional.

Es común al derecho penal la utilización de conceptos o categorías que gozan de abierto reconocimiento en la literatura jurídica y, en cambio, apenas encuentran un fundamento normativo preciso y evidente en el derecho positivo. Otro fenómeno usual en nuestra cultura jurídica —sin que ello quiera decir que sea negativo— es que esas mismas instituciones y conceptos demuestran una especie de vida propia que no excede del mundo académico, en el extremo contrario, son meras alusiones retóricas que se dan por sabidas o que no necesitan especial prueba.

Cabe preguntarse, por lo tanto, si esas instituciones tan importantes para el derecho penal científico desarrollan una función superior a la simple de asignación de naturaleza a algunas figuras concretas del derecho positivo, o si son conceptos verdaderamente asentados en el sistema. Si se toma la primera explicación, la culpabilidad, y es el ejemplo más visible, únicamente será válida para dar razón de ser a algunas normas (ciertas eximentes y atenuantes, las referencias que algunos tipos hacen a la posibilidad de obrar, las reglas sobre los efectos del error de prohibición). Pero si fuera posible ver en ella una base *constitucional* y *vinculante* su papel sería indudablemente mayor.

Otro tanto sucedería con la tipicidad —que en cuanto a lo objetivo puede verse como plasmación efectiva del principio de legalidad penal— y la antijuricidad, que nos deja la incertidumbre sobre la virtualidad de la que llamamos antijuricidad *material*, cuya importancia es central en el estado actual de la teoría del delito. Es evidente que esa teoría se ha desarrollado al margen de la evolución de las Constituciones españolas, sobre todo porque durante una muy larga época de su desarrollo España no ha vivido bajo el imperio de una Constitución⁴. En España, por lo tanto, durante muchos años se ha explicado la teoría del delito sin invocar a la Constitución.

4. Basta con restar del siglo XX los años de la Dictadura de Primo de Rivera y los del franquismo. Si se considera que la moderna teoría del delito se desarrolla a partir de las dos primeras décadas del siglo se comprende fácilmente que la ciencia penal española no haya buscado engarces entre sus propuestas y un orden jurídico-positivo superior a la ley penal.

Puede incluso decirse que el pensamiento penal ha desarrollado intelectualmente sus propias categorías, como si estas existieran al margen del resto del Derecho e, incluso, en algunas ocasiones, de la historia y la realidad política, dando lugar a la aparición de un sistema separado, frecuentemente caracterizado por el hermetismo y al tono críptico, como, con razón, han señalado los que critican a los penalistas que viven encerrados en las cómodas y frágiles paredes del método dogmático como único sendero por el que puede transitar su limitado pensamiento, pese a la apariencia científica que pueda desprenderse del abuso de un lenguaje reservado a iniciados.

En descargo y defensa del dogmatismo puede decirse que en muchos casos se explica como un modo de defensa a ultranza del principio de legalidad y la seguridad jurídica, al ser el método dogmático el que proporciona un conocimiento más exacto y exhaustivo de unas normas, las penales, que proponen la aplicación de las más severas consecuencias que el derecho conoce. Por eso es justo reconocer que la dogmática penal, prescindiendo de los excesos, mayoritariamente ha luchado por fortalecer al individuo frente al omnímodo poder del Estado, y es también en su modo una *expresión de la lucha por el Estado de Derecho*, muchas veces de modo voluntarista y a pesar de la contraria realidad del sistema legal, tantas veces disonante respecto de las reivindicaciones de los juristas.

Científicamente el derecho penal no se explica con un ataque permanente en la Constitución, pero la ideología penal necesita encontrar en ella alguna cobertura, puesto que, solo así se puede alcanzar la coherencia y la integración en el conjunto del Ordenamiento jurídico. Se comprende así la preocupación con la que la ciencia penal, o al menos una parte de sus cultivadores, nota la falta de un respaldo constitucional para explicar algunos conceptos esenciales, y eso sin llegar a los que armados de voluntarismo pretenden derivar de la Ley Fundamental objetivos y criterios político-criminales.

Otros penalistas parten de la declaración del art.1.1. CE referente al Estado social y democrático de derecho para luego, *libremente*, sostener que sus opiniones sobre cualquier materia (el error, el contenido del injusto o la función de la pena, por citar ejemplos conocidos) son efectos de la pura y simple aplicación de esa caracterización del Estado, lo cual suele ser falso, o, por lo menos, gratuito. Por otra parte, es poco sólido ubicar en el artículo 1 de la CE la razón de ser de importantes instituciones penales, pues el Título Preliminar de la CE lo integran preceptos de carácter programático —por supuesto que vinculante, pues sostener otra cosa sería tenerlos como superfluos— que necesitan inexcusablemente plasmarse en leyes concretas para poder ser reconocidos en su eficacia. Por lo tanto, pueden inspirar la interpretación, pero resultan excesivamente sintéticos como para servir de base suficiente para la construcción

total de un sistema. Por ello es preciso encontrar un asidero razonable, que permita llegado el caso abrir una vía de tutela ante la jurisdicción constitucional. De no ser así el eventual desprecio a la función de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad no tendría especiales consecuencias jurisdiccionales.

Los principios de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica, como antes indiqué, dan base a la tipicidad. También la CE garantiza la irretroactividad de las normas desfavorables, y, ya por vía de interpretación, el Tribunal Constitucional ha acogido sin reservas el principio *non bis in idem* como implícito a la legalidad penal.⁵

Como vemos en las sentencias citadas, no se plantea duda alguna en relación con la base constitucional de la tipicidad. Ahora bien, esa aceptación ha de tomarse con mucha cautela, pues solo alcanza a una idea mínima y no resuelve todos los problemas que pueden aparecer en el estudio de la teoría de la tipicidad. Por ejemplo: la jurisprudencia del TC no ha dicho nada, y difícilmente podrá hacerlo, sobre problemas que en cambio son muy importantes para la ciencia penal, cual son el rechazo de los *tipos abiertos* o con elementos *indeterminados*, que son incompatibles, en principio, con la seguridad jurídica.

El TC se ha pronunciado, como antes hemos visto, en favor de la soberanía del legislador en orden a cómo tipificar y sobre qué materias. Existe, por supuesto, la posibilidad *teórica* de que un Tribunal penal promueva recurso de inconstitucionalidad contra una concreta ley penal por entender que su configuración, llena de elementos indeterminados, ofende a un entendimiento garantista del principio de legalidad. Que el Tribunal Constitucional haya de ser sensible a esa protesta, de acuerdo con la línea seguida hasta el presente, resulta en cambio harto improbable.

En relación con la *antijuricidad* y su función la situación es aún más oscura. El Tribunal Supremo acoge sin reservas ese concepto y lo utiliza reiteradamente en sus razonamientos. Pero la cuestión esencial es saber si tiene alguna transcendencia el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que a su vez son lesionados por el acto delictivo. En ello reside la llamada antijuricidad ma-

5. Tempranamente, y la línea se ha mantenido, el TC, en STC de 16-12-1996 declaró «...el principio jurídico *non bis in idem* determina, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no tenga lugar una duplicidad de sanciones cuando exista identidad del sujeto, hecho y fundamento. Y si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución; ...se configura como un derecho fundamental del sancionado (STC 154/1990. Por tanto, el principio de legalidad en materia penal y sancionadora, consagrado en el art. 25 y dentro del cual hemos considerado incluido el principio *non bis in idem*, veda la imposición de dualidad de sanciones por unos mismos hechos (STC 234/1991)

terial. En sentido *material* se dice que una acción es antijurídica cuando, habiendo transgredido una norma positiva (condición que impone el principio de legalidad), y lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el Derecho quería proteger. De este modo, el concepto de antijuricidad material se vincula directamente con la función y fin de la norma y no sólo con su pura realidad positiva.

La norma persigue un fin social y político criminal: la protección de bienes jurídicos. Gracias a la idea de antijuricidad material, el delito deja de ser un mero *malum quia prohibitum* y adquiere carácter de comportamiento intolerable para la convivencia. Claro está que la antijuricidad material puede entenderse de otras maneras. Aquí la he referido a los bienes jurídicos porque, a pesar de toda la crisis que siempre ha rodeado a ese concepto, creo que es preciso reconocerle un valor nuclear en el entendimiento de cuál es la misión del Derecho penal. Ciertamente la antijuricidad material puede también ser vinculada a otros criterios si se profesa una creencia o ideología distinta sobre lo qué es el Derecho penal y qué lo legitima. De esta manera puede hablarse de «sentimiento del pueblo», «ofensa a principios éticos o morales», etc., todo ello como predicado del acto formalmente antijurídico, pero serían explicaciones incompatibles con el sentido que ha de tener la represión penal en una democracia.

Si el legislador produce una norma en la que no es posible ver un bien jurídico reconocible como tal, o la capacidad de la acción típica para ofenderlo por lesión o por puesta en peligro, podremos decir que se trata de una norma penal que yerra su camino y carece de justificación. Pero *difícilmente se obtendrá una declaración de inconstitucionalidad*, a pesar de que, sin ningún género de dudas, se tratará de una utilización infundada y excesiva del derecho penal, que por lo mismo será *arbitraria* en el sentido previsto por la Constitución. Pero eso no llevará a declarar su inconstitucionalidad, de acuerdo con una jurisprudencia que estima que el TC no tiene por qué entrar en las razones últimas del legislador penal, cual si éste pudiera incriminar conductas —por lo tanto, estableciendo posibles limitaciones a derechos fundamentales de las personas— en nombre de cualquier motivación diferente de la de dar protección a bienes jurídicos frente a los ataques más intolerables.

La consecuencia peor de ello sería vaciar de sentido el concepto y función de la antijuricidad material, concepto que cumple, ante todo una *función orientadora de la interpretación*, que parte de que el tipo penal se orienta sólo a la protección de bienes jurídicos y que el legislador ha tenido presente una idea de antijuricidad material al tiempo de configurar ese tipo, con lo cual el intérprete puede guiarse por el sentido del bien jurídico en la búsqueda del significado profundo del tipo.

Ahora bien, eso es inviable si por bien jurídico se toma cualquier objetivo coyunturalmente perseguido por el legislador, en nombre del deseo, por ejemplo, de consolidar coactivamente un principio moral particular o una situación económica o política inaceptable; en tal caso no estaremos ante un bien jurídico, y los tipos que se muestren al servicio de tales intereses naturalmente deberán también ser interpretados y estudiados, pero nunca materialmente justificados en nombre de la protección de un bien inexistente. Si a ello se une la «anormalidad» teórica de la existencia de tipos penales que no tutelén auténticos bienes jurídicos lo que se une a los restantes principios de *ultima ratio* e intervención mínima, puede aceptarse que en esos casos el intérprete deberá buscar la significación más restrictiva posible.

Puede suceder, también, que los bienes jurídicos tutelados por una ley punitiva no necesiten ser protegidos en todo caso recurriendo al Derecho penal si, con los medios propios de otras ramas del Derecho, puede lograrse suficiente protección. Eso sucede con muchas cuestiones relacionadas con incumplimientos de obligaciones que se tratan como delitos, con materias relacionadas con la protección de la propiedad industrial en donde se confunde a veces el interés general con el empresarial, la libre competencia, y la publicidad engañosa, etc. En estos temas puede bastar el recurso a preceptos civiles ágiles, cuya aplicación sólo tienda a la restauración de la situación anterior la imposición de pena se muestra carente de sentido. Otro tanto ocurre con buena parte del Derecho penal del automóvil, pues en muchos casos bastaría con una sanción administrativa y una obligación de resarcimiento. En resumen: estar ante un bien jurídico no significa sin más que ya pueda acudir al Derecho penal para tutelar-lo; si así se hace puede infringir el principio de mínima intervención. No todo bien jurídico necesita protección penal, y esta sólo puede prestarse cuando se comprenda la ineficacia de otros instrumentos jurídicos no penales (*ultima ratio*).

Pero lo que en ningún caso puede suceder es que un precepto penal carezca de un engarce posible con la Constitución. Todos los bienes jurídicos pueden como es lógico, ser apreciados o percibidos con un criterio simplemente *sociológico o social*, (concepto material de bien jurídico), que es de gran interés y debe ser tenido en cuenta por el legislador penal, pues la valoración que hace el derecho positivo de un determinado bien o interés puede ser disonante, por exceso o por defecto, de la que merece en el conjunto de las relaciones entre los individuos. Mas tampoco debe olvidar que un determinado bien jurídico puede ser despreciado o no apreciado en concretos sectores sociales que manejan escalas de valores diferentes. Pensemos, y es solo un ejemplo, lo que es el deber de impedir delitos en medios marginales o el respeto al medio ambiente en la óptica de un constructor desaprensivo.

Por esas razones lo que es un bien jurídico debería ser referido *obligatoriamente* a una base común, fundamental y formal como es la Constitución, que recoge los principios y valores necesarios para la vida colectiva de acuerdo con un ideal de sociedad y de orden jurídico. La Constitución, en una valoración substancial y política, se nos presenta como una base natural y necesaria, para la libertad individual y para la vida en convivencia, a la que de una manera u otra deben ir referidos los valores cuya lesión determina un castigo. Expresado en sentido inverso: nunca tendría sentido la pena si no fuera porque el autor con su conducta *ha roto el marco constitucional de convivencia*. Por ello puede comprenderse que todos los bienes jurídicos que el Código penal tutela —que solo puedan ser protegidos a través del derecho penal o no es cuestión diferente e importante— deben poder ser *explicados constitucionalmente*, y eso no siempre es posible.

La primera muestra de ese divorcio la tenemos en la *dureza de las penas*. La ciencia penal y penitenciaria pugna por demostrar que es preciso renunciar *en lo posible* a la pena de prisión, de acuerdo con criterios basados en la experiencia y con el convencimiento de que es preciso —conforme al espíritu de los pactos internacionales en materia de derechos humanos— practicar un derecho penal que conlleve la menor cantidad posible de dolor para la menor cantidad posible de personas. En esa misma línea es común en la ciencia penal referirse al principio de *proporcionalidad*, como equilibrio, que debe haber entre la gravedad del hecho y la pena que se establece. Pero lo cierto es que la jurisprudencia constitucional no se ha mostrado hasta ahora proclive a admitir que exista un criterio autónomo para apreciar la desproporción de una pena. Antes, al contrario, estima que el legislador es quien debe decidir de acuerdo con criterios de valor material, oportunidad, necesidad de prevención y cuantos otros estime adecuados, la cantidad de castigo que haya de corresponder a un hecho.

¿Quiere eso decir que el principio de proporcionalidad carezca de base? En modo alguno. El propio TC ha reconocido que es una manifestación del ideal de justicia (toda pena innecesaria o desproporcionada es injusta y cruel de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos en la interpretación del art.3 del Convenio Europeo), así como que es contrario a la Constitución en cuanto que ésta garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por lo tanto, no es posible sostener que la exigencia de proporcionalidad sea una petición voluntarista de los criminalistas «sin base alguna». Lo único que sucede, y no es ciertamente poco, es que el TC *no reconoce un fundamento suficiente* para admitir la declaración de inconstitucionalidad por desproporción o exceso de rigor punitivo.

5. Las penas

En otro orden de consideraciones, es obligado dirigir la mirada a las penas y al modo en que las percibe la sociedad española, que puede resumirse en pocas palabras: la convicción de que las leyes punitivas son excesivamente benévolas.

Es cierto que esa sensación se alimenta con los conocidos casos de multirreincentivos o delincuentes habituales que acumulan decenas de detenciones y condenas que en nada merman su actividad, pero ese es un problema puntual que no depende tanto de la pena imponible sino de la dificultad para enjuiciar en un solo proceso el conjunto de la actividad delictiva de un sujeto. Paradójicamente, normas procesales como las que regulan los juicios rápidos, nacidas con el loable propósito de dar pronta respuesta punitiva a la pequeña delincuencia, se han transformado en un obstáculo para ese enjuiciamiento referido al conjunto de la actividad de un sujeto.

En cuanto a las penas de larga duración y sus virtudes o defectos, el debate sobre la llamada cadena perpetua fue muy ilustrativo, y a él me remito. Particularmente severa es la reacción de algunos sectores de opinión contra el sistema (progresivo) de ejecución de las penas privativas de libertad, como se pone de manifiesto a propósito de la concesión del «tercer grado». Bastaron dos o tres casos de crímenes cometidos por sujetos excarcelados en aplicación del sistema para que la existencia del tercer grado en la ejecución de las penas privativas de libertad pasara a ser un tema de ardiente disputa y valoración. Medios de comunicación, y hasta responsables judiciales, cargaron virulentamente contra las administraciones penitenciarias o los jueces que habían concedido esa calificación a determinados internos. Se añade a ello, en la manera de enfocar la cuestión, un cierto convencimiento de que se trata de *decisiones arbitrarias y excepcionales*, es decir, que son pocos los condenados a penas privativas de libertad que en un tiempo breve son clasificados penitenciarimente de modo que puedan acceder al régimen dulcificado— durante el día en el exterior y al llegar la noche reincorporación al centro penitenciario.

Es cierto, sin duda, y eso el penalista no lo puede olvidar, que la primera condición para la aceptación de las leyes penales es el cumplimiento del principio constitucional de igualdad. Por lo tanto, la crítica al sistema de ejecución de las penas, si va referida a una aplicación injustificadamente desigual, es correcta. Pero traspasada esa posible objeción y entrando en el interior del sistema de ejecución, es necesario advertir que es coherente con la Constitución y que no difiere mucho del que rige en otros países de nuestro entorno.

Termino ya. El penalista tiene la obligación de analizar y criticar el derecho penal positivo, sustantivo y procesal, pero también un reto: explicar a la socie-

dad que el derecho penal es necesario pero que ha de ser fundamentado sólidamente en convicciones democráticamente compartidas y que, además, mantengan un hilo conector con la Constitución y con las fuentes del derecho supranacionales. Y esos hilos se rompen con demasiada facilidad, especialmente a causa de la patológica tendencia de los gobernantes a dejar su huella en el Código penal tan pronto alcanzan poder político para hacerlo.

XXII | Algunos problemas procesales derivados de la aplicación de la Ley de Amnistía

Rafael Rebollo Vargas
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS SENTENCIAS DECLARATORIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. EL ART. 40.1 LOTC: ALCANCE Y EFECTOS QUE CORRESPONDE ATRIBUIR AL FALLO. 3. RESOLUCIONES DISPARES SOBRE EL MISMO ASUNTO. 4. LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PROVIDENCIA DEL TS (SALA 2ª), DE 11 DE JUNIO DE 2024, EN LA CAUSA ESPECIAL 20907/2017. 5. MÁS DUDAS: LA COMPETENCIA EN RELACIÓN CON LA AFECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN EUROPEA.

1. Introducción

La actividad judicial en relación con los asuntos relacionados con el «procés», en estos momentos, es desbordante. El detonante de esa, llamémosle así, hiperactividad de los Tribunales, tiene su origen en lo dispuesto en el art. 10 de la Ley Orgánica de amnistía, para la normalización institucional, política y social de Cataluña, 1/2024, de 10 de junio (en adelante LOA), donde se establece la tramitación preferente y urgente de las decisiones pertinentes en cumplimiento de la Ley de amnistía, que deberán adoptarse en el plazo máximo de dos meses, sin perjuicio de los recursos que pudieran recaer sobre ellas, que no tendrán carácter suspensivo. Efectivamente, dado que la citada L.O. 1/2024, de 10 de junio, entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE, esto es, el día 11 de junio, las resoluciones que se han producido hasta el momento son muy numerosas y, en ocasiones, dispares, como tendremos ocasión de ver.

En todo caso, la batería de acciones que pueden recaer sobre la LOA y, por tanto, dificultar su aplicación son de lo más variado. Como es sabido, pueden ir desde interponer un recurso de inconstitucionalidad en el que, en virtud de lo previsto en los arts. 162.1.a) CE, 32.1 y 32.2 de la LOTC, la legitimación pro-

cesal para instarlo es plural¹; a promover una cuestión de inconstitucionalidad por Jueces o Tribunales, cuando consideren que la norma aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, arts. 163 CE y 35 LOTC; a la interposición de un recurso de amparo, arts. 162.1.b), 41 y ss. LOTC, cuando una persona, natural o jurídica, que invoque un interés legítimo al considerar que la LOA le irroga una vulneración a sus derechos fundamentales, además del Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal; o, una cuestión prejudicial europea, art. 267 TFUE. Es decir, existen una pluralidad de mecanismos procesales de impugnación de la Ley, algunos de los cuales ya se han activado mediante la vía de otorgar traslado a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad o de formular la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como es fácilmente imaginable, una vez enunciado el escenario impugnatorio del que puede ser objeto la LOA, el panorama no es precisamente tranquilizador, aunque no voy a detenerme en ello porque excedería con creces el objeto de análisis. El propósito de lo que sigue es más modesto y, en ese caso, pretendo poner de manifiesto, sin propósito de exhaustividad, algunas cuestiones procesales derivadas de la aplicación de la LOA que, al menos a mi juicio, merecen una reflexión.

2. Las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes. El art. 40.1 LOTC: alcance y efectos que corresponde atribuir al fallo

Como cuestión previa derivada de las dudas que, para algunos, se suscitan por la hipotética inconstitucionalidad de la LOA, en primer lugar, me parece oportuno referir las consecuencias derivadas de la declaración de inconstitucionalidad de la norma. A este respecto, las opciones que en su momento pudo asumir el legislador eran bien distintas, ya que la eficacia de la anulación puede limitarse al futuro o, por el contrario, extenderse hacia el pasado. En otras palabras, la eliminación de los actos antijurídicos puede efectuarse con o sin efecto retroactivo, aunque, atendiendo a criterios de seguridad jurídica, esa declaración de inconstitucionalidad tendrá efectos a partir del momento de su anulación. En efecto, las razones de seguridad jurídica y de certeza del derecho, que se complementan con el principio de conservación de la norma y la necesidad de no perjudicar a quien actuó de buena fe, abundan en la opción

1. Art. 162. 1. Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

asumida por el legislador que no es otra que la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad, tal y como se estipula en el art. 39.1 LOTC².

Por otro lado, en la Constitución las previsiones normativas sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se limitan únicamente al inciso final del art. 161.a) donde se dispone que la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, «afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el efecto de cosa juzgada». En directa relación con la previsión constitucional, el art. 40.1 LOTC recoge el mandato de no revisión de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, si bien ha introducido una excepción no prevista en la Constitución, pero, de alguna manera, exigida por su art. 25.1³, que implica la salvedad de la aplicación retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad cuando resulte un trato más beneficioso para el sancionado o condenado. Así, «El legislador ha optado, con la única excepción dispuesta en el último inciso del art. 40.1 LOTC por el tradicional trinomio inconstitucionalidad-nulidad-efectos ex tunc»⁴. La interpretación conjunta de los art. 39 y 40 LOTC nos lleva a concluir que la declaración de inconstitucionalidad de una ley implica su nulidad y, por lo tanto, la posibilidad de revisar las situaciones surgidas como consecuencia de la misma, por lo que el criterio es la eficacia «ex tunc», debo insistir, que requiere la declaración de nulidad, total o parcial, de la ley⁵.

A tal efecto, conviene poner de manifiesto que, si bien la nulidad es la consecuencia que, como regla general y de acuerdo con el [artículo 39.1](#) LOTC, sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, procede matizarla para limitar los efectos de las anteriores declaraciones de inconstitucionalidad y nulidad de parte, en el sentido de que no afectarán a las situaciones jurídicas consolidadas. Y, entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad figuran no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada ([art. 40.1 LOTC](#)), sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica ([art. 9.3 CE](#)), las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes⁶.

2. GÓMEZ MONTORO, A., en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, (REQUEJO PAGÉS, Coordinador), Madrid, págs. 579-580.

3. Art. 40.1 LOTC: «...salvo en el caso de los procesos penales o contencioso administrativos referentes a un proceso sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

4. GÓMEZ MONTORO, A., en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, ob. cit., pág. 583.

5. GÓMEZ MONTORO, A., ibidem, págs. 583, 610.

6. Sobre los efectos temporales de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley, entre otras, vid., SSTC, Pleno, 73/2017, de 8 de junio; FJ 6; 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 8; 76/2018, de 5 de julio; 126/2019, de 31 de octubre, FJ 5.a); Auto TC, FJ9; Pleno, 83/2020, de 21 de julio, FJ 2.

En consonancia con lo anterior, aquellas causas en las que el órgano judicial correspondiente haya considerado que no formaban parte del catálogo de supuestos que se recogen en el art. 2 de la LOA y que resultaron amnistiadas por resolución firme, no podrán ser revisadas ni siquiera en la hipótesis de que el TJUE o el TC se hubieren pronunciado sobre la inconstitucionalidad del texto o sobre la falta de encaje de la norma en el Derecho de la Unión.

3. Resoluciones dispares sobre el mismo asunto

En este caso, debo anticipar que no abundaré en los argumentos utilizados por los órganos judiciales para interpretar que la LOA es o no es aplicable por la comisión de los mismos delitos, sino que pretendo evidenciar el diferente criterio interpretativo seguido por distintos Tribunales con los efectos derivados de ello, como lo es la quiebra de la seguridad jurídica.

Así, imaginemos que, en atención a lo previsto en el art. 9 de la LOA un órgano judicial, ya sea de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, considera que los hechos atribuidos a un sujeto son perfectamente subsumibles en el ámbito objetivo de la Ley y que, por lo tanto, esos comportamientos no están excluidos de los supuestos previstos en el art. 2 de la misma y así lo acuerda por resolución firme, de manera que esas conductas resultan amnistiadas y, por ello, el órgano judicial acuerda adoptar las medidas previstas en el art. 4 de la LOA relativas a los efectos sobre la responsabilidad penal, como puede ser el alzamiento de cualquier medida cautelar de naturaleza personal previamente adoptada.

En relación con lo anterior, la Sentencia núm. 204, de 25 de junio de 2024, dictada por la Sección de apelaciones de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, resuelve la apelación interpuesta contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia provincial de Barcelona, de 14 de mayo de 2023, donde se condenaba al Sr. Miquel Buch Moya por un delito de prevaricación y otro de malversación de caudales públicos, respectivamente, a la pena de nueve años y seis meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público y de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez años y seis meses; así como al Sr. Lluís Escolá Miquel, como cooperador necesario del delito de prevaricación, a la pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, y a la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez años, por un delito de malversación a título de autor. No obstante, la Sección de apelaciones, de la Sala Civil y Penal del TSJC, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 L.O. 1/2004, en relación con su art. 1, declara la extinción de la responsabilidad penal de ambos, «al quedar amnistiados los actos en virtud de los cuales fue declarada su responsabilidad criminal en la instancia».

Por su parte, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sentencia de 9 de julio de 2024, en el proceso seguido contra los Sres. Josep Maria Jové Llado y Josep Lluís Salvadó Tenesa, por la comisión de sendos delitos de desobediencia, prevaricación y malversación de caudales públicos, así como contra la Hble. Sra. Natalia Garriga Ibáñez, por la comisión de un delito de desobediencia, considera (la Sala Civil y Penal) que los delitos atribuidos son amnistiables, y, por lo tanto, deja sin efectos las medidas cautelares de naturaleza personal o real adoptadas. Sin embargo, a su parecer, existen reservas sobre la adecuación de la norma a principios y valores protegidos constitucionalmente como la seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE); la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE); y, la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Por ello, dado que la acusación popular suscitó e interesó del Tribunal la formulación con carácter previo de varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE, la Sala acuerda dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que se pronuncien sobre la pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad o una cuestión prejudicial⁷.

En todo caso, esa disparidad de criterios, acerca de si la amnistía excluye el delito de malversación (art. 1.c LOA) «siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento» o el cómo se interprete, se trata de una fórmula que, en realidad, se corresponde con una definición auténtica del legislador⁸. La discusión reside, aparentemente, en si las funciones relativas a la disposición de los caudales públicos que llevaron a cabo los Sres. Jové y Salvadó son distintas a las realizadas por el exconseller Buch, lo cual lleva al mismo Tribunal (es cierto que se trata de Salas distintas) a pronunciarse de forma diferente en uno u otro caso; decía, criterios dispares, que pueden resultar comprensibles en atención a la interpretación que en virtud de su incuestionable independencia cada Sala dispensa al comportamiento objeto de discusión, pero que no por ello deja de ser motivo de debate, en particular, cuando el núcleo del conflicto gra-

7. Al respecto, vid. <file:///C:/Users/1001785/OneDrive%20-%20UAB/Escritorio/Amnist%C3%ADa.%20Sentencias/default.pdf>. Informe de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), aprobado en su 138ª Sesión Plenaria, celebrada en Venecia, los días 15 y 16 de marzo de 2024, págs. 12 y ss., donde se hace hincapié en que la amnistía está prevista explícitamente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países que se analizan, que donde no está regulada constitucionalmente se considera aceptable y se han previsto amnistías en ocasiones concretas, además de que se trata de una competencia que corresponde, generalmente, al poder legislativo. La pregunta inevitable es, ¿cómo es posible que una medida que se encuentra regulada en la mayoría de los países de nuestro entorno pueda ser contraria al ordenamiento de la Unión Europea?

8. Aun así, vid., ATS de 1 de julio 2024, (Causa especial 20907/2017) donde en el folio 10 se afirma: «Indagar la voluntad del legislador es, por consiguiente, indispensable y sirve de pauta hermenéutica de primer orden. Pero esa voluntad no puede imponerse, sin más, al desafío interpretativo, hasta el punto de que el juez *no tenga nada que interpretar* porque el legislador ya ha dicho bien claro lo que quiere. La función jurisdiccional no tiene como única y exclusiva referencia la voluntad del legislador» (cursivas en el original).

vita alrededor de la existencia de un delito de malversación. Es cierto que los hechos objeto del procedimiento son distintos en cada causa, pero, lo paradójico es que el legislador proporcione una definición autentica donde se requieran una serie de elementos típicos en los que subsumir los hechos que se atribuyen a determinados sujetos, aunque algunos órganos judiciales (a diferencia de otros que sí la aplican⁹) tengan dudas sobre su adecuación al ordenamiento jurídico y por ello deciden plantear una cuestión de constitucionalidad.

En la misma línea de consideraciones, relativas a la discrepancia de criterios entre Tribunales, permítaseme evidenciar una nueva muestra de ello y es que la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Auto de 1 de julio de 2024 (Causa especial 20907/2017), donde en el folio 14, al plantearse el planteamiento de una cuestión prejudicial, interesada con carácter alternativo por la acusación popular en el caso en que no fuera estimada la inaplicabilidad de la Ley de Amnistía, el Tribunal lo descarta expresamente al aseverar que no advierte esa incompatibilidad dado que no es necesario suscitar una cuestión prejudicial que plantee al Tribunal de Justicia «si es correcto lo que correctamente ha decidido el legislador nacional al aprobar la ley de Amnistía, esto es, excluir de todo perdón los delitos que puedan afectar a los intereses financieros de la Unión y que gozan de la reforzada protección dispensada a este bien jurídico». Criterio que, en principio, parece no compartir la Sala de lo Civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Auto de 9 de julio de 2024, quien acuerda dar traslado a las partes para que manifiesten su opinión acerca de la pertinencia de formular la correspondiente cuestión prejudicial al TJUE.

Así las cosas, imaginemos por un momento que la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, una vez recibidas las alegaciones que demanda a las partes en su Auto de 9 de julio de 2024, considera que existen dudas razonables acerca de que la LOA afecta al Derecho de la Unión Europea, por lo que decide seguir adelante con la cuestión y la plantea ante el TJUE. Sin embargo, como hemos visto la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el Auto de 1 de julio de 2024, descarta esa posible afección, aunque mantiene las dudas sobre la constitucionalidad ya que, como afirma en el folio 4 de su Auto de 10 de julio de 2024, considera la LOA una «**decisión legislativa arbitraria**» que podría vulnerar lo establecidos en los arts. 1.1, 9.3, 14 y 117.3 CE, por lo que da traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que aleguen sobre la oportu-

9. Vid., Juzgado de Instrucción núm. 18, Barcelona, Auto de 16 de julio de 2024, donde se dirime la causa contra los Sres. Francesc Homs i Molist y Senén Florensa, por la presunta comisión de delitos de prevaricación y/o malversación, sobre lo que concluye la Instructora que: «Es por ello, por la finalidad de los gastos objeto de este procedimiento, que no motivaron enriquecimiento o beneficio patrimonial personal, sino que se destinaron a sufragar viajes y actividades de terceros, vinculadas a la promoción de la independencia de Cataluña a través de organizaciones catalanes que operaban internacionalmente, por lo que dichos actos son amnistiables».

nidad, procesal y material, de plantear la cuestión de constitucionalidad en relación con el delito de desobediencia y, en su virtud, acuerda trasladar la cuestión al Tribunal Constitucional.

Esto es, es perfectamente viable que se activen dos vías distintas. Por un lado, la cuestión prejudicial ante el TJUE y, por otro, una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Es cierto que el objeto de las consultas no es el mismo, ya que en un caso ésta reside en la afección al Derecho de la Unión derivado de la LOA y, por otro lado, las dudas de constitucionalidad que se infieren de la propia LOA.

Aun así, creo que no es aventurado afirmar que, con todos los matices imaginables presididos por la prudencia exigible en estos casos, las dudas son más que evidentes en relación con la incerteza derivada de las consecuencias de tales decisiones y, con ello, la afección al principio de seguridad jurídica.

4. Levantamiento de las medidas cautelares y la providencia del TS (Sala 2ª), de 11 de junio de 2024, en la causa especial 20907/2017

En el apartado tercero del Auto TS de 11 de junio de 2024, dictado por el Magistrado Instructor, en la Causa Especial reseñada se ordena lo siguiente:

«3. Comuníquese a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que, conforme a lo expuesto, continúan vigentes y activas las órdenes nacionales de detención de Carles Puigdemont Casamajó, Antoni Comín Oliveres, Lluís Puig Gordi y Marta Rovira Verges, adoptadas por Auto de 12 de enero de 2023, por lo que deben proceder a su cumplimiento mientras esas decisiones no sean revocadas».

Orden de detención que, en relación con el delito de desobediencia, el Instructor deja sin efecto, en su Auto de 1 de julio de 2024, al considerar que éste es subsumible en el ámbito de aplicación de la LOA¹⁰, sin perjuicio de las dudas que le suscita su constitucionalidad por lo que da traslado a las partes para que aleguen a ese respecto mientras que, a la vez, mantiene las órdenes de detención contra los Sres. Puigdemont, Comín y Puig por su presunta responsabilidad como autores de un delito de malversación de caudales públicos, al considerar que ese delito queda extramuros del ámbito de aplicación de la LOA.

10. Al respecto, vid., Auto Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, (Sección 3ª), de 8 de julio y Auto del Juzgado Central de Instrucción, núm. 6, de 8 de julio, mediante el que se acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las Diligencias Previas 85/2019, entre otros, respecto de la Sra. Marta Rovira por el asunto Tsunami Democràtic.

A este respecto, conviene traer a colación el art. 4 LOA, que dispone lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tras la entrada en vigor de esta ley:

a) El órgano judicial que esté conociendo de la causa ordenará la inmediata puesta en libertad de las personas beneficiarias de la amnistía que se hallaran en prisión ya sea por haberse decretado su prisión provisional o en cumplimiento de condena.

Así mismo, acordará el inmediato alzamiento de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real que hubieran sido adoptadas por las acciones u omisiones comprendidas en el ámbito objetivo de la presente ley, con la única salvedad de las medidas de carácter civil a las que se refiere el artículo 8.2.

b) El órgano judicial que esté conociendo de la causa procederá a dejar sin efecto las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención».

Con la simple lectura del enunciado del precepto (*«Efectos sobre la responsabilidad penal»*) se advierte que la referencia que se contiene a los arts. 163 CE y 267 TFUE permite interpretar que los efectos sobre la responsabilidad penal que se regulan en el art. 4 LOA no se extienden a las cuestiones de inconstitucionalidad ni a las cuestiones prejudiciales europeas.

Por lo tanto, el alzamiento de las medidas cautelares no resulta automático. Así, tal y como se depende del art. 4 LOA, el alzamiento de las medidas solo operará una vez que el órgano judicial constate que las conductas ejecutadas por los encausados se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley. Nótese que el precepto habla de *«personas beneficiarias de la amnistía»* y de *«acciones u omisiones comprendidas en el ámbito objetivo de la presente ley»*.

En definitiva, la atribución de la condición de persona beneficiaria comprendida en el ámbito de aplicación de la norma requiere de una previa valoración por parte del órgano judicial.

A mi parecer, no existe, como se ha dicho con una cierta ligereza, una sola razón que permita interpretar que la mera invocación de la norma sea motivo suficiente para imponer el alzamiento de las medidas cautelares¹¹.

11. Vid., Fiscalía General del Estado, Decreto de 14 de junio de 2024, en especial, el Documento Adjunto sobre «Consideraciones sobre los proyectos de informe presentados en relación con la aplicación de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, a los hechos imputados y enjuiciados en la Causa Especial núm. 3/20907/2017 seguida ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, págs. 70 y ss.

Ahora bien, una vez dicho lo anterior, permítaseme polemizar:

La cuestión relativa al levantamiento de las medidas cautelares es, en este momento, una de las cuestiones más controvertidas. Es cierto, que el segundo párrafo del art. 4.a) establece que el órgano judicial «acordará el inmediato alzamiento de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real que hubieren sido adoptadas...». Medidas que, insisto, no se adoptarán si el órgano judicial, a tenor de lo dispuesto en los arts. 163 CE y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tiene dudas acerca de la constitucionalidad de la LOA o considera necesario plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Imaginemos, asimismo, que se formula una cuestión prejudicial ante el TJUE (que ha descartado expresamente el Tribunal Supremo, pero no la Audiencia Nacional, ni la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), dado que como dispone el Estatuto del TJUE, cualquier órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, podrá pedir al tribunal que se pronuncie sobre la adecuación de una ley a los Tratados que estructuran la UE y, por lo tanto, el órgano judicial, estima necesaria elevar una consulta para poder emitir su fallo.

Si el órgano judicial alberga dudas sobre la compatibilidad de esa ley con el Derecho de la Unión, lo que habrá de hacer es plantear primero la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de suerte que solo cuando éste haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario cabrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Así, la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes, ni condiciona el pronunciamiento del Tribunal en esa cuestión de inconstitucionalidad¹².

Por el contrario, si el juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial fuese negativo, declarando que la norma nacional es incompatible con el Derecho de la Unión, esa norma deviene, en consecuencia, inaplicable al caso, por lo que no cabría plantear cuestión de inconstitucionalidad.

12. Vid. STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 6: la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (por todas, STC 28/1991, de 14 de febrero, FFJJ 4 a 6), ni condiciona el pronunciamiento de este Tribunal en esa cuestión de inconstitucionalidad. Vid., igualmente, Auto TC (Pleno) 168/2016, de 4 de octubre, FJ 4.

Una vez dicho lo anterior supongamos que, por el motivo que fuere, la decisión del TJUE se demora más allá de lo previsible¹³, la gran pregunta que cabe formularse en este momento es si el órgano judicial mantendría las medidas cautelares de carácter personal acordadas hasta que el TJUE no se pronuncie, pero, de ser así ¿qué pasaría si el TJUE desestima la cuestión prejudicial? Pues, que, en ese caso, de mantenerse las medidas cautelares de carácter personal, se habrá causado a la persona sometida a la prisión provisional un perjuicio irreparable.

Pensemos, asimismo, que el Tribunal, una vez desestimada la cuestión prejudicial europea (dictada en un plazo razonable) formula, asimismo, una cuestión de inconstitucionalidad al entender que la LOA puede ser contraria a la Constitución y sí, es verdad que, el art. 35.2 LOTC, establece que la personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de 15 días, transcurrido el cual el tribunal dictará sentencia en el de 10, salvo que, mediante resolución motivada, el propio tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso, podrá exceder de 30 días, plazos que, es de sobras conocido, son inviables, pero, ¿se mantendría también durante ese trámite la prisión provisional? O, incluso, si esas medidas cautelares de carácter personal y, por lo tanto, la orden de detención sigue vigente para esas personas, resulta indudable que en el momento que alguna de ellas ingresara en territorio nacional sería detenida de inmediato y puesta a disposición judicial, pero ¿hasta cuándo?, de nuevo, ¿hasta que el Tribunal Constitucional resuelva sobre ello?

Si eso fuera así, a mi parecer, se plantearían serias dudas acerca de la idoneidad, la conveniencia, la oportunidad y la proporcionalidad por mantener una medida cautelar de esa naturaleza por la atribución de un delito de malversación, dado que la afección a los derechos fundamentales de la persona en prisión provisional resultaría seriamente afectados y el perjuicio ocasionado, en el caso de que el TC resolviera que la LOA no contraviene la Constitución, sería irreparable. Delito de malversación de caudales públicos, no olvidemos, por el que otras personas encausadas han sido amnistiadas.

5. Más dudas: la competencia en relación con la afección de los intereses financieros de la Unión Europea

El propósito de lo que sigue no es abordar con exhaustividad si la LOA lesiona o afecta a los intereses financieros de la Unión Europea, aunque será inevitable referirnos a ello, sino a otra cuestión, en particular, el relativo al órgano que

13. Vid., art. 23 bis Sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Protocolo núm. 3), así como el art. 107 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre 2012.

tiene atribuida la competencia procesal para sustanciar los conflictos relacionados con los intereses financieros de la Unión Europea.

Salvo error por mi parte, la primera ocasión donde un órgano judicial o del Ministerio Fiscal hace referencia a la posible afección a los intereses financieros de la Unión Europea, como consecuencia de la entrada en vigor de la LOA, es el Informe emitido por los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo que ejercieron la acusación pública en la causa especial 20907/2017. Así, en la pág. 64 y ss. del referido Informe se destina un epígrafe (B.5) a la «Aplicación de la exclusión recogida en el art. 2 e) de la Ley por afectar los hechos de malversación a los intereses de la Unión Europea» y, en particular, en los folios 66 y 67 se afirma lo siguiente:

«Teniendo en cuenta que el presupuesto de la UE se financia, entre otros conceptos, con los recursos propios basados en la RNB, contribuyendo España, con el 0,85% de su economía y participando en esa producción Cataluña aproximadamente con un 15%, resultando su aportación global en 2018 de 10.314 millones de euros es evidente que la separación de una región del Estado afectaba de manera directa a los intereses financieros de la UE.»¹⁴

En todo caso, resulta extraño que, en el Informe de los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, al analizar la posible afectación para los intereses financieros de la Unión Europea, particularmente en lo que se refiere al delito de malversación, se prescinda de la definición auténtica de intereses financieros de la Unión Europea que nos ofrece la Directiva (UE) 2017/1371, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*.

En concreto, el art. 2.1 de la Directiva dispone que «A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «los intereses financieros de la Unión»: todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos a través de, o adeudados a: i) el presupuesto de la Unión, ii) los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión creados de conformidad con los Tratados u otros presupuestos gestionados y controlados directa o indirectamente por ellos».

14. Vid., Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 1 de julio de 2024, pág. 15, donde la Sala parece asumir parcialmente el criterio sostenido por los Fiscales de Sala, donde se afirma «[S]ólo el Tribunal que entienda aplicable la amnistía al delito de malversación, habrá de plantearse si la secesión —el referéndum no era meramente consultivo, sino el requisito para la proclamación de la independencia— habría afectado, aunque lo fuera en grado de mera tentativa, a la Renta Nacional Bruta Estatal y por ende al presupuesto comunitario. Y, sobre todo, si tras esa afectación la amnistía no entra en directa colisión con el art. 325 del Tratado Funcional (sic) de la Unión Europea y la Directiva 2017/1371 de protección de los intereses financieros. Es en este caso cuando el planteamiento de la cuestión prejudicial adquiere pleno sentido, sobre todo, cuando resuelve un Tribunal cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso conforme al derecho interno»

Una definición similar se encuentra en el art. 2.3 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, y en cuyos arts. 3 a 7 se determina la creación, funciones y principios básicos que rigen la Fiscalía Europea.

En directa relación con lo anterior, es imprescindible traer a colación la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Así, en el art. 2, relativo a su ámbito de aplicación, se establece que las disposiciones de esta ley se aplicarán a los procedimientos penales por delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión Europea, en los que la Fiscalía Europea ejerza de forma efectiva su competencia para investigar, acusar y ejercer la acusación en juicio.

Por su parte, en el art. 4 de la misma L.O. 9/2021, de 1 de julio, relativa a la competencia de los Fiscales europeos delegados se dispone que, éstos, son competentes en el conjunto del territorio nacional para investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás partícipes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea. En particular, tendrán competencia para investigar y ejercer la acusación en relación con las causas por los delitos tipificados en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incluyéndose, entre otros, al delito de malversación cuando perjudique de cualquier manera los intereses financieros de la Unión. En cualquier caso, creo que no por evidente es innecesario insistir en que únicamente los delitos de malversación que afecten a los intereses de la Unión Europea serán competencia de los Fiscales europeos delegados en su investigación y ejercicio de la acción penal, por lo que los delitos de malversación que no afecten a éstos no serán de su competencia.

Es más, el órgano que la L.O. 9/2021, de 1 de julio, determina que tiene atribuida la competencia judicial es la Audiencia Nacional, a quien le corresponde el conocimiento y fallo de los procedimientos previstos en la referida Ley Orgánica, art. 7. Con la particularidad de que, en los supuestos de aforamiento la competencia corresponderá al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia, según proceda. A lo que se añade que en cada uno de estos órganos judiciales se constituirá un Juez de garantías, al que expresamente se alude en el Preámbulo de la Ley (III) y a quien se le atribuyen la práctica de aquellas medidas que requieren autorización judicial por afectar a derechos fundamentales.

Por otro lado, en su art. 10 se estipula que cuando se trate de delitos cuya investigación se atribuye a los Fiscales europeos delegados, por razones de ur-

gencia, los juzgados de instrucción del lugar del delito podrán llevar a cabo las primeras diligencias, debiendo informar a aquellos sin dilación indebida. Además de que una vez practicadas, remitirán lo actuado a los Fiscales europeos delegados, poniendo a su disposición los instrumentos del delito y los resultados de las diligencias practicadas, las piezas de convicción y los efectos ocupados.

Cabe añadir a lo anterior que en el art. 18 se dispone que cuando, en el ejercicio de sus funciones, las autoridades tengan conocimiento de un hecho aparentemente delictivo cuya competencia pueda corresponder a los Fiscales europeos delegados, se lo comunicarán sin dilación indebida atendiendo a los requisitos de forma y contenido establecidos en el artículo 24 del Reglamento.

Asimismo, se prevé que cuando la Policía Judicial inicie una investigación por hechos para los que sean competentes los Fiscales europeos delegados, deberá comunicarlo a los mismos, informando igualmente a la Fiscalía General del Estado; de la misma forma, cuando el Ministerio Fiscal o un órgano judicial tengan conocimiento de hechos cuya competencia corresponda a los Fiscales europeos delegados, deberán igualmente informar sin dilación indebida, a los efectos del artículo 24 del Reglamento.

Y, finalmente, por lo que aquí interesa, la Disposición Transitoria Única de la L.O. 9/2021, de 1 de julio, dispone que desde la fecha en que se acuerde la asunción por la Fiscalía Europea de las funciones que le otorga el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, las autoridades, agencias u organismos que tuvieran conocimiento de hechos cometidos a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento que pudieran estar comprendidos en el ámbito de las competencias de la Fiscalía Europea, deberán ponerlo en conocimiento de ésta.

Lo anterior evidencia que cuando se tiene constancia de que los hechos perjudican a los intereses financieros de la Unión Europea, la competencia para la investigación le corresponde a los Fiscales europeos delegados para investigar y ejercer la acción penal, que la competencia judicial la tiene atribuida la Audiencia Nacional para el conocimiento y fallo de esos procedimientos, a excepción de los casos de aforamiento, que le corresponderá al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia, además de la obligatoriedad de constituir un Juez de garantías. Que, en todo caso, cuando se tenga conocimiento de hechos que puedan revestir una afección a los intereses financieros de la Unión Europea, se comunicará «sin dilación indebida» a los Fiscales europeos delegados, salvo en el caso de que la Fiscalía y órganos judiciales que en el momento de entrada en vigor de la Ley (que tuvo lugar al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el día 2 de julio de 2021) estuvieran conociendo de esos

delitos, lo que comunicarán facilitando el derecho de avocación, siempre que no se hubiera presentado formalmente acusación. En todo caso, la Disposición Transitoria Única determina que esos hechos se deberán poner en conocimiento de la Fiscalía Europea.

Una vez concluido lo anterior, creo que se puede afirmar que el argumento de afección a los intereses financieros de la Unión Europea es un criterio sobrevenido, es decir, «*ex novo*»¹⁵.

Ahora bien, también es cierto que nos encontramos ante un escenario procesal en el que se solapan dos planos diferentes. En primer lugar, ya hemos aludido a ello, la Disposición Final Novena de la L.O. 9/2021, de 1 de julio, dispone que su entrada en vigor tendrá lugar al día siguiente de su publicación en el BOE, donde fue publicada el día 2 de julio de 2021; por lo tanto, cuando la Ley entró en vigor, la pieza principal de la causa del «procés», que dio lugar a la STS 459/2019, de 14 de octubre, ya estaba resuelta, así como otros procedimientos anteriores a su entrada en vigor, por lo que ésta no les sería de aplicación.

Sin embargo, a la vez, existen actuaciones donde la investigación y el ejercicio de la acción penal (Art. 4, Competencia de los Fiscales europeos delegados) se ha desarrollado con posterioridad a su entrada en vigor, por lo que el Régimen Transitorio de la Ley, previsto en su Disposición Transitoria única, determina que cuando las Fiscalías y órganos judiciales que se encontraran conociendo los delitos cometidos a partir de la fecha de su entrada en vigor que pudieran encontrarse en el ámbito de sus competencias, «actuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de esta ley orgánica (Inicio del procedimiento para el ejercicio del derecho de avocación), siempre que en el procedimiento no se hubiere presentado aun formalmente acusación».

Si eso es así, no resulta difícil concluir que el procedimiento seguido hasta ahora en esas actuaciones no se ha hecho según lo dispuesto en la L.O. 9/2021, de 1 de julio, lo que levanta serias dudas sobre la forma en la que éste se ha llevado a cabo y sobre el que, además, no consta que hoy en día se le haya dado traslado a la Fiscalía Europea.

15. Vid., Providencia del Tribunal de Cuentas, Sección de Enjuiciamiento (Departamento 2º. Enjuiciamiento), de 11 de junio de 2024, mediante la que se da traslado a las partes para que realicen alegaciones sobre la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

XXIII | Tratamiento procesal de las contradicciones en la declaración de la víctima de violencia de género¹

Núria Reynal Quero²

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. DIFICULTADES PROBATORIAS Y DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO. 2. EL PROBLEMA DE EXIGIR LA PERSISTENCIA EN LAS DECLARACIONES PRESTADAS POR LA VÍCTIMA. 3. POSIBLES SOLUCIONES A LAS CONTRADICCIONES DE LA VÍCTIMA DURANTE EL PROCESO. 3.1. COTEJO DE LAS DECLARACIONES DIVERGENTES. 3.2. UTILIZACIÓN DEL MECANISMO DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA. 3.2.1. Fundamento y finalidad de la medida. 3.2.2. Existencia de causa legítima. 3.2.3. Requisitos de procedibilidad. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Dificultades probatorias y declaración de la víctima como única prueba de cargo

Los problemas probatorios que plantean los procedimientos judiciales seguidos por violencia de género son particularmente complejos. Las dificultades estriban del hecho que normalmente se trata de infracciones penales que se cometen en la intimidad, en un ámbito privado y cerrado. La clandestinidad de la agresión repercute inevitablemente de forma negativa en la obtención del material probatorio y favorece que los medios de prueba de que se dispone en estos casos sean totalmente insuficientes. Piénsese que habitualmente la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja se ejerce con la única presencia

1. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D «Nuevos retos de género del derecho probatorio» (PID 2020-115304GB-C22), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

2. Aquest treball vol ser una senzilla mostra d'agraïment al Professor Cachón, per tot el que s'aprèn estant al seu costat. Més enllà de brillants lliçons de dret, també regala in comptables coneixements de cultura i, encara més, gestos i paraules d'una gran humanitat, una manera d'entendre la vida i la professió des de la modèstia, el respecte i l'ajuda als altres. Gràcies, estimat Mestre, per poder-me comptar entre els seus deixebles.

directa del agresor y de la víctima, sin testigos e incluso en ocasiones sin lesiones físicas apreciables por peritos³.

Ello explica que con frecuencia el testigo de la mujer víctima sea de las pocas pruebas que pueden practicarse junto con la declaración del presunto agresor. A la insuficiencia probatoria común en estos casos, deben sumarse además otras circunstancias especialmente concurrentes en este tipo de procedimientos y que vienen a agravar la carencia de medios de prueba. Nos referimos, por ejemplo, a la inasistencia de las víctimas al acto del juicio oral, o a su cambio de declaración en relación con la vertida en la fase de instrucción.

Las particularidades expuestas propias de los procedimientos seguidos por violencia de género exigen su estudio desde perspectivas que exceden seguramente de las cuestiones estrictamente jurídicas⁴. En este sentido, la perspectiva de género se erige en un instrumento de utilidad para entender los problemas probatorios antes mencionados, así como para encontrar soluciones razonables a los mismos.

Ante las dificultades probatorias acabadas de exponer y teniendo en cuenta la perspectiva de género como herramienta interpretativa a la hora de explorar posibles soluciones, doctrina y jurisprudencia han venido afirmando que la declaración de la víctima pueda ser considerada como única prueba de cargo⁵. El reconocimiento de este valor probatorio a la manifestación de la mu-

3. Las circunstancias mencionadas que determinan las particularidades de la prueba en los supuestos de delitos de violencia de género son explicadas, entre otros, por MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, en «Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género» (Dir. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2009, pp.453-454; NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, en «Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género» (Dir. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2009, pp.478-479; MARTÍN DÍZ, *Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género*, en «Revista Ius et Praxis», 2018, nº3, p.43; GONZÁLEZ MONJE, *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España*, en «Revista Brasileira de Direito Processual Penal», 2020, vol.6, nº3, pp.1635-1636.

4. La importancia de tomar en consideración las peculiares características de la violencia de género a la hora de llevar a cabo un análisis en profundidad del tema es puesto de manifiesto por FUENTES SORIANO, *Investigación y prueba de los delitos de violencia contra la mujer*, en «Investigación y prueba en el proceso penal» (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Coord. SANZ HERMIDA), Madrid, 2006, p.249. En su opinión, «Sólo desde el conocimiento profundo de la situación psicológica por la que atraviesan las víctimas y de los efectos que este tipo de violencia produce en el desarrollo de su personalidad, podrán comprenderse en toda su extensión los concretos problemas probatorios que revisten los procedimientos judiciales por tales causas».

5. Vid. entre otros, FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Madrid, 2009, p.123; MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, cit., p.453; NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, cit., p.480; RODRÍGUEZ BOENTE, *La prueba en los supuestos de violencia de género*, en «Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas», 2011, vol.18, nº1-2, p.240; CERRATO GURI, *La prueba del maltrato ocasionado a la mujer víctima de violencia de género*, en «Derecho y Proceso. Liber Amicorum Francisco Ramos Méndez» (Coords. CACHÓN CADENAS, FRANCO ARIAS), vol.I, Barcelona, 2018, p.617; GONZÁLEZ MONJE, *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en*

jer víctima supone, por consiguiente, concederle fuerza suficiente para poder desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia de que goza el acusado.

Ahora bien, pese a la necesidad de conferir fuerza probatoria al testimonio de la víctima, este reconocimiento no puede llevarse a cabo sin fijar ningún tipo de límites o condiciones. A nadie se le escapa que las garantías procesales del art 24 de la Norma Fundamental adquieren en este punto un papel esencial de cortapisa y línea fronteriza. De este modo, entendemos que la atribución de valor probatorio a la declaración de la víctima no puede mantenerse sin el debido respeto al derecho de defensa, a la prohibición de indefensión y ante todo a la presunción de inocencia, todos ellos valores mínimos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal⁶.

Es verdad que los procesos penales sobre delitos de violencia de género plantean múltiples problemas probatorios que frecuentemente llevan aparejados el riesgo de dejar impunes comportamientos presuntamente delictivos. Sin embargo, ni las dificultades en materia de prueba ni el riesgo de impunidad que comportan, justifican una flexibilización de la presunción de inocencia de manera que la declaración de la víctima tenga el carácter de prueba privilegiada y detente una especie de presunción de veracidad⁷.

España, cit., p.1635; GONZALO RODRÍGUEZ, *La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial*, en «Revista Jurídica de Castilla y León», 2020. nº51, p.125, LARRAURI PIJOAN, *Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal*, en «Indret: Revista para el Análisis del Derecho», 2022, nº2, p.157.

Asimismo, vid. las sentencias del TS 998/2007, 28 de noviembre; 330/2009, 1 de abril; 461/2020, 17 de septiembre; 180/2021, 2 de marzo; 351/2021, 28 de abril; 957/2021, 9 de diciembre; 64/2022, 27 de enero; 853/2022, 27 de octubre.

6. La advertencia ya la recogía NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, cit., p.480, al afirmar que «el testimonio de la mujer que ha padecido presuntamente malos tratos es válido para desvirtuar la presunción de inocencia» pero «en aquellos casos en que la declaración de la víctima es la única prueba de cargo se hace necesario proceder con todas las cautelas posibles a fin de preservar las garantías procesales».

7. Esta postura no siempre se ha mantenido de manera firme e unánime en la jurisprudencia. Así, algunas sentencias, aunque de forma vacilante, han venido considerando la víctima como testigo cualificado. Algunas de estas resoluciones son las sentencias del TS 2003/2018, de 24 de mayo y 2182/2018, de 13 de junio. Ahora bien, aunque en la primera de ellas se afirma abiertamente que «la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflujo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba», en la segunda debe reconocerse que el Alto Tribunal matiza que el carácter privilegiado de estas testificales «no quiere decir que la credibilidad de la víctima sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de la declaración y, otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso».

Sea como fuere, existen muchas otras resoluciones judiciales que, junto con reconocer valor probatorio a la declaración de la víctima, entienden la necesidad de extremar las precauciones a la hora de su valoración para no poner en riesgo el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Vid., entre otras, las sentencias del TC 16/2000, 31 de enero; 68/2001, 17 de marzo; 78/2005, 4 de julio; 345/2006, 11 de diciembre; 146/2007, 18 de junio; 56/2010, 4 de octubre; 9/2011, 28 de febrero.

De todo lo expuesto puede concluirse que, en aquellos procesos penales donde la declaración de la víctima integra de manera única la prueba, es necesario encontrar un equilibrio entre dos elementos que en estos casos aparecen en un principio como enfrentados. De una parte, el derecho a la presunción de inocencia del presunto autor del delito, y de la otra, la legítima expectativa de justicia de la víctima. Encontrar la armonía entre estos dos conceptos no es tarea fácil y seguramente requiere el establecimiento de unos parámetros que permitan determinar cuándo la declaración de la víctima puede adquirir valor de prueba testifical inculminatoria.

2. El problema de exigir la persistencia en las declaraciones prestadas por la víctima

En la línea de lo acabado de exponer, el Tribunal Supremo ha acordado establecer unos requisitos necesarios para otorgar valor probatorio a la declaración de la víctima en aquellos supuestos en que la misma constituye la única prueba de cargo de la causa. Se trata de criterios establecidos con carácter general para cualquier víctima o testigo y a los que debe conferirse carácter relativo. La contingencia de estos parámetros implica descartar su valor absoluto o normativo, así como la necesaria concurrencia cumulativa de todos ellos⁸. De este modo, puede afirmarse que son criterios que no determinan el contenido de la decisión del órgano jurisdiccional, sino que más bien sirven para orientarla.

El carácter relativo de los criterios introducidos por el Tribunal Supremo es particularmente conveniente en los supuestos de violencia de género. Las circunstancias de agresión y desgaste psicológico en las que se encuentra inmersa la víctima justifican una adaptación de los criterios establecidos por el Alto Tribunal. En este punto la perspectiva de género se presenta como un instrumento de gran utilidad para interpretar y aplicar aquellos requisitos a los supuestos de violencia que nos ocupan. Así, una adecuada valoración judicial de las manifestaciones de las víctimas no puede prescindir del perfil y de la situación en que se encuentra la mujer que testifica y por lo tanto el juez a la hora de efectuar la valoración probatoria de la declaración de la víctima debe hacerlo adap-

8. Vid. FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, cit., pp.126-126; GONZÁLEZ MONJE, *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España*, cit. Pp.1638-1639.

El carácter relativo de los requisitos establecidos por el Alto Tribunal también queda recogido en las sentencias del TS 1168/2001, 15 de junio; 998/2007, 28 de noviembre; 330/2009, 1 de abril; 381/2014, 21 de mayo; 891/2014, 23 de diciembre; 461/2020, 17 de septiembre; 351/2021, 28 de abril; 957/2021, 9 de diciembre; 456/2024, 23 de mayo.

tando aquellos elementos orientadores al contexto acabado de exponer⁹. La valoración del testimonio de la víctima y su consideración como elemento de prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado precisa, en cada caso concreto planteado, de un análisis individualizado de cada uno de los requisitos que con carácter general ha establecido el Tribunal Supremo para otorgar valor probatorio a la declaración de una víctima.

Las condiciones estipuladas por el Alto Tribunal se refieren a distintos aspectos de la declaración del testimonio o víctima. Algunos aluden a circunstancias subjetivas de la persona que declara exigiendo su credibilidad. Otros se refieren a aspectos internos y externos de las manifestaciones vertidas requiriendo que las mismas sean congruentes, uniformes, concretas y corroboradas por datos diversos. Y finalmente existen requisitos relacionados con el modo en que tiene lugar la declaración pretendiendo que se mantenga de forma reiterada a lo largo de todo el proceso.

De acuerdo con este último criterio, el reconocimiento de valor probatorio a la declaración de la víctima requiere que esta última mantenga la incriminación en las diversas declaraciones que emite durante todo el procedimiento. Esto significa que, tanto ante la policía, como ante el juzgado de instrucción, como ante el tribunal enjuiciador, la víctima ha de expresar su postura inculpatoria sin contradecirse ni desdecirse.

Si bien la exigencia acabada de mencionar puede parecer razonable con carácter general, es cierto que su cumplimiento resulta especialmente difícil en los supuestos de violencia de género. En este tipo de delitos, mantener la persistencia en la incriminación a lo largo del *iter* procesal no es sencillo para la víctima. Por un lado, se trata de delitos en los que concurren características especiales derivadas de la afectividad compartida entre víctima y agresor, que explican que este tipo de víctima reaccione de forma diferente a como lo haría la víctima de otro delito. Por otro, el hecho de que la víctima deba declarar en el acto del juicio después de haberlo hecho en la fase de instrucción puede conducir a situaciones en que testifique en la fase de enjuiciamiento con retractaciones y contradicciones.

Debe tenerse en cuenta que la rectificación de la víctima en su declaración, si bien a veces puede dimanar de su falta de credibilidad, en muchas otras ocasiones puede obedecer a factores diversos que no están relacionados con aquélla. No puede olvidarse que el estado psicológico en que se encuentran las

9. Vid. En este sentido MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, cit., p.455.

víctimas de violencia de género (con baja autoestima, dependencia de su agresor y estrés postraumático) muy fácilmente puede conducir y explicar el cambio de declaración de la víctima y que su actuación procesal no sea uniforme durante toda la tramitación del proceso¹⁰.

Lamentablemente, la existencia de contradicciones entre la declaración prestada en el juicio oral y la efectuada en la instrucción acaba provocando, en la mayor parte de los supuestos, una situación de falta de prueba suficiente para dictar sentencia condenatoria. Es por ello que las páginas que siguen están dedicadas precisamente al estudio de la exigencia de mantener la incriminación desde la óptica de la perspectiva de género. Entendemos que una lectura del criterio mencionado con esta nueva percepción puede ayudar a evitar, o al menos minimizar, el riesgo de insuficiencia probatoria cuando en supuestos de violencia de género se disponga únicamente de la declaración de la víctima.

3. Posibles soluciones a las contradicciones de la víctima durante el proceso

A la vista de lo expuesto, la interpretación del requisito objeto de análisis precisa de una adaptación en los casos de violencia de género. Esta adecuación pasa por no utilizar las contradicciones como criterio automático para privar de fuerza probatoria a la declaración de la víctima. Es necesario un análisis de estas situaciones con perspectiva de género a través del cual evitar la asimilación instantánea de las retractaciones y las contradicciones en las declaraciones de la víctima con la falta de cumplimiento del requisito de la persistencia en la incriminación.

En efecto, la respuesta a estas situaciones no puede consistir en una lectura literal y estricta del requisito de la persistencia en la incriminación que invariablemente deniegue de forma automática la credibilidad de la víctima y deje al

10. Vid. MIRANDA ESTRAMPES, *op.cit.*, p.456; RODRÍGUEZ BOENTE, *La prueba en los supuestos de violencia de género*, cit, p.243; MONTESINOS GARCÍA, *La dispensa de la obligación de declarar según el artículo 416 LECrim*, en «La prevención y la erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense» (Coords. MARTÍNEZ GARCÍA, VEGAS AGUILAR, BOIX REIG), Navarra, 2012, pp.391-392.

A la hora de valorar la ambivalencia de la mujer víctima de violencia de género, muchas veces «no se tiene en cuenta que algunas de las víctimas de estos delitos suelen presentar pensamientos y emociones contrarias hacia a sus parejas, sentimientos contradictorios de amor y odio, autonomía y dependencia, reconociéndose como víctimas, pero también como corresponsables de la situación, lo que explicaría las retractaciones en las denuncias como en las decisiones sobre la ruptura de la relación, así como el mantenimiento de la convivencia pese al sufrimiento» (RAMÍREZ ORTIZ, *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Valencia, 2019, p.147).

juez sin prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia abocándole a dictar una sentencia de absolución.

Por el contrario, la respuesta a las situaciones expuestas exige una evaluación por parte del juez de las circunstancias concretas de los hechos y buscar mecanismos que ayuden a minimizar el efecto mencionado. Así, se plantea la posibilidad de tomar en consideración las declaraciones inculpativas prestadas en la fase de instrucción y utilizarlas para fundamentar una sentencia de condena. El ordenamiento jurídico ofrece instrumentos que permiten valorizar la declaración sumarial sin menoscabar garantías procesales básicas, como pueden ser el derecho de defensa, el principio de contradicción, la presunción de inocencia o la prohibición de indefensión. A continuación, se analizan dos de estas posibles soluciones.

3.1. Cotejo de las declaraciones divergentes

Ciertamente, para el caso de las contradicciones y las retractaciones entre las declaraciones de la instrucción y del juicio oral, el art 714 LECrim ofrece un mecanismo que puede servir para superar el riesgo de llegar a una situación de insuficiencia probatoria que inevitablemente conduzca a un pronunciamiento absolutorio. En este sentido, el precepto prevé que cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la declaración prestada en el sumario, cualquiera de las partes puede pedir la lectura de esta última.

Los términos del precepto permiten al juez sentenciador realizar una confrontación entre las afirmaciones realizadas en la instrucción y las efectuadas en el acto del juicio oral con el objetivo de determinar cuál de ellas es más veraz. Verdaderamente, en los supuestos de contradicciones y retractaciones no nos encontramos ante supuestos de inexistencia de actividad probatoria sino más bien ante un tema de apreciación probatoria y, por consiguiente, parece razonable que, a partir de las manifestaciones discrepantes, el órgano jurisdiccional pueda realizar un ejercicio de comparación entre ellas y concretar las que gocen de mayor fiabilidad y verosimilitud.

De esta manera, de acuerdo con el art 714 LECrim, es posible, en los supuestos de contradicciones y retractaciones entre las declaraciones de la instrucción y del plenario, que el juez tome en consideración las declaraciones inculpativas realizadas por la víctima de violencia de género en la fase sumarial, y, una vez cotejadas en el juicio, las considere prueba de cargo. Ahora bien, para que el juez pueda, en su caso, dar prevalencia a las declaraciones sumariales por encima de las emitidas en el juicio oral e incorporarlas en la sentencia, es nece-

saría la concurrencia de un conjunto de circunstancias, relacionadas con el respeto a los principios de contradicción e intermediación judicial¹¹.

En primer lugar, es indispensable que en la práctica de la diligencia de instrucción se hayan observado las formalidades y requisitos exigidos por la ley. En este sentido, el respeto a la garantía de la contradicción en la toma de declaración de la víctima durante la fase de investigación adquiere un papel determinante en su posible incorporación al juicio oral. Así, la eventual concesión de valor probatorio a la declaración sumarial únicamente es posible si el Letrado del imputado participó en la práctica de esta declaración interrogando a la víctima o al menos tuvo la oportunidad de hacerlo. A la vista de lo acabado de exponer, sería recomendable procurar en cualquier caso la participación del Letrado del imputado en el momento en que la víctima testifica en la fase de instrucción, a fin de asegurar, ante eventuales retractaciones o cambios de versión, la incorporación en el acto del juicio oral, mediante la lectura, del contenido de las manifestaciones prestadas en esta primera fase del proceso¹², su comparación con las efectuadas en el juicio y su posible prevalencia respecto estas últimas.

En segundo lugar, la confrontación de las declaraciones sumariales y las del juicio oral requiere que las primeras sean sometidas a contradicción en el plenario, posibilitando el derecho de defensa del acusado ante la intermediación del órgano judicial que ha de dictar sentencia¹³. Se trata de dos requisitos fundamentales que deben concurrir, en los supuestos de contradicciones y retracta-

11. Tal como indica NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, cit. p.482, «si bien los únicos medios de prueba válidos aptos para desvirtuar la presunción de inocencia son los practicados en el juicio oral o los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, tal afirmación no puede entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar cualquier eficacia probatoria a las diligencias de instrucción practicadas con la formalidades que la Constitución y el ordenamiento jurídico exigen, siempre que puedan someterse a contradicción, a fin que el tribunal pueda juzgar la extensión y el contenido de las declaraciones prestadas ante el juez de instrucción con las vertidas en el juicio oral».

Igualmente, vid. en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 80/1986, 17 de junio; 25/1988, 23 de febrero; 137/1988, 7 de julio; 182/1989, 3 de noviembre; 94/2002, 22 de abril; 195/2002, 28 de octubre; 25/2003, 10 de febrero; 344/2006, 11 de diciembre; 56/2010, 4 de octubre; 78/2013, 8 de abril; 165/2014, 8 de octubre; 33 /2015, 2 de marzo.

En esta línea también se pronuncian las sentencias del TS 957/2008, 18 de diciembre; 1238/2009, 11 de diciembre; 603/2010, 8 de julio; 497/2016, 9 de junio; 511/2017, 14 de julio; 468/2020, 23 de septiembre; 120/2021, 11 de febrero; 790/2021, 18 de octubre; 446/2022, 5 de mayo; 466/2022, 12 de mayo; 749/2022, 13 de septiembre; 791/2022, 28 de septiembre; 853/2022, 27 de octubre; 3/2024, 10 de enero; 192/2024, 29 de febrero; 309/2024, 11 de abril.

12. Vid. en este sentido MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, cit., pp.458-459.

13. Así lo entienden, entre otros, FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, cit., p.138; GONZALO RODRÍGUEZ, *La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial*, cit., pp.133-134.

ciones, para el juez poder cotejar ambas declaraciones y si es necesario poder dictar sentencia en base a la incriminación manifestada en la instrucción.

Así, por un lado, debe respetarse el principio de contradicción, que permite que la testigo explique las diferencias o contradicciones entre lo afirmado durante la investigación y lo expresado en el acto del juicio. La eventualidad que tales contradicciones constituyan un delito de falso testimonio debería ser del todo excepcional, debido no sólo a la condición del derecho penal como *ultima ratio*, sino también por el riesgo de criminalizar, con esta acusación, a una persona que muy probablemente esté actuando paralizada por el miedo. Así mismo, la lectura en el juicio de las declaraciones de la víctima realizadas en la instrucción proporciona al acusado la posibilidad de debatir sobre ellas y defenderse.

Igualmente, por otro, también debe darse cumplimiento al principio de inmediación judicial. Esto es, la exigencia que el juez que dicte la sentencia haya estado presente en la celebración del juicio oral y haya podido observar las explicaciones de la víctima sobre sus discrepancias y las alegaciones del acusado sobre esta cuestión. La inmediación judicial garantiza que el juez forme su convicción para dictar sentencia directamente sobre lo que ha visto y escuchado. De este modo, el juez no solo percibe directamente lo que se explica en el juicio, sino que también capta gestos y matices de voz e, incluso, puede intervenir en las declaraciones y explicaciones expuestas. Al mismo tiempo, el hecho de que el juez que dicte la sentencia goce de inmediación facilita una mayor y mejor argumentación por parte del órgano judicial sobre las razones que, en su caso, le hayan llevado a considerar más verosímil y fiable la primera declaración sumarial en detrimento de la segunda, prestada en el juicio oral.

3.2. Utilización del mecanismo de la prueba preconstituida

Otra solución para salvar la existencia de contradicciones y retractaciones entre las declaraciones sumariales y del juicio oral pasaría por evitar, en la medida de lo posible, la repetición de la declaración de la víctima en el acto del juicio y reconocer el carácter de prueba preconstituida a su declaración en la fase de instrucción¹⁴.

14. Vid., en este sentido, FUENTES SORIANO, *op.cit.*, pp.144-145; NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, cit., pp.484-485; MONTESINOS GARCÍA, *La dispensa de la obligación de declarar según el artículo 416 LECrim*, cit., pp.405-406; BUJOSA BADELL, *El valor de la declaración del imputado y de la víctima de violencia de género en el atestado policial*, en «Violencia de género e igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos» (Dir. FIGUERUELO BURRIEZA, DEL POZO PÉREZ, LEÓN ALONSO, Coord. GALLARDO RODRÍGUEZ), Granada, 2013, p.32.

3.2.1. Fundamento y finalidad de la medida

No puede obviarse que la víctima de violencia de género se encuentra sometida a enormes presiones físicas y psicológicas y que en medio de este conjunto de sentimientos a la práctica decide frecuentemente, bien por su propia voluntad, bien por las amenazas recibidas de su agresor, cambiar la versión de sus manifestaciones, frustrando, así, las expectativas probatorias del procedimiento. En este contexto, una medida como la expuesta, no sólo serviría para evitar eventuales cambios en las manifestaciones de la víctima, sino también reduciría el efecto victimizador que para ella supone el tener que reiterar su declaración en distintos momentos procesales, ya que podría ahorrarse el trance de revivir nuevamente en el juicio oral unos hechos para ella traumáticos.

De este modo, la utilización de la figura de la prueba preconstituida perseguiría una doble finalidad. Por un lado, evitar que el lapso temporal entre la declaración en fase de instrucción y la fecha del juicio oral ocasione contradicciones y retractaciones en la versión de la víctima. Por otro, proteger a la víctima ante el riesgo de victimización secundaria que le puede provocar el tener que declarar en distintas ocasiones durante la tramitación procedimental¹⁵.

Justamente este carácter tuitivo de la prueba preconstituida puede encontrar su fundamento en el Estatuto de la Víctima del Delito. El art 21 de la Ley insta a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal a adoptar una serie de medidas destinadas al apoyo y protección de la víctima. Entre las medidas previstas se enumeran a dos que afectan a la cuestión ahora objeto de análisis. En primer lugar, procurar que la víctima reciba declaración cuando resulte necesario y sin dilaciones indebidas. Y en segundo, facilitar que la víctima preste declaración el menor número de veces posible y únicamente cuando resulte necesario para los fines de la investigación penal. Y qué duda cabe que la prueba preconstituida se erige como un mecanismo esencial para lograr estos objetivos.

3.2.2. Existencia de causa legítima

La posibilidad que la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida está regulada en el art 449 bis LECrim. El precepto reserva esta eventualidad para los casos legalmente previstos, es decir, cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona

15. En este sentido, aunque en relación con la declaración de la víctima menor de edad, se expresa PILLADO GONZÁLEZ, *Preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad*, en «El proceso como garantía» (Dirs. ASENSIO MELLADO, FUENTES SORIANO), Barcelona, 2023, pp.591-592.

Pueden leerse también, entre otras, las sentencias del TS 153/2022, 22 de febrero; 3/2024, 10 de enero; 285/2024, 21 de marzo; 676/2024, 27 de junio.

con discapacidad necesitada de especial protección (art 449 ter LEcrim) y en aquellos supuestos en los que exista un riesgo de poder practicar la declaración en el acto del juicio oral (arts 448 y 777 LEcrim). De este modo, la norma da cumplimiento a una consolidada jurisprudencia y doctrina del Tribunal Constitucional que condiciona la legitimidad de la exclusión de la presencia de la víctima en el juicio oral a la existencia de una causa legítima que impida dicha declaración¹⁶.

Los supuestos que prevén los arts 448 y 777 citados de imposibilidad de volver a practicar la declaración testifical en el juicio oral y que por consiguiente erigen dicha declaración sumarial en prueba preconstituida son los siguientes: la posible muerte del testigo o de la víctima, su posible incapacidad, su ausencia del territorio o su lugar de residencia, y cualquier otro motivo que razonablemente haga temer por la realización de la prueba en el marco del juicio.

Es cierto que de la lectura de los preceptos mencionados parece deducirse que las causas previstas se refieren a supuestos concretos de imposibilidad material de práctica de la prueba, de difícil concurrencia, por otra parte, en los casos de maltrato a la mujer. Ello, no obstante, en nuestra opinión, esta circunstancia no debería ser obstáculo para poder atribuir el valor de prueba preconstituida a la declaración sumarial de la víctima de violencia de género en otras situaciones más allá de las contempladas literalmente en la ley. Así, uno de los supuestos en que, a nuestro entender, sería razonable preconstituir la prueba sería aquél en que se trata de preservar con ello la salud psíquica y emocional de la mujer víctima¹⁷. Distintos argumentos apuntan a esta dirección.

En primer lugar, creemos que debería buscarse una lectura de los artículos citados de la LEcrim coherente con el espíritu del Estatuto de la Víctima del Delito, que trata de ofrecer una protección integral a la víctima frente al riesgo de la victimización secundaria. En este sentido sería deseable abogar por una interpretación de los preceptos que ampliara el concepto de imposibilidad del testigo para realizar la prueba en el juicio e incluir en el mismo el riesgo que supone para la estabilidad emocional de la víctima la declaración en el plenario.

16. Vid. entre otras las sentencias del TS 365/2012, 15 de febrero; 538/2016, 17 de junio; 222/2019, 29 de abril; 579/2019, 26 de noviembre; 690/2021, 15 de septiembre; 465/2022, 12 de mayo; 853/2022, 27 de octubre; 24/2023, 26 de enero; 558/2023, 6 de julio; 285/2024, 21 de marzo.

Igualmente se ha pronunciado el TC en las sentencias 209/2001, 22 de octubre; 56/2010, 4 de octubre; 53/2013, 28 de febrero; 165/2014, 8 de octubre.

17. De forma similar, pero en relación con otro tipo de asuntos, la jurisprudencia ha ido admitiendo la aplicación del mecanismo de la prueba preconstituida más allá de las circunstancias previstas en la ley y atendiendo a la situación de vulnerabilidad de la víctima. Así, por ejemplo, en los casos del delito de trata de seres humanos (SSTS 396/2019, 24 de julio; 172/2024, 27 de febrero) y en los supuestos de abusos de menores (SSTS 222/2019, 29 de abril; 579/2019, 26 de noviembre; 24/2023, 26 de enero).

Al mismo tiempo, entendemos que los artículos mencionados no establecen un *numerus clausus* de causas de imposibilidad de declarar y, por consiguiente, puede interpretarse que también quedan comprendidos en su ámbito de aplicación otro tipo de motivos¹⁸. En efecto, de todos los motivos antes expuestos, si bien la mayoría responden a obstáculos concretos para prestar declaración, el último de los mencionados deja la puerta abierta a incluir otro tipo de impedimentos. Así, dentro de los motivos que razonablemente hacen temer por la realización de la prueba testifical en el marco del juicio, un impedimento que podría introducirse en los supuestos de víctimas de violencia de género podría ser las posibles consecuencias psíquicas y morales que podría ocasionar a la mujer el hecho de volver a declarar en el juicio oral¹⁹.

No se trata con ello de trasladar siempre y en cualquier caso la declaración testifical de la víctima a la fase de instrucción. La norma general debe continuar siendo que todos los testigos deben declarar en el juicio para asegurar de este modo y de forma plena las garantías de contradicción y defensa. El reconocimiento como prueba preconstituida de la declaración sumarial de la víctima y su consiguiente ausencia en las sesiones del juicio oral debería reservarse, como ha quedado dicho, para determinadas situaciones, aquéllas en que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el plenario. En este sentido, evitar los riesgos de victimización secundaria de la mujer víctima cuando quede acreditado que su comparecencia en juicio puede comportarle daños psicológicos debería ser razón suficiente y fundada para justificar su ausencia del juicio oral y podría incluirse en lo establecido en el art 777 LECrim, según el cual cualquier motivo que razonablemente haga temer por la declaración testifical en el marco del juicio, permite erigir en prueba preconstituida a la declaración realizada en la instrucción.

Ahora bien, la determinación de la existencia de esta causa legítima requeriría una labor de ponderación por parte del juez de los derechos e intereses en juego. El órgano jurisdiccional debería tomar en consideración, de un lado, el derecho de defensa del acusado y, de otro, las necesidades de protección de la mujer centradas en evitar su revictimización²⁰. Se trata de un examen que debería realizarse caso por caso, valorando, en el momento del juicio oral, si la comparecencia en juicio de la mujer puede provocar una segunda victimiza-

18. Vid. en este sentido MONTESINOS GARCÍA, *La dispensa de la obligación de declarar según el art 416 LECrim*, cit., p.407.

19. Varios autores se pronuncian a favor de esta opción. Entre ellos, puede leerse a FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, cit., p.143; MONTESINOS GARCÍA, *op.cit.*, p.405; MARTÍN DIZ, *Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género*, cit., p.54.

20. Vid. en este sentido NACARINO LORENTE, *La declaración del menor víctima del delito como prueba preconstituida*, en «La Ley Probática», 2020, nº1, pp.13 y 21; PILLADO GONZÁLEZ, *Preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad*, cit., p.599.

ción que le pueda causar perjuicios para su estabilidad emocional²¹. Evidentemente, para valorar la existencia de este riesgo, el tribunal debería contar con informes periciales médicos que acreditasen tales circunstancias. Así, si el juez llegara a la conclusión que la declaración de la víctima en el juicio oral podría menoscabar su salud psíquica, podría prescindir de la misma y acudir a la prueba preconstituida de la declaración realizada en sede de instrucción.

3.2.3. *Requisitos de procedibilidad*

En cualquier caso, la existencia de una causa legítima que justifique la preconstitución de la declaración de la víctima de violencia de género no es suficiente para excusar la presencia de la testigo en el juicio oral y utilizar su declaración sumarial como prueba de cargo. Tanto la jurisprudencia como el art 449 bis LECrim condicionan esta posibilidad al cumplimiento de una serie de requisitos formales²².

a) *Respeto a las garantías constitucionales de contradicción e intermediación judicial*

La concesión del carácter de prueba preconstituida a la declaración sumarial de la víctima de violencia de género únicamente puede concebirse si concurren unas determinadas circunstancias que garanticen el respeto a las garantías constitucionales del proceso²³.

21. En esta línea se pronuncia la sentencia del TS 206/2020, 21 de mayo, según la cual, «la preconstitución ha de estar justificada en razones serias de conveniencia o de imposibilidad. Aun estando ya preconstituida, si alguien la reclama, debe constatar que las circunstancias que determinaron la anticipación persisten en el momento del plenario».

22. Vid., por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 303/1993, 25 de octubre; 153/1997, 29 de septiembre; 72/2001, 26 de marzo; 209/2001, 22 de octubre; 12/2002, 28 de enero; 94/2002, 22 de febrero; 195/2002, 28 de octubre; 187/2003, 27 de octubre; 17/2004, 23 de febrero; 1/2006, 16 de enero; 344/2006, 11 de diciembre; 29/2008, 20 de febrero; 56/2010, 4 de octubre; 68/2010, 18 de octubre; 127/2011, 18 de julio; 165/2014, 8 de octubre; 59/2023, 23 de mayo.

El Tribunal Supremo por su parte también se pronuncia en este sentido. Vid. las sentencias 365/2012, 15 de febrero; 538/2016, 17 de junio; 222/2019, 29 de abril; 579/2019, 26 de noviembre; 44/2020, 11 de febrero; 321/2020, 17 de junio; 690/2021, 15 de septiembre; 107/2022, 10 de febrero; 153/2022, 22 de febrero; 853/2022, 27 de octubre; 881/2022, 8 de noviembre; 24/2023, 26 de enero; 558/2023, 6 de julio; 3/2024, 10 de enero; 281/2024, 21 de marzo.

23. Vid. MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, cit., pp.458-460; MONTESINOS GARCÍA, *La dispensa de la obligación de declarar según el artículo 416 LECrim*, cit., p.406; BUJOSA BADELL, *El valor de la declaración del imputado y de la víctima de violencia de género en el atestado policial*, cit., p.32; NACARINO LORENTE, *La declaración del menor víctima del delito como prueba preconstituida*, cit., p.21; CASANOVA MARTÍ, *La nueva configuración de la prueba preconstituida como mecanismo para evitar la victimización secundaria de las personas menores víctimas de violencia de género*, en «La prueba de la violencia de género y su problemática judicial» (Dir. CERRATO GURI), Madrid, 2022, pp.247-248; PILLADO GONZÁLEZ, *Preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad*, cit., pp.603-604; PINO PÉREZ, *La declaración de la víctima de delitos sexuales como prueba preconstituida. Ventajas e inconvenien-*

En efecto, el respeto al derecho de defensa del acusado es el requisito que exige el Tribunal Constitucional para admitir excepciones a la regla general de práctica de la prueba en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez. El Alto Tribunal reconoce que la necesidad de ponderar estas garantías con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de la regla mencionada e introducir determinados supuestos de excepción siempre que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. De ello parece deducirse que el derecho a interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso, de modo que, las declaraciones prestadas en fases anteriores al juicio oral no tienen por qué lesionar el derecho a un proceso debido si han podido ser sometidas a contradicción.

El cumplimiento de la garantía de la contradicción exige la presencia del abogado del investigado en la toma de declaración durante la fase de instrucción para poder intervenir e interrogar a la víctima. Así lo establece el art 449 bis LECrim, el cual, si bien no requiere la presencia de la persona investigada para la práctica de la prueba preconstituida, sí que obliga a la de su defensa letrada. Incluso, para evitar la invalidez de la prueba, el propio precepto prevé que en caso de incomparecencia injustificada del abogado defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente a la realización de la declaración, el acto se sustancie con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

Junto con la observancia de la garantía de contradicción, el reconocimiento como prueba preconstituida de la declaración sumarial de la víctima, requiere que la misma haya tenido lugar respetando la también garantía de la inmediatez judicial, es decir, con la necesaria intervención del Juez de Instrucción. Así se deduce del redactado del art 449 bis LECrim cuando alude a la autoridad judicial, dando a entender que la posibilidad prevista en la norma de practicar la declaración del testigo como prueba preconstituida únicamente es viable en esta sede. La exigencia de la inmediatez judicial es completamente razonable en la medida que el Juez es quien tiene reconocido el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, al mismo tiempo, excluye la extensión de esta solución a la

declaración de la víctima prestada ante la policía²⁴. La declaración policial de la víctima debe ser reiterada ante un órgano jurisdiccional, bien el Juez de Instrucción, bien el órgano competente para el juicio oral. De lo contrario, esto es, en caso de ser contradictoria con la declaración prestada en sede judicial o en caso de negativa a volver a declarar por parte de la víctima, la declaración policial presenta deficiencias evidentes para ser tomada directamente en consideración.

Así, sería oportuno que en los casos de violencia de género que ahora nos ocupan, el Juez de Instrucción practicase de forma inmediata la declaración a la víctima garantizando la contradicción de las partes y que ya en los primeros momentos de la investigación el letrado del sujeto investigado pudiera participar en la toma de declaración de la víctima. De este modo, si en la fase del juicio oral, la víctima alega alguno de los impedimentos para declarar, podría darse valor probatorio a su declaración instructoria realizada con intermediación y contradicción sin riesgo de vulnerar las garantías del art 24 CE.

b) Documentación de la declaración prestada en fase de instrucción

Junto con todo lo expuesto, el art 449 bis LECrim exige, para la preconstitución de la prueba, que la declaración sumarial de la víctima quede documentada en soporte apto para la grabación del sonido y de la imagen. Una vez realizada la grabación audiovisual, corresponde al Letrado de la Administración de Justicia comprobar de forma inmediata la calidad de la misma y realizar un acta sucinta con la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida.

El objetivo de la grabación audiovisual de la declaración prestada en la fase de instrucción es su reproducción en el acto del juicio oral. Así lo prevén los arts 730.2 y 703 bis LECrim, conforme a los cuales, cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en los arts 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de la víctima o testigo, cualquiera de las partes podrá solicitar la reproducción en la vista de la grabación audiovisual realizada, sin que sea necesaria la presencia de quien haya declarado en dicho acto.

24. Vid. en este sentido FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, cit., pp.138-139; BUJOSA BADELL, *op.loc.cit.*; GONZALO RODRÍGUEZ, *La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial*, cit., p.132.

Igualmente, pueden leerse, entre otras, las sentencias del TS 2184/2001, 23 de noviembre; 220/2006, 22 de febrero; 1238/2009, 11 de diciembre; 44/2015, 29 de junio; 234/2018, 17 de mayo; 655/2020, 3 de diciembre; 403/2023, 25 de mayo.

Esta es la vía a través de la cual las manifestaciones realizadas en la fase de instrucción entran en la fase de enjuiciamiento del proceso penal, cuando no pueden reproducirse en este momento de la causa, y accediendo de este modo al debate procesal público pueden ser sometidas a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervienen en el juicio oral.

Si bien el mecanismo de la prueba preconstituida sirve para evitar la declaración de la víctima en el juicio oral cuando concurre causa legítima que lo justifique y siempre que la declaración prestada en instrucción cumpla con las garantías procesales necesarias, la Ley deja abierta la puerta a la intervención del testigo en la vista para practicar la declaración. Los supuestos en que está prevista la declaración en el juicio oral son justamente aquellos en que la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el art 449 bis LE-Crim y pudiere causar indefensión. En estos casos, la intervención debe solicitarse a instancia de parte y la decisión sobre la participación del testigo queda a criterio del órgano encargado del juicio oral.

4. Conclusiones

Primera. Las condiciones de intimidad y clandestinidad en que se cometen los delitos de violencia de género ocasionan con frecuencia situaciones de insuficiencia probatoria en los procedimientos judiciales seguidos por estos asuntos y, en consecuencia, el riesgo de no poder dictar una sentencia de condena.

Segunda. La consideración de la declaración de la víctima como única prueba de cargo se erige como una solución adecuada para solventar estos problemas probatorios, ya que supone conceder, a la manifestación de la mujer, la fuerza suficiente para poder desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia de que goza el acusado.

Tercera. La atribución de este valor probatorio a la declaración de la víctima debe llevarse a cabo indudablemente dentro de los límites de las garantías procesales del art 24 CE. Así, el Tribunal Supremo, precisamente en aras a asegurar el respeto a los valores mínimos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, ha supeditado aquel reconocimiento al cumplimiento de un conjunto de requisitos.

Cuarta. Sin embargo, los criterios requeridos con carácter general por el Alto Tribunal precisan de una adaptación cuando se trata de supuestos de violencia de género. El complejo estado emocional en que se encuentra la víctima en estos casos explica que este tipo de víctima reaccione de forma diferente a como lo haría la víctima de otro delito y, en esta medida, justifica una adecuación de aquellos requisitos.

Quinta. Una de las condiciones exigidas para reconocer valor probatorio a la declaración de la víctima y que refleja con claridad la necesidad de una adaptación a los supuestos de violencia de género, alude al mantenimiento de la incriminación por parte de la víctima en las diversas declaraciones que emite durante el procedimiento. Si bien la persistencia en la incriminación se exige con carácter general como muestra de la credibilidad y la constancia de la víctima, por el contrario, su cumplimiento resulta especialmente difícil en los supuestos de violencia de género. En estos casos, el estado psicológico de la víctima conduce fácilmente a que su actuación procesal no sea uniforme a lo largo del proceso y cambie el contenido de la declaración en las distintas fases de la causa.

Sexta. Una lectura estricta de este requisito cuando nos encontramos con supuestos de contradicciones de la víctima conduciría invariablemente a denegar de forma automática la credibilidad de la víctima de violencia de género y dejaría casi siempre al juez sin prueba de cargo suficiente para dictar una sentencia de condena. Es por ello que resulta perentorio un análisis de estas situaciones con perspectiva de género que permita encontrar mecanismos que ayuden a minimizar el efecto mencionado.

Séptima. Una de las soluciones más plausibles para evitar una situación de insuficiencia probatoria en los casos de contradicciones entre las declaraciones de la instrucción y del juicio oral consiste en tomar en consideración las manifestaciones incriminatorias prestadas en la fase de instrucción y utilizarlas para fundamentar una sentencia de condena. Para ello es necesaria la concurrencia de unas determinadas circunstancias tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento.

Octava. En lo que se refiere a la fase de instrucción, la concesión de valor probatorio a la declaración sumarial requiere que en la toma de declaración de la víctima durante esta fase se garantice el respeto a las garantías constitucionales del proceso. En primer lugar, el cumplimiento de la garantía de la contradicción exige la participación del Letrado del imputado en la práctica de esta declaración interrogando a la víctima. En segundo lugar, se requiere que la misma haya tenido lugar respetando la también garantía de la inmediación judicial, es decir, con la necesaria intervención del Juez de Instrucción.

Novena. Una vez practicada la declaración de la víctima con estas formalidades, y llegados a la fase de enjuiciamiento, son dos las situaciones en las cuales puede precisarse la toma en consideración de la declaración sumarial obtenida. Por un lado, en caso de declaración contradictoria de la víctima emitida en el acto del juicio oral. Por otro, en el supuesto que concurra alguna causa que impida su declaración en este momento del procedimiento.

Décima. En el primer supuesto mencionado, es decir, si existen contradicciones entre las declaraciones de la instrucción y del plenario, el juez sentenciador puede llevar a cabo, en aplicación del art 714 LECrim, una confrontación entre las afirmaciones realizadas, con el objetivo de determinar cuál de ellas es más veraz y, en su caso, dar prevalencia a las declaraciones sumariales por encima de las emitidas en el juicio oral. La confrontación de las declaraciones sumariales y las del juicio oral debe realizarse cumpliendo dos requisitos. Por un lado, debe respetarse el principio de contradicción, que permite que la testigo explique las diferencias o contradicciones entre lo afirmado durante la investigación y lo expresado en el acto del juicio y proporciona al acusado la posibilidad de debatir sobre ellas y defenderse. Por otro, también debe darse cumplimiento al principio de inmediación judicial, que permite al juez sentenciador observar e intervenir en las explicaciones de la víctima sobre sus discrepancias y en las alegaciones del acusado sobre esta cuestión.

Undécima. El segundo supuesto a que se ha hecho referencia, de carácter más excepcional, tiene lugar cuando la víctima en el momento del juicio oral alega la existencia de una causa que le impide declarar. En los supuestos de víctimas de violencia de género, un motivo razonable para evitar la repetición de la declaración sería las posibles consecuencias psíquicas y morales que podría ocasionar a la mujer el hecho de volver a declarar en el juicio oral. Si bien el motivo mencionado no constituye una causa expresamente prevista en la LECrim para excluir la presencia de la víctima en el acto del juicio, el objetivo de protección de la víctima ante el riesgo de victimización secundaria que comporta el tener que declarar en distintas ocasiones durante el proceso, justifica que excepcionalmente en el supuesto mencionado se atribuya el valor de prueba preconstituida a la declaración sumarial de la víctima de violencia de género, al amparo de lo establecido en el art 777 LECrim, según el cual, cualquier motivo que razonablemente haga temer por la declaración testifical en el marco del juicio puede erigir en prueba preconstituida a la declaración realizada en la instrucción.

Duodécima. Para valorar la existencia de este riesgo de revictimización, el tribunal debe contar con informes periciales médicos que acrediten tales circunstancias. En base a ellos, en el momento del juicio oral, caso por caso, debe ponderar los derechos e intereses en juego y analizar si la comparecencia en juicio de la mujer puede provocar una segunda victimización que le pueda causar perjuicios para su estabilidad emocional.

Decimotercera. Si después de este examen el órgano jurisdiccional concluye que el riesgo mencionado existe, debe permitir la ausencia de la víctima en el juicio oral y acudir a la prueba preconstituida de la declaración realizada en sede de instrucción. Será a través de la reproducción en el acto del juicio oral de la grabación audiovisual de la declaración sumarial, prevista en el art 730

LECrim, la manera como las manifestaciones realizadas en la fase de instrucción entrarán en la fase de enjuiciamiento del proceso penal y accederán al debate procesal público.

5. Bibliografía

- BUJOSA BADELL, *El valor de la declaración del imputado y de la víctima de violencia de género en el atestado policial*, en «Violencia de género e igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos» (Dir. FIGUERUELO BURRIEZA, DEL POZO PÉREZ, LEÓN ALONSO, Coord. GALLARDO RODRÍGUEZ), Granada, 2013, pp.23-26.
- CASANOVA MARTÍ, *La nueva configuración de la prueba preconstituida como mecanismo para evitar la victimización secundaria de las personas menores víctimas de violencia de género*, en «La prueba de la violencia de género y su problemática judicial» (Dir. CERRATO GURI), Madrid, 2022, pp.238-252.
- CERRATO GURI, *La prueba del maltrato ocasionado a la mujer víctima de violencia de género*, en «Derecho y Proceso. *Liber Amicorum* Francisco Ramos Méndez» (Coords. CACHÓN CADENAS, FRANCO ARIAS), vol.I, Barcelona, 2018, pp.615-628.
- FUENTES SORIANO, *Investigación y prueba de los delitos de violencia contra la mujer*, en «Investigación y prueba en el proceso penal» (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Coord. SANZ HERMIDA), Madrid, 2006, pp.245-264.
- FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ MONJE, *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España*, en «Revista Brasileira de Direito Processual Penal», 2020, vol.6, n°3, pp.1627-1660.
- GONZALO RODRÍGUEZ, *La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial*, en «Revista Jurídica de Castilla y León», 2020, n°51, pp.98-138.
- LARRAURI PIJOAN, *Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal*, en «Indret: Revista para el Análisis del Derecho», 2022, n°2, pp.149-162.
- MARTÍN DIZ, *Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género*, en «Revista *Ius et Praxis*», 2018, n°3, pp.19-66.
- MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, en «Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género» (Dir. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2009, pp. 449-474.
- MONTESINOS GARCÍA, *La dispensa de la obligación de declarar según el artículo 416 LECrim*, en «La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense» (Coords. MARTÍNEZ GARCÍA, VEGAS AGUILAR, BOIX REIG), Navarra, 2012, pp.391-411.
- NACARINO LORENTE, *La declaración del menor víctima del delito como prueba preconstituida*, en «La Ley Probática», 2020, n°1, pp.1-37.

- NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, en «Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género» (Dir. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2009, pp.475-503.
- PILLADO GONZÁLEZ, *Preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad*, en «El proceso penal como garantía» (Dir. ASECIO MELLADO, FUENTES SORIANO), Barcelona, 2023, pp.591-609.
- PINO PÉREZ, *La declaración de la víctima de delitos sexuales como prueba preconstituida. Ventajas e inconvenientes*, en «Derecho Penal» (Dir. GILSANZ MARTOS, MÁRQUEZ LASSO, IMBRODA ORTIZ, TUERO SÁNCHEZ, GUTIÉRREZ MAYO, GIBERT GRIFO, GAVILÁN RUBIO, ORTEGA BURGOS), 2023, pp.307-326.
- RAMÍREZ ORTIZ, *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Valencia, 2019.
- RODRÍGUEZ BOENTE, *La prueba en los supuestos de violencia de género*, en «Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas», 2011, vol.18, nº1-2, pp. 231-246.

XXIV | La protección de los alertantes en España en casos de corrupción y otros delitos graves¹

Nicolás Rodríguez-García²
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. PROEMIO. 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS. 3. ENTRADA EN VIGOR Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 4. RÉGIMEN PARTICULAR. 5. EPÍLOGO. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Proemio

Por fin, en la primavera de 2023, activado meses atrás el *warning* europeo contra España por el incumplimiento en la transposición de la comúnmente llamada Directiva *Whistleblowing*³ en el periodo marcado por la Unión⁴, se ha

1. El autor es investigador del «Centro de Investigación para la Gobernanza Global», del «GIR-USAL Justicia, sistema penal y criminología» y del «Observatorio Iberoamericano de Justicia Penal». Coordinador del «Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global». Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos de investigación *PID2022-138775NB-I00*, financiado/a por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa, «Cumplimiento normativo y protección penal de la Administración Pública», *RED2022-134265-T* «Cultura de la legalidad y lucha contra la corrupción», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, *PID2022-138775NB-I00* «WiS-H - A Whistleblowing Habitat in Southern Europe», financiado por la Comisión Europea - Unión Europea (Convocatoria CERV-2023-CHAR-LITI. # 101143143) y *CIPROM 2023-64 GVA* «Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)». ORCID ID 0000-0003-0045-796X y RESEARCHER ID A-8577-2017. Contacto: nicolas@usal.es y @nicolasUSAL.

2. Llegado el momento del *jubilare* del Prof. Manuel Cachón Cadenas, con alegría debo gritar mi agradecimiento por sus enseñanzas, su bonhomía y por dejarnos —hasta ahora, y *que no pare*— como parte importante de su legado académico el acercamiento a la vida y obra de tantos Maestros que nos han precedido en esta senda del aprendizaje y enseñanza continuo del Derecho Procesal. ¡Vitor! querido y admirado Manolo.

3. Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 *relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión* (DOUE L 305, de 26 de noviembre) —en adelante DIR 2019/1937—.

4. Concretamente, el 17 de diciembre de 2021. Solamente Dinamarca, Suecia y Portugal implementaron la Directiva en plazo, por lo que la Unión Europea abrió un procedimiento de infracción contra los otros veinticuatro países incumplidores. Al inicio de 2023, además de España, otros siete países (Alemania, Chequia,

aprobado la Ley de protección de las personas que informen de sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción⁵.

Sobre el papel, en el combate contra toda forma de conductas fraudulentas y corruptas, así como contra otros muchos hechos graves o perjudiciales para el interés general, las organizaciones —públicas y privadas— y las instituciones formales del sistema judicial —penal y administrativo— van a poder contar con las contribuciones de —más— ciudadanos comprometidos, a los que se les (*re*) *compensa* asegurándoles unas condiciones mínimas de seguridad⁶, a cargo de personas jurídicas públicas y privadas, para que les *protejan* frente a las acciones de represalia por su *traición* con quienes se relacionan laboral o profesionalmente.

Una línea de acción marcada internacionalmente⁷, fruto del decidido y contundente impulso estadounidense⁸, y que en el caso español, a diferencia de

Estonia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Polonia) seguían en la misma situación, por lo que la Comisión Europea presentó una demanda ante el Tribunal de Justicia de la Unión. La evolución del proceso de transposición puede seguirse en <https://whistleblowingmonitor.eu/> y en el «Informe sobre la Directiva Whistleblowing: Transposición de la Ley en los países europeos» [<https://www.integrityline.com/es/experiencia/white-paper/informe-directiva-whistleblowing-ue/>].

5. Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (BOE n.º 44, de 21 de febrero) —en adelante L. 2/2023—.

6. Y más, visto en términos jurídico-penales —con *alicientes* penales y procesales, llegándose a plantear hasta la inmunidad— como económicos —con posibles recompensas—. Con relación a ellos, entre muchos, véase ABBINK, K., WU, K., «Reward self-reporting to deter corruption: An experiment on mitigating collusive bribery», *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 133, 2017, pp. 256 y ss.; GIMENO BEVIÁ, J., «De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (*whistleblower vs bounty hunter*)», *Diario LA LEY*, n.º 9139, 2018, pp. 1 y ss.; HOGIC, N., «Financial Incentives for Whistleblowing. A Comparative Perspective», *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2023, pp. 1 y ss.; POTIPIROON, W., «Reward Expectancy and External Whistleblowing: Testing the Moderating Roles of Public Service Motivation, Seriousness of Wrongdoing, and Whistleblower Protection», *Public Personnel Management*, 2024, pp. 1 y ss.

7. Vid. BERMEJO, M., «Whistleblowing. Evolución y caracteres esenciales en el Derecho comparado y en la Directiva Europea 2019/1937», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 2, 2020, pp. 1 y ss.; MESEGUER YEBRA, J., «Sistema de denuncias y protección del denunciante en el sector público», en *Guía práctica de compliance en el sector público*, Campos Acuña, M. C. (dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 105 y ss.; KAFTERANIS, D., «The International Legal Framework on Whistle-Blowers: What More Should Be Done?», *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 19, n.º 3, 2021, pp. 729 y ss.

8. Así es enfatizado por KARPACHEVA, E., HOCK, B., «Foreign whistleblowing: the impact of US extraterritorial enforcement on anti-corruption laws in Europe», *Journal of Financial Crime*, vol. 31, n.º 1, 2024, pp. 1 y ss., estudiando las particularidades que en esta temática representan los ciudadanos extranjeros que ayudan a las autoridades nacionales encargadas de hacer cumplir la ley a sancionar tanto a las empresas con sede en el extranjero como a las empresas que la tienen en el país que cometen delitos económicos, una política de aplicación extraterritorial de las leyes estadounidenses sobre denuncia de casos de fraude, soborno y corrupción que ha provocado que este país se haya convertido en el líder en la imposición de sanciones a empresas nacionales y extranjeras por delitos económicos en aplicación, entre otras, de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA). Además, con este mismo enfoque de *macdonalización* jurídica, véase ARLEN, J., KAHAN, M., «Corporate governance regulation through nonprosecution», *University of Chicago Law Review*, vol. 84, n.º 1, 2017, pp. 323 y ss.; HOCK, B., DAVID-BARRETT, E., «The compliance game: Legal endogeneity in anti-

otros países como el *país irmão* Portugal⁹, estamos ante una norma de gestación no sólo *alargada* sino también *controvertida* —tanto en el plano político como en el académico¹⁰—, que no se ha nutrido suficientemente de los valores fundamentales y las lecciones aprendidas que en España se tenía sobre estas vías de recepción de informaciones comprometidas y relevantes en el sector empresarial¹¹ y en la que han tenido una participación determinante asociaciones y organizaciones del tercer sector, en su reclamo social e intentonas de mejora en el producto final que ha salido del Parlamento¹².

2. Antecedentes normativos

La Ley Española Se Ha Insertado En Un Intrincado Sistema Jurídico Nacional El Cual, De Manera Sectorial Y Desconexa, Venía Regulando Algunos Elementos

bribery settlement negotiations» *International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 71, 2022, pp. 1 y ss.; MACHADO DE SOUZA, R., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Justicia negociada y personas jurídicas: la «modernización» de los sistemas penales en clave norteamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

9. Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro. *Estabelece o regime geral de proteção de denunciante de infrações, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União* (Diário da República n.º 244/2021, Série I). Véase RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «Los whistleblowers y su protección legal en Portugal: del *law in books* al *law in action* a partir de la Ley 93/2021», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n.º 10, 2024.

10. A tenor de la ingente bibliografía monográfica aparecida desde la aprobación de la DIR 2019/1937, entre la que destacamos: FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; LEÓN ALAPONT, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; VELASCO NÚÑEZ, E., *El canal de denuncias: sector privado y público. La protección del informante en la Ley 2/2023*, de 20 de febrero, La Ley, Madrid, 2023; FORTUNY CENDRA, M. (coord.), *250 preguntas y respuestas sobre la Ley de Protección de los Informantes Ley 2/2023*, de 20 de febrero, Aranzadi, Pamplona, 2024.

11. Vid. PUYOL, J., *El funcionamiento práctico del canal de compliance «whistleblowing»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

12. Vid., entre muchos, tres ejemplos:

(a) la declaración pública de las principales organizaciones de transparencia y anticorrupción pidiendo a las autoridades que garanticen y refuercen los mecanismos y recursos de protección de los denunciantes de corrupción, particularmente a partir del estado de emergencia generado por la pandemia sanitaria de la COVID-19 [<https://www.access-info.org/wp-content/uploads/2020-04-06-CMWS-COVID-19-FINAL-VERSION-2.pdf>];

(b) el documento «Propuestas de TI-ESPAÑA sobre la Proposición de Ley integral contra la corrupción y protección de los denunciantes» [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/propuestas_proposicion_ley_integral_contra_corrup.pdf]; y

(c) el Decálogo de Recomendaciones que más de veinticinco organizaciones de la sociedad civil remitieron al Gobierno español buscando contribuir a la mejora del proyecto legislativo en materia de protección de denunciantes que se estaba tramitando [<https://www.access-info.org/wp-content/uploads/Decalogo-para-proteger-a-los-informantes-en-final.pdf>].

Además, véase COLVIN, N., GALIZZI, B., NAD, V., *Cómo proteger mejor a los alertadores: Guía práctica para transponerla Directiva europea*, Blueprint for Free Speech, Madrid, 2020.

Del Reconocimiento, Protección Y Tutela De Los Colaboradores Con La Administración De Justicia¹³.

Entre los antecedentes más significativos de la Ley podemos mencionar:

- (a) La Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación terrorismo¹⁴, la cual detalla, unificadamente para este tipo de fenómenos criminales tan necesitados de una adecuada gestión de riesgos, a los sujetos específicamente *obligados¹⁵ a adoptar las medidas preventivas, entre las que se encuentran* (i) la necesidad de que los empleados, directivos y agentes de ellos que conozcan hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de las infracciones de referencia de la norma dispongan de canales de reporte y recepción de las denuncias y de los documentos e informaciones que las complementen, que adeben asegurar su confidencialidad y seguridad; (ii) la protección de los datos relativos a la denuncia, al denunciante y a la persona física o jurídica objeto de la misma, siendo de aplicación variadas —«normales», «simplificadas» y «reforzadas»— y relevantes medidas de diligencia debida, imponiéndose a los sujetos obligados el deber de realizar una evaluación de impacto en la protección de datos de los tratamientos fijados, con el fin de adoptar medidas técnicas y organizativas reforzadas para garantizar la integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos personales, unas medidas que, en todo caso, tendrán que garantizar la trazabilidad de los accesos y comunicaciones de los datos; y (iii) la tutela efectiva del denunciante frente a eventuales represalias, actos de discriminación o cualquier clase de trato injusto.
- (b) La Ley de contratos del sector público¹⁶, la cual muestra una especial preocupación por la lucha contra la corrupción y la prevención de los «con-

13. Por ello no nos debe extrañar cómo las siete primeras disposiciones finales de la L. 2/2023 modifican: (i) la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de asistencia jurídica gratuita*; (ii) la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*; (iii) la Ley 15/2007, de 3 de julio, *de defensa de la competencia*; (iv) Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*; (v) la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*; (vi) la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público*; y (vii) la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*.

14. Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* (BOE n.º 103, de 29 de marzo) —en adelante L. 10/2010—.

15. A consecuencia de ello, el art. 48.1 L. 10/2010 deja claro que el incumplimiento del deber de información de la autoridad o funcionario que para la Ley sea sujeto obligado y que descubra hechos que puedan constituir indicio o prueba de lavado de activos o de financiación del terrorismo puede dar lugar a responsabilidad penal; y a responsabilidad disciplinaria a otros funcionarios públicos que no estén recogidos en el catálogo exhaustivo del art. 2 L. 10/2010.

16. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (BOE n.º 272, de 9 de noviembre) —en adelante L. 9/2017—.

flictos de intereses»¹⁷, que además de incrementar el fomento de la transparencia en los contratos, impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, para con ello evitar cualquier distorsión de la competencia por no conceder un trato igualitario a todos los candidatos y licitadores¹⁸. Siendo así, la existencia de canales de denuncia eficaces y rodeados de las debidas garantías para ser usados hacia el órgano de contratación en cualquiera de esas conductas o situaciones, se convierte en esencial.

- (c) El Código Penal que, tras sus reformas de 2010 y 2015, trata de superar las reticencias primigenias de los empresarios *premiando* el uso de los modelos de organización y gestión, supeditado, entre otras condiciones, a que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión¹⁹. En el momento de listar los requisitos que deben tener estos programas de cumplimiento²⁰, de manera parca exige que incluyan la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, sin decir ni cómo ni con qué garantías, y, además, que exista un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- (d) Las normas relativas a la igualdad de trato y de oportunidades de hombres y mujeres en el empleo y la ocupación²¹, destinadas a prevenir discriminaciones y acosos —sexual y por razón de sexo— en el ámbito laboral, implí-

17. En correlación con ello, el art. 71.1.a) L. 9/2017, dentro de las prohibiciones de contratar con las entidades enumeradas en la propia Ley (art. 3), incluye a las personas en quienes concurra como circunstancia el haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. Una prohibición, además, que es extensible a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese.

18. Art. 64.1 L. 9/2017.

19. Art. 31 *bis*.2 CP.

20. *Vid.* art. 31 *bis*.5 CP.

21. Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación* (BOE n.º 57, de 7 de marzo) —en adelante RDL 6/2019—.

citamente contemplan la necesidad de contar con un canal de denuncia puesto que califica como contrarias a esa garantía de igualdad, las represalias como consecuencia de las denuncias contra actos discriminatorios²².

A estos antecedentes de refuerzo estatal cabe sumar las iniciativas autonómicas —y también locales²³—, concretadas en la creación de agencias antifraude y anticorrupción²⁴ que en su ámbito territorial tratan de aportar seguridad jurídica ante los vacíos e inconsistencias normativas y apoyo institucional y técnico²⁵, así como en la aprobación de normas —sectoriales y parciales— de reconocimiento y protección de denunciantes y de gestión de canales de denuncia. Así sucede en Cataluña²⁶, Castilla y León²⁷, la Comunidad Valenciana²⁸, las Islas Baleares²⁹, Aragón³⁰, la Comunidad Foral de Navarra³¹, el Prin-

22. Vid. FABREGAT MONFORT, G., *Compliance laboral en acoso y otras conductas contrarias a la libertad sexual e integridad moral*, Lefebvre, Barcelona, 2023.

23. Como la «Oficina para la Transparencia y las Buenas Prácticas» del Ayuntamiento de Barcelona, creada en noviembre de 2015, institución que actualmente dispone de un *marco de integridad y buen gobierno*, del que forma parte un «Código ético y de conducta» [<https://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/es/marco-de-integridad-y-buen-gobierno>]; o la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid, creada en diciembre de 2016 [*Corrupcion/?vgnextfmt=default&vgnextoid=00369bbb53158610VgnVCM1000001d4a900aRCRD&vgnextchannel=ce069e242ab26010VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD*]. Vid. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (2020).

24. Las cuales actúan de manera coaligada por medio de la «Red Estatal de Oficinas y Agencias Antifraude», teniendo un posicionamiento uniforme y constructivo en la gestación de la trasposición de la Directiva en España. Vid., por ejemplo, el documento «Propuesta de enmiendas al proyecto de Ley reguladora de la protección de personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción» [<https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Premsa/proposta-esmenes-projecte-informants-xarxa-oficines-agencies-antifrau.pdf>].

25. Cfr. AGENCIA VALENCIANA ANTIFRAUDE, *Guía AVAF. Ley 2/2023: Principales obligaciones y recursos de la AVAF*, AVAF, Valencia, 2023, pp. 2 y 11 y ss.

26. Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña (BOE n.º 292, de 4 de diciembre).

27. Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes (BOE n.º 296, de 8 de diciembre), derogada por el Decreto-ley 3/2023, de 11 de mayo, por el que se regula el Sistema Interno de Información de la Administración de la Comunidad de Castilla y León (BOE n.º 91, de 15 de mayo).

28. Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana (BOE n.º 306, de 20 de diciembre).

29. Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares (BOE n.º 8 de 10 de enero).

30. Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOE n.º 216, de 8 de septiembre).

31. Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra (BOE n.º 139, de 8 de junio de 2018).

cipado de Asturias³² y Andalucía³³. Unas actuaciones que en los últimos meses se han potenciado y generalizado, como hemos adelantado, en el marco del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que obliga a reforzar los compromisos de las instituciones públicas en la lucha contra el fraude, la corrupción y el conflicto de interés³⁴; ergo, crecimiento exponencial de sistemas de integridad institucional, con un perfil esencialmente preventivo, que coadyuve a que capilaricen en las organizaciones valores éticos que sirvan de rompiente eficaz frente a inerciales prácticas corruptas y conductas públicamente inadecuadas, lo que debiera conducir a medio plazo a mejorar y consolidar la confianza ciudadana en las instituciones.

3. Entrada en vigor y ámbito de aplicación

Fuera de la temporalidad marcada por la Unión Europea, la legislación española de trasposición de la Directiva de *whistleblowers* entró en vigor, en general, el 13 de marzo de 2023; y, particularmente, en lo que toca al canal de denuncia y el régimen de confidencialidad, el 13 de junio, para las entidades públicas y privadas de más de doscientos cincuenta trabajadores, y el 1 de diciembre para las entidades que tengan entre cincuenta y doscientos cincuenta empleados, así como los municipios de menos de diez mil habitantes³⁵.

La norma tiene una perspectiva netamente preventiva, y en gran medida garantista³⁶, basada en el fortalecimiento de la cultura de la información, de las

32. Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de *Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias* (BOE n.º 253 de 19 de octubre).

33. Ley 2/2021, de 18 de junio, de *lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante* (BOE n.º 163, de 9 de julio).

34. Todo ello al amparo jurídico del art. 22 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (DOUE n.º 57, de 18 de febrero); en la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, *por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* (BOE n.º 234, de 30 de septiembre); así como en las *Orientaciones para el Refuerzo de los mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, referidos en el artículo 6 de la Orden HFP 1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* [https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/sede_electronica/subvenciones_prtr/2022-01-24_orientaciones_prevencion_deteccion_correccion_fraude_corrupcion_y_conflictos_intereses.pdf].

35. Disposición Transitoria Segunda L. 2/2023, en la que además se establece que los canales y procedimientos de información externa se tienen que regir por su normativa específica resultando de aplicación las disposiciones de la L. 2/2023 en aquellos aspectos en los que no se adecúan a la DIR. 2019/1937, adaptación que ha tenido que producirse antes de los seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley. En estos casos, el informante gozará de la protección establecida en esta Ley siempre que la relación laboral o profesional en cuyo contexto se produzca la infracción, se rija por la ley española y, en su caso, adicionalmente de la protección establecida en la normativa específica.

36. Cfr. CARRASCO MONTORO, J., «La materialización positiva del *whistleblowing* en España: la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y

infraestructuras de integridad de las organizaciones como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público. En este norte generalista se inscribe un segundo objetivo³⁷: la necesidad de proporcionar protección adecuada a las personas —físicas— que brinden información sobre las acciones y omisiones marcadas en la Ley, protegiéndolas frente a eventuales represalias; y también a determinadas personas jurídicas: aquellas para las que el informante trabaje, o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa³⁸.

Sobre las «represalias», *concretadas*³⁹, *amenazadas*, *intentadas*⁴⁰ o *presumidas*⁴¹ por quien desea colaborar con la justicia, pivota todo el esquema de protección que se construye en la Ley, de ahí que permanentemente se entienda que son altamente sensibles sus datos personales⁴².

Haciendo suya la definición contenida en la Directiva⁴³, se dice que son represalias aquellos actos u omisiones prohibidos legalmente, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública⁴⁴. A mayores, con carácter enunciativo —y no cerrado—, se enlistan acciones que pueden causar perjuicios indebidos a un informante, y que por ello deben ser proscritos⁴⁵:

- (a) Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de

de lucha contra la corrupción», *Diario LA LEY*, n.º 10296, 2023, pp. 1 y ss.

37. Art. 1 L. 2/2023.

38. Art. 3.3.c) L. 2/2023, quien concreta que es «significativa» la participación en el capital o en los derechos de voto correspondientes a acciones o participaciones cuando, por su proporción, permita a la persona que la posea tener capacidad de influencia en la persona jurídica participada.

39. Y ello porque el art. 36.4 L. 2/2023 prevé una protección *extendida* de la autoridad competente a la persona que pasados dos años viera lesionados sus derechos a consecuencia de su comunicación o revelación.

40. La «amenaza» y la «tentativa» son acciones incluidas nominalmente en la prohibición del art. 36.1 L. 2/2023.

41. El *riesgo* y el *temor* son apreciaciones objetivas y subjetivas con relación a determinadas conductas que así son percibidas por el comunicante de infracciones a las que se alude en varias ocasiones en el Preámbulo de la L. 2/2023 y en el articulado (arts. 4.1 y 28.1). En la DIR 2019/1937 se habla también de *preocupaciones* y *sospechas*.

42. A ellos se dedica el Título VI de la Ley (arts. 29 a 34).

43. Art. 5 DIR 2019/1937.

44. Numeral 2 del art. 36 L. 2/2023, intitulado como «prohibición de represalias».

45. Art. 36.3 L. 2/2023.

prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación.

- (b) Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo.
- (c) Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional.
- (d) Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios.
- (e) Denegación o anulación de una licencia o permiso.
- (f) Denegación de formación.
- (g) Discriminación, o trato desfavorable o injusto.

En cuanto al ámbito material, la Ley incluye en primer término (i) las acciones y omisiones reputadas como infracciones del Derecho de la Unión Europea en la DIR 2019/1937, sin atender a su calificación jurídica en el ordenamiento jurídico español; también las que afecten a los intereses financieros de la Unión, así como las que incidan en el mercado interior, en las que están incluidas las atinentes a la materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, y también las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o con prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o el propósito de la legislación aplicable al impuesto sobre sociedades.

Además, se amplía (ii) a las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, calificación en la que siempre estarán incluidas todas aquellas que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social⁴⁶.

Por tanto, sumando ambos catálogos de hechos, especialmente por la amplitud del segundo, la Ley española ha hecho suya la oferta de apertura de la Di-

46. Art. 2.1 L. 2/2023.

rectiva a otros ámbitos, sectores y materias de los que ella prevé⁴⁷ justificándose en la necesaria reacción frente a las vulneraciones que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad⁴⁸. Una decisión correcta para generar esa *cultura* de la prevención y el control pero con una *funcionalidad* tensa y más que dudosa⁴⁹.

Hasta aquí, obviamente, podemos entender que el legislador nos ha desgranado cuáles son las «infracciones normativas» con relación a las cuáles quiere proteger a quienes informen de ellas. ¿Y dónde queda la corrupción? Nos lo planteamos porque a diferencia de la Directiva y de otras normas de su implementación nacional, la Ley española termina su rotulación haciendo mención expresa a la «corrupción»; en concreto, no tanto a los delitos de corrupción como a la «lucha contra la corrupción», que entendida en su literalidad es un idea que entronca mejor con una política pública de un Estado de Derecho⁵⁰ que con un catálogo de conductas con relación a las cuales determinadas personas físicas y jurídicas pueden tener expuestos sus derechos e intereses legítimos⁵¹. Por tanto, una vez más, la corrupción y su combate como un *bálsamo* político y jurídico para atraer la atención ciudadana sobre la relevancia de un instrumento jurídico que nace, o así debiera ser, para mejorar la protección de sus derechos e intereses legítimos.

No en vano la «corrupción» —o las «prácticas corruptas»— aparece nombrada veintitrés veces en el texto de la Ley, con especial significación en el Preámbulo de la Ley ya que se hace:

47. Cfr. art. 2.3 DIR 2019/1937.

48. Preámbulo L. 2/2023.

49. Compartimos los resquemores expresados por HERNÁNDEZ, A., «Esto es lo que tiene que saber una empresa si quiere o tiene que aplicar la Ley de Protección del Informante», *Diario LA LEY*, n.º 10253, 2023, pp. 1 y ss., en el sentido de que pocos —o muy pocos— de los «trabajadores» y de las organizaciones obligadas por la Ley conocen —*ni tienen por qué conocer*— los diferentes tipos delictivos contenidos en la legislación penal española —y de los países en los que la organización extienda su actividad con relación a la matriz— o las distintas variedades de infracciones administrativas; y mucho menos las infracciones del Derecho de la Unión. Inclusive, aunque las conocieran, en la mayor parte de los casos tienen una muy limitada capacidad de actuación al carecer de instrumentos y de capacidad para poder llevar a cabo diligencias de investigación.

50. Así lo estudiamos en FRIDRICZEWSKI, V., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *En busca de estrategias 360 anticorrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

51. Nos refuerza en este entender la Disposición adicional quinta L. 2/2023, en la que desde un planteamiento *buenista* y *bienquedista*, generador de grandes dudas, se compromete al Gobierno a que apruebe, en el plazo máximo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, y en colaboración con las Comunidades Autónomas (¿cómo?, ¿con todas o sólo con las que tienen avanzadas esos organismos, acciones y normas pertinentes a esta materia?, ¿y si no se llegan a puntos de consenso?), una «Estrategia contra la corrupción» que al menos deberá incluir una evaluación del cumplimiento de los objetivos establecidos de la Ley (¿cómo?, ¿con qué indicadores?, ¿con relación a qué objetivos específicos, partiendo de lo abstracto del art. 1 L. 2/2023?), así como las medidas (¿legislativas?, ¿institucionales?, ¿de financiación?) que se consideren necesarias para paliar las deficiencias que se hayan encontrado en ese periodo de tiempo.

- (a) para enfatizar la gran utilidad de los informantes en esta tipología criminal;
- (b) para autoobligarse las autoridades públicas en diseñar mecanismos eficaces de protección de la ciudadanía cuando denunciando —a costa de sufrir presiones— dan muestras de una conducta valiente de clara utilidad pública;
- (c) para entroncar la estrategia legislativa nacional en esta materia no sólo en la Directiva Europea —y sus antecedentes— sino en el impacto jurídico mundial que supuso en 2003 la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, sorprendiéndonos en este punto que no que añadiera a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y a sus reiteradas iniciativas de protección de denunciantes de casos de corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales;
- (d) para denunciar al efecto negativo acelerado, generador de descrédito y desafección institucional, que han venido teniendo en España la multiplicidad de casos de corrupción que han afectado a sindicatos, partidos políticos y organizaciones empresariales, que hace que sea exigible a esas organizaciones una actitud ejemplar que asiente la confianza en ellos de la sociedad, pues de ello depende en buena medida el adecuado funcionamiento del sistema democrático;
- (e) para explicitar la confianza institucional en que la generalización de un Sistema interno de información facilitará la erradicación de cualquier sospecha de nepotismo, clientelismo, derroche de fondos públicos, financiación irregular u otras prácticas corruptas; y
- (f) para ensalzar el rol a desempeñar por una autoridad independiente específica en materia de protección del informante como pilar institucional esencial en la lucha contra la corrupción.

En lo tocante a la operatividad de los nuevos mecanismos, en unos casos la Ley excluye su aplicación a algunas materias y sectores⁵², y, en otros, se deja claro su carácter *básico* en el sentido de que estos pueden resultar *compatibles*⁵³

52. Así, primeramente el art. 2.4 L. 2/2023 deja fuera del ámbito de aplicación de la Ley a las informaciones que afecten a información clasificada, y las obligaciones que resulten de la protección del secreto profesional de los profesionales de la medicina y de la abogacía, del deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de sus actuaciones, así como del secreto de las deliberaciones judiciales; y, además, a las informaciones relativas a infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado (art. 2.5 L. 2/2023).

53. En sentido contrario llama la atención que ya en el Preámbulo se dice que la Ley no será de aplicación a los supuestos que se rigen por su normativa específica, esto es, aquélla que regula los mecanismos para informar sobre infracciones y proteger a los informantes previstas por leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea enumerados en la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937, siendo este último punto recogido en el art. 2.6 L. 2/2023. Creemos que no pasaría nada si la Ley, con relación a estos casos, respetando

con otras normas específicas que con la misma finalidad puedan ser de aplicación en un proceso penal; v. gr., nuestra vetusta —e ineficaz— legislación de protección de testigos y peritos en causas criminales, ya referenciada anteriormente, en sentido estricto no aplicable a los denunciantes —salvo que, además, testifique—, que en el sistema penal español no encuentran cobijo en otro marco normativo específico. Inclusive, el dispositivo se ve a su vez complementado por otras normas sectoriales, como las de Hacienda Pública, Seguridad Social y seguridad y salud laboral, entre otras⁵⁴.

En relación al ámbito de aplicación personal, con la misma terminología comunitaria titula la Ley y en su desarrollo protege a los *informantes*⁵⁵; esto es, los *conocidos coloquialmente como whistleblowers*⁵⁶. Un término más *polite* que denunciante, que ha sido acogidos en otros países europeos, del que se hace una expresa dejación⁵⁷, pareciera que por tener un sesgo denostativo⁵⁸, y quizá

la esencialidad de esas normas específicas, fuera un plus complementario o subsidiario, o inclusive aplicable cuando un asunto no se rija obligatoriamente por ellas, en el sentido sí recogido en el art. 3.1 DIR 1937/2019 y en la propia Ley en el art. 10.1.b) con relación a determinadas personas jurídicas del sector privado y el sistema interno de información.

54. *Vid.* por ejemplo, la remisión que hace el art. 2.3 L. 2/2023. Y considerar también que los representantes de entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o del Ministerio de Hacienda, están identificados en varios apartados de la Ley como instituciones y actores relevantes; así, por ejemplo, en el art. 54 L. 2/2023 cuando se regula la composición —amplia y diversa— de la Comisión Consultiva de Protección al Informante.

55. Más concretamente, y de manera reiterada en el articulado, a las «personas que informen». Incluso, por la insistencia en usar el verbo comunicar y sus derivaciones sustantivas y adjetivas perfectamente también puede hablarse de «comunicantes».

56. DIR 2019/1937, Considerando 1.

57. En el Preámbulo de la Ley podemos leer como «[e]n la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, se emplea el término ‘denunciantes’, y en esta ley se ha optado por la denominación ‘informante’». Llama la atención esta justificación de *distanciamiento europeo* ante la identidad en este punto de ambos textos legales y cuando tanto en el Preámbulo de la Ley —para aludir antecedentes legales europeos y de comunidades autónomas españolas— como en alguna de sus previsiones (v. gr., el art. 4.1) se utiliza el término «denunciante», y también los términos y expresiones «denuncia» y «canal de denuncia».

58. Con relación a la importancia de las denominaciones que se utilicen, recordar el trabajo pionero de RAGUÉS I VALLÉS, R., «¿Héroes o traidores?: La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2006, pp. 1 y ss., que con relación a estas personas nos presenta binariamente la dicotomía «héroes» o «traidores»; este último también denominado «chivato», «soplón», «delator», «cazarrecompensas», etc., calificativos que también llegan a los llamados a serlo a través de los medios de comunicación y las redes sociales, como podemos constatar, por ejemplo, en: «La nueva obligación de proteger a los ‘chivatos’» [<https://cincodias.elpais.com/opinion/2023-12-08/la-nueva-obligacion-de-proteger-a-los-chivatos.html>]; «Una ley para proteger a los ‘chivatos’ de la empresa» [<https://gdempresa.gesdocument.com/noticias/una-ley-para-proteger-los-chivatos-de-la-empresa>]; «Proteger... ¿y pagar? Pasos para dar un ‘chivatazo’ a Hacienda» [https://www.elespanol.com/invertia/mis-finanzas/fiscalidad/20191205/proteger-pagar-pasos-dar-chivatazo-hacienda/449706376_0.html]; «Las empresas se preparan para proteger a los ‘chivatos’» [<https://www.larazon.es/economia/20191210/vh4a6rhcuvefrb52xtjr424tha.html>]; «De chivato a denunciante protegido por ley: las empresas protegen a los delatores de corrupción» [<https://www.vozpopuli.com/espana/chivato-denunciante-ley-empresas-delatores-corrupcion.html>]; «Aprobado el Proyecto de Ley para proteger a los ‘soplones’: denuncias confidenciales y acoso laboral» [<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/aprobado-el->

con menor impacto social y mediático que el de *alertante*, al que recurren algunos otros países de la Unión⁵⁹.

Más allá de ello, conforme a la Directiva, con ese término se está definiendo a la persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales⁶⁰. Justamente es su relación con una organización, en, desde o por la que se cometen las infracciones a denunciar, la que genera el estatus particular al colaborador; entonces, cualquier otro denunciante *extraño* no se podrá beneficiar de este esquema de protección delineado en la Ley.

Con pretensión omnicomprendensiva la Ley ampara a quienes trabajen, tanto en el sector privado como en el público, a consecuencia de la información que hayan obtenido sobre infracciones *denunciabiles* en el contexto laboral o profesional. Estamos, pues, ante un colectivo de destinatarios muy amplio que, puntualmente y sin ánimo de exhaustividad⁶¹, el legislador identifica con:

- (a) las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena; los autónomos; los accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos; y cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores⁶²;

[proyecto-de-ley-para-protector-a-los-soplones-denuncias-confidenciales-y-acoso-laboral-2022-11-08/](https://www.elperiodico.com/es/economia/20171028/ley-europea-protectora-soplones-publicos-y-empresas-6386846/); «Bruselas debe aprobar antes de fin de año una norma de protección para soplones» [<https://www.elperiodico.com/es/economia/20171028/ley-europea-protectora-soplones-publicos-y-empresas-6386846/>]; «En vigor la ley del 'soplo' o de protección de las personas que informen sobre infracciones en el seno de la empresa» [<https://blog.moyaemery.com/ley-whistleblower-proteccion-infracciones-normativas-empresas/>]; «Cazarrecompensas: el nuevo, arriesgado y rentable oficio en México, como en el salvaje oeste» [<https://www.elmundo.es/cronica/2019/04/28/5cb86a6a21efa005198b4573.html>].

59. Como por ejemplo en Francia, ya desde la Ley sobre transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica (Ley N.º 2016-1691), conocida como Ley Sapin II, que siguiendo la senda de las regulaciones norteamericana (*Foreign Corrupt Practices Act*) y británica (*Bribery Act*) obliga a las empresas a elaborar e implantar un modelo de prevención de la corrupción que integre mecanismos de identificación y control idóneos para prevenir la comisión de prácticas corruptas, siendo parte de los programas anticorrupción, entre otros instrumentos, el establecimiento de un canal de denuncias disponible por todos los empleados y, en su caso, por terceros ajenos a la empresa, para que puedan comunicar la concurrencia de prácticas corruptas o la infracción de las disposiciones del Código de Conducta de la empresa.

60. Art. 5 DIR 2019/1937. *Vid.* VILLEGAS GARCÍA, M. A., «Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de protección del informante», *Diario LA LEY*, n.º 10187, 2022, pp. 1 y ss., quien trata de deslindar ambos términos, que considera que no son sinónimos o equivalentes: todo informante es un denunciante, pero no todo denunciante es un informante si no cumple con los presupuestos y requisitos fijados en la Ley.

61. Y ello porque el art. 3.1 *in fine* L. 2/2023, antes de listar colectivos de personas, utiliza la expresión «comprendiendo en todo caso».

62. Art. 3.1 L. 2/2023.

- (b) los ex trabajadores, voluntarios, becarios, trabajadores en formación —re-munerados o no—, personas cuya relación laboral no haya comenzado⁶³;
- (c) los representantes legales de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante⁶⁴;
- (d) las personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso;
- (e) las personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias, como compañeros de trabajo o familiares del informante, y
- (f) las personas jurídicas que ya hemos identificado anteriormente.

Cualquiera de estas personas está legitimada para acceder a las «medidas de apoyo»⁶⁵ que la Ley contempla⁶⁶:

- (a) Información y asesoramiento completos e independientes, que sean fácilmente accesibles para el público y gratuitos, sobre los procedimientos y recursos disponibles, protección frente a represalias y derechos de la persona afectada.
- (b) Asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes ante cualquier autoridad pertinente implicada en su protección frente a represalias, incluida la certificación de que pueden acogerse a protección al amparo de la Ley.
- (c) Asistencia jurídica en los procesos penales y en los procesos civiles transfronterizos de conformidad con la normativa comunitaria.
- (d) Apoyo financiero y psicológico, de forma excepcional, si así lo decidiese la Autoridad Independiente de Protección del Informante, tras la valoración de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación.

Finalmente, el legislador español no dejado ayunas de tutela —al menos en la *teoría*— a las personas *afectadas* por la comunicación del informante en casos, pensemos que excepcionales, temeroso de que la información, aun con aparentes visos de veracidad, haya sido manipulada, sea falsa o responda a motivaciones que el Derecho no puede amparar⁶⁷. Por ello, ante la ausencia de esa

63. En los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual (art. 3.2 *in fine* L. 2/2023).

64. Art. 3.3 L. 2/2023.

65. También la Ley regula «medidas de protección frente a represalias» (art. 38).

66. Y ello sin perjuicio, como recuerda el art. 37.2 L. 2/2023, de la asistencia que pudiera corresponder al amparo de la legislación sobre justicia gratuita para la representación y defensa en procedimientos judiciales derivados de la presentación de la comunicación o revelación pública.

67. Preámbulo L. 2/2023.

premisa de la buena fe en la conducta del informante⁶⁸, a esas personas se les tiene que reconocer, generosamente y con la mayor antelación posible⁶⁹ para que pueda ejercitar su derecho de defensa, el derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyen y el estado de la tramitación de la denuncia, en la cual expresamente tiene reconocido el derecho a la presunción de inocencia, a la defensa y al acceso al expediente en los términos regulados en esta Ley, así como a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento⁷⁰.

4. Régimen particular

A tono con la legislación comunitaria, la española contempla como vías de denuncia⁷¹, debidamente separadas y prelaciónadas, la interna, la externa y la pública, así como la publicidad —clara, accesible e identificable— de la información sobre la existencia de las dos primeras⁷² y el registro de las informaciones que con su uso se reciban, y también de las investigaciones internas

68. Sobre la buena fe como requisito indispensable para la protección del informante, en el Preámbulo de la Ley se dice que es expresión de un comportamiento cívico y representa la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales. Sobre esta cuestión véase LOWE, J., RECKERS, P., «The Deterrence Effects of Whistleblowing Provisions, Corporate Governance Culture, and Machiavellianism», *Behavioral Research in Accounting*, vol. 36, n.º 1, 2023, pp. 3 y ss.

69. ALBARRAL BORREGO, A. J., «Compliance y lucha contra la corrupción: la posible insuficiencia del canal interno de denuncias y la necesaria protección de denunciante y denunciado», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 15, 2023, pp. 1 y ss.

70. Art. 39 L. 2/2023; y, también, los arts. 9.2.f) y h) y 19.3. Sobre esta materia tan relevante y poco tratada véase VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La inminente obligatoriedad del 'compliance' en las organizaciones como imperativo europeo; protección jurídica de la empresa, del denunciante y del denunciado», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 53, 2020, pp. 1 y ss.; GIMENO BEVIÁ, J., «El derecho de defensa en la Ley 2/2023 de protección del informante: la otra cara de la moneda», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n.º 8, 2023, pp. 10 y ss.

71. La elección de ellas debiera pasar por los estándares de *eficacia y adecuación* a los que se alude en el art. 31.bis.5 CP cuando se fijan los requisitos de los modelos de organización y gestión para que sean reputados de eficaces si lo que se quiere es que produzcan efectos atenuadores o exoneratorios, en los que se tiene que incluir la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

72. *Vid.* el art. 25 L. 2/2023.

a las que hayan dado lugar⁷³. Un registro que ni es público⁷⁴, ni tiene por qué conservar ilimitadamente los datos personales relativos a las informaciones e investigaciones internas⁷⁵, y que siempre tiene que garantizar los requisitos de confidencialidad previstos en la norma.

En cuanto a la primera vía de comunicación, a la española se le denomina como «sistema interno de información»⁷⁶, tratando de trasladar la idea de que el canal interno de información es solamente una parte del *sistema*⁷⁷, *que debe admitir incluso comunicaciones anónimas*⁷⁸, junto a las previsio-

73. Aunque la Ley —y la Directiva— está *concentrada* en los mecanismos de recepción y divulgación de las informaciones sobre hechos graves o perjudiciales que se han producido o que pueden acontecer, está atribuyendo potestades investigadoras a los responsables de la gestión de los canales internos (art. 9.2) y externos de denuncia (art. 19), llegando incluso en este último caso a utilizar los términos «instrucción» e «investigado», y sólo considerar a los funcionarios de la Autoridad Independiente de Protección del Informante que desarrollen actividades de investigación como «agentes de la autoridad» en el ejercicio de sus funciones. Sobre las investigaciones internas, materia también estandarizada por la norma ISO/TS 37008:2023: *Guía compliance de investigaciones internas en organizaciones*, véase por todos TEJADA PLANA, D., *Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur. Consideraciones prácticas nacionales e internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 2020; FORTUNY CENDRA, M. (dir.), *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*, Aranzadi, Pamplona, 2021; ZABALA, C., TRENDAFILOVA, S., *Manual de investigaciones internas*, Aranzadi, Pamplona, 2021; RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «Las investigaciones internas como elemento esencial de los ‘criminal compliance program’: haciendo de la necesidad virtud», *Revista Penal*, n.º 52, 2023, pp. 201 y ss.

74. Por eso, conforme al art. 26.1.II L. 2/2023, únicamente a petición razonada de la Autoridad judicial competente, mediante auto, y en el marco de un procedimiento judicial y bajo la tutela de aquella, podrá accederse total o parcialmente a su contenido.

75. El art. 26.2 L. 2/2023 restringe temporalmente esta conservación de los datos personales con las limitaciones temporales complementarias: (i) durante el periodo que sea *necesario y proporcionado* a efectos de cumplir los mandatos de la Ley; y (ii) nunca más allá de un periodo superior a diez años.

76. Sobre las buenas prácticas en su implementación véase TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Internal whistleblowing systems. Best practice principles for public and private organisations*, Transparency International, Berlin, 2022.

77. Art. 7 L. 2/2023.

78. Cfr. el art. 7.3. L. 2/2023, que por el *tono* usado por el legislador parece que es una modalidad de denuncia secundaria, pese a que en el Preámbulo de la Ley —y en el articulado principal y en las modificaciones de otras normas, como las relativas a la defensa de la competencia— se le dedican muchos párrafos para ensalzar su importancia, inclusive para instituir un instrumento esencial para que se haya adoptado empresarialmente los *compliance programs*, ya que ha permitido que personas trabajadoras y los colaboradores hayan denunciado hechos graves que de otra manera no se habrían atrevido a informar por temor a represalias en el caso de ser identificados. La calificamos de *secundaria* porque en el apartado anterior, más explayadamente, se prescribe que las comunicaciones que se vehiculizan internamente se pueden realizar por escrito, a través de correo postal o de cualquier medio electrónico habilitado al efecto, o verbalmente, por vía telefónica, a través de sistema de mensajería de voz o, a solicitud del informante, mediante una reunión presencial, lo que obligará al responsable del sistema a grabarla. *Vid.*, además, el art. 7.2.V L. 2/2023 en el que se disciplina, previo consentimiento del informante, cómo se tiene que cumplir con la obligación de documentar las comunicaciones verbales. Sobre la misma véase ORTIZ PRADILLO, J. C., «Pasado, presente y futuro de la denuncia anónima en el proceso penal», en Díez-Picazo Giménez, I., VEGAS TORRES, J. (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos* (Vol. 2), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 2417 y ss.; PLANCHADELL GARGALLO, A., «Denuncia anónima e inicio de la investigación», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 58, 2020, pp. 341 y ss.; GIMENO BEVIÁ, J., «El fomento de la denuncia anónima y su incidencia en la justicia penal», en Garrido Carrillo, F. J. (dir.), *Retos en la lucha contra la delincuencia organi-*

nes sobre su utilidad y funcionalidades⁷⁹, la manera en la que tiene que ser utilizado y gestionado —inclusive por un «tercero externo» que ofrezca garantías adecuadas de respeto de la independencia, confidencialidad, protección de datos y secreto de las comunicaciones—⁸⁰, quién es su responsable⁸¹ y cómo éste tiene que tramitar diligentemente las informaciones que reciba⁸².

A este cauce se le otorga carácter preferente para denunciar acciones y omisiones previstas en la Ley, sobre la base de que se considere que es lo suficientemente efectivo como para tratar la información que se reporte y siempre que el denunciante se sienta seguro y no tema recibir ningún tipo de represalia; por ello, ante la eventualidad de que se puedan dar cualquiera de estas dos circunstancias, los derechos de información del comunicante se extienden a que tiene que ser informado, de manera clara y accesible, sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea⁸³. Debido a esta dimensión, su existencia tiene que estar garantizada en las entidades obligadas en el sector privado y en el público⁸⁴, tomando siempre en consideración las apreciaciones que le trasladen los representantes legales de las personas trabajadoras⁸⁵.

Por su parte, el cauce de comunicación por canal externo de información debe encontrarse a cargo de una Autoridad Independiente de Protección del Infor-

zada: *Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 211 y ss.

79. Art. 5.2 L. 2/2023.

80. Art. 6 L. 2/2023.

81. Art. 8 L. 2/2023. En este punto, con todo acierto la AGENCIA VALENCIANA ANTIFRAUDE, *Guía AVAF...*, cit., p. 13, no solo propone que a esta persona se la denomine «responsable de integridad», que sirva de enlace —*palanca* o *punte*— con los órganos de control, sino que también a la hora de la definición de sus competencias no se circunscriban éstas a las que literalmente recoge la Ley y su existencia se aproveche para otras cuestiones en relación directa con el texto y el espíritu de la Ley: ejecución del plan de integridad institucional y/o de cada uno de los marcos de integridad en los que se contienen otros instrumentos, trámites y acciones (códigos éticos, procedimientos de prevención y control de los conflictos de interés, formación, etc.).

82. Art. 9 L. 2/2023.

83. Art. 7.2.III L. 2/2023.

84. *Vid.*, respectivamente, los arts. 10 a 12 y 13 a 15 L. 2/2023.

85. Art. 5.1 L. 2/2023.

mante (A.A.I.)⁸⁶, de ámbito nacional⁸⁷, o a través de las autoridades u órganos autonómicos, hayan hecho uso o no los informantes del canal interno.

El denunciante tiene derecho a contar con una vía de comunicación tanto verbal como escrita, incluso anónima⁸⁸, a comparecer ante la autoridad, a renunciar a la comunicación y a hacer uso de videoconferencia. Debe garantizársele, además, el derecho a conocer el estado de la denuncia, los resultados de la investigación y la protección de sus datos. En este sentido, su identidad sólo podrá ser comunicada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora⁸⁹.

La norma regula, además, la competencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante⁹⁰, así como el procedimiento a seguir, con todas sus etapas: recepción de la denuncia —directamente o a consecuencia del reenvío por una autoridad incompetente para investigar los hechos ante la que se ha presentado la denuncia⁹¹—, autocontrol de su competencia⁹², admisión, instrucción y terminación de las actuaciones⁹³.

86. Su régimen jurídico detallado lo encontramos en el Título VIII de la Ley, donde se marca (i) su naturaleza como ente de derecho público de ámbito estatal, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada (art. 42), (ii) su régimen jurídico (arts. 44 a 52), (iii) su organización (arts. 53 a 59) y (iv) sus funciones, que según el art. 43 son: la gestión del canal externo de comunicaciones; la adopción de las medidas de protección al informante previstas en su ámbito de competencias; el informar preceptivamente los anteproyectos y proyectos de disposiciones generales que afecten a su ámbito de competencias y a las funciones que desarrolla; la tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones, en su ámbito de competencias; y el fomento y promoción de la cultura de la información.

87. Con relación a otros modelos de autoridades externas véase SIERRA RODRÍGUEZ, J., «Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 19, 2020, pp. 64 y ss.

88. Cuando no haga uso de este *privilegio*, su identidad tendrá que ser reservada frente a terceras personas, tomándose además las siguientes cautelas (art. 33.2 L. 2/2023): (i) quienes reciban las informaciones de las infracciones no pueden obtener datos que permitan la identificación del informante; y (ii) deberán contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas y a cualquier tercero que se mencione en la información suministrada, especialmente la identidad del informante en caso de que se hubiera identificado.

89. Art. 33.3 L. 2/2023. Y en caso de que se vaya a llevar a cabo la revelación de la identidad del informante, éste tiene derecho a saberlo, así como su justificación escrita a cargo de la autoridad competente, salvo que dicha información pudiera comprometer la investigación o el procedimiento judicial.

90. *Vid.* el art. 24.1 L. 2/2023.

91. Art. 23 L. 2/2023. Destacar aquí que, según el art. 20.5 L. 2/2023, por el hecho de que el informante presente una comunicación automáticamente su rol en el procedimiento no se transforma en «interesado».

92. Cuando a consecuencia de la misma se entienda que el canal de recepción de la denuncia usado no ha sido el competente o se haya hecho por un personal que no es el responsable de su tratamiento, las autoridades competentes garantizarán, mediante el procedimiento de gestión del Sistema establecido, que el personal que la haya recibido no pueda revelar cualquier información que pudiera permitir identificar al informante o a la persona afectada y que remitan con prontitud la comunicación, sin modificarla, al Responsable del Sistema de información (art. 24.3 L. 2/2023).

93. *Cfr.* los arts. 17 a 20 L. 2/2023.

Son unas previsiones que tienen que ser actualizadas y publicitadas⁹⁴, explicitándose detalladamente las garantías y derechos del informante en todas ellas, que son: (i) decidir si desea formular o no la comunicación de forma anónima; (ii) formular la comunicación verbalmente o por escrito; (iii) indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro donde recibir las comunicaciones que realice la Autoridad Independiente de Protección del Informante, a propósito de la investigación; (iv) renunciar, en su caso, a recibir comunicaciones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante; (v) comparecer ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante por propia iniciativa o cuando sea requerido por esta, siendo asistido, en su caso y si lo considera oportuno, por abogado; (vi) solicitar a la Autoridad Independiente de Protección del Informante que la comparecencia ante la misma sea realizada por videoconferencia u otros medios telemáticos seguros que garanticen la identidad del informante, y la seguridad y fidelidad de la comunicación; (vii) ejercer los derechos que le confiere la legislación de protección de datos de carácter personal; y (viii) conocer el estado de la tramitación de su denuncia y los resultados de la investigación⁹⁵.

Finalmente, en cuanto a la vía de revelación pública, dispone la Ley que estaremos ante ella cuando la información de las acciones y omisiones tipificadas legalmente se ponga a disposición del público, quedando la persona actuante protegida, siempre y cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes, exigencia que no será necesario satisfacer en caso de que la persona haya revelado información directamente a la prensa con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo⁹⁶:

- (a) que haya realizado la comunicación primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos, sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido; o
- (b) que tenga motivos razonables para pensar que, o bien la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona; o bien, en caso de comunicación a través de canal externo de información, exista riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso, tales como la ocultación o destrucción de

94. Art. 22 L. 2/2023.

95. Art. 21 L. 2/2023.

96. Art. 28 L. 2/2023.

pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción.

Con el Título IX relativo al régimen sancionador se cierra la parte troncal de la Ley, a la que le siguen un buen número de disposiciones adicionales, transitorias y finales.

Los principios y las reglas de las normas del régimen jurídico del sector público⁹⁷ y del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas⁹⁸ son el marco legal a partir del cual se va a ejercer la potestad sancionadora dentro del sistema español de protección de alertantes, competencia frente a personas físicas y jurídicas que se da a la Autoridad Independiente de Protección del Informante y a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas, sin perjuicio de las facultades disciplinarias que en el ámbito interno de cada organización pudieran tener los órganos competentes⁹⁹.

También en esta materia se repite la categorización europea de las infracciones en «muy graves» —acciones u omisiones dolosas—, «graves» y «leves»¹⁰⁰, las cuales son *graduables* tomando en consideración, entre otros, elementos como la reincidencia, la intencionalidad y culpabilidad del autor, la reparación de los daños o perjuicios causados o la colaboración con la Autoridad Independiente de Protección del Informante¹⁰¹.

En el inventario legal de las primeras encontramos, por ejemplo, cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías recogidos en la Ley, la adopción de cualquier represalia derivada de la comunicación a las personas que ya hemos citado, vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato o del deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado con la información, comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad e incumplir la obligación de disponer de un sistema interno de información.

También la multa es la consecuencia jurídica a imponer por la comisión de las infracciones seleccionadas por el legislador español¹⁰², a las que en el caso de

97. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público* (BOE n.º 236, de 2 de octubre).

98. Ley 39/2015, de 1 de octubre, de *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (BOE n.º 236, de 2 de octubre).

99. *Vid.* los apartados 2 y 3 del art. 61 L. 2/2023 en los que, respectivamente, atribuyen las competencias en una y otras.

100. *Vid.* el art. 63 L. 2/2023. Y también el art. 64, relativo a la prescripción de las infracciones.

101. *Vid.* más en detalle el art. 66 L. 2/2023.

102. *Vid.* el art. 65.1 L. 2/2023.

las que sean calificadas de muy graves la Autoridad Independiente de Protección del Informante puede añadir (i) la amonestación pública, (ii) la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales hasta un periodo de cuatro años o (iii) la prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años¹⁰³.

Las sanciones prescriben con una temporalización acorde a la penalidad marcada por la Ley¹⁰⁴.

5. Epílogo

Pasado un año de la entrada en vigor de la Ley *Whistleblowing* española, de manera *simplista* podríamos llegar a decir que los deberes legales dimanados de la Directiva 2019/1937, aunque tarde, ni mucho menos bien ni de manera completa¹⁰⁵ y sin el desarrollo institucional comprometido —iqué decir de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.), que ha tardado tantos meses en llegar, y tan solo al Boletín Oficial del Estado!¹⁰⁶— están cumplidos a carta cabal. Una vez más en nuestro país, como le dijera nuestro Carlos I a Francisco I de Francia en respuesta a su amenaza de declararle la guerra, *el papel lo aguanta todo*.

Se ha mejorado mucho, sí, indudablemente, pero con la transformación jurídica que ha supuesto la Ley 2/2023 tan solo se han dado los primeros pasos en la construcción de una nueva arquitectura institucional pública y privada que se

103. Según el art. 65.3 L. 2/2023, cuando las sanciones monetarias sean de cuantía igual o superior a 600.001 euros y se impongan a entidades jurídicas podrán ser publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», tras la firmeza de la resolución en vía administrativa, una publicación que deberá contener, al menos, información sobre el tipo y naturaleza de la infracción y, en su caso, la identidad de las personas responsables de las mismas de acuerdo con la normativa en materia de protección de datos.

104. Vid. el art. 68 L. 2/2023.

105. Vid. RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «El fomento europeo de los alertantes e informantes en plena expansión de una justicia penal colaborativa», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 16, 2024, pp. 1 y ss., en el que entre otras consideraciones críticas reclamamos que la secuencia de cambios legales continúe con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lo que llega —¿cuándo?— un nuevo Código de Proceso Penal del siglo XXI.

106. Vid. el Real Decreto 615/2024, de 2 de julio, *por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*, A.A.I. (BOE n.º 186, de 2 de agosto). Sobre el mismo véase FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Comentarios...*, cit., pp. 107 y ss.; CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., «La autoridad independiente de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas», en Galán Galán, A., MAHILLO GARCÍA, P. (dirs.), *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2023, pp. 211 y ss.; RAMIS LÓPEZ, A., «Aspectos clave sobre el Estatuto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.)», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 17, 2024, pp. 1 y ss.; SÁEZ HIDALGO, I., «A propósito del futuro Estatuto de la Autoridad estatal de protección del informante (A.A.I.) de la Ley 2/2023», *Diario LA LEY*, n.º 10551, 2024, pp. 1 y ss.

extienda por todo el territorio nacional y, lo que debiera preocupar y ocupar más, en la generación y capilarización de una cultura cívica en la que la figura de los llamados a ser informantes o alertantes¹⁰⁷ sea vista como la que representa a un ciudadano ejemplar, aceptado y protegido socialmente, digno de ser imitado, desde la *normalidad cívica*, lo que indirectamente permitiría colegir que se ha superado la tradicional visión binaria de «heroe» o «villano» —o «soplón», «sapo», «delator», «topo», «bocazas», «cotilla», «cagón», «traidor»...^{108— 109}.

Que el sistema penal, y más, el ordenamiento jurídico en su integridad, disponga de un marco legal pertinente y equilibrado con las posiciones jurídicas de denunciantes y denunciados también va a clarificar el escenario social y legal de aquellos que piensan y planifican hechos generadores de reproches éticos y responsabilidades, de forma tal que su análisis jurídico y económico no arroje una expectativa de beneficios directos, rápidos y seguros¹¹⁰. Pero hasta ahí, sin que la estrategia de proteger a los alertantes y denunciantes sea, *per se*, un *remedio mágico* que mejore sustancialmente, y más a corto plazo, los datos del combate de los delitos económicos y financieros¹¹¹. Es una *parte del todo*, donde tiene que convivir armónicamente con las investigaciones internas corporativas, con la responsabilidad —no solo penal— de las personas jurídicas y con los programas de cumplimiento normativo¹¹².

107. Vid. DYCK, A., MORSE, A., ZINGALES, L., «Who blows the whistle on corporate fraud?», *Journal of Finance*, vol. 65, n.º 6, 2010, pp. 2213 y ss.

108. PÉREZ TRIVIÑO, J. L., «Whistleblowing», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 14, 2018, pp. 286-287.

109. Vid. en interesante enfoque dado por FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., «Estatus axiológico de la Directiva de protección del denunciante», *Revista Administración & Ciudadanía*, EGAP, vol. 15, n.º 1, 2020, pp. 39 y ss., ordenando los principales problemas axiológicos que se le plantean a los ciudadanos cuando ponderan la conveniencia y utilidad de denunciar hechos a las autoridades.

110. Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Análisis de riesgos penales: cuatro inquietudes», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 7, 2021, pp. 1 y ss.; BAHNÍK, S., VRANKA, M. A., «Experimental test of the effects of punishment probability and size on the decision to take a bribe», *Journal of Behavioral and Experimental Economics*, n.º 97, 2022, pp. 1 y ss.; TANNER, C., LINDER, S., SOHN, M., «Does moral commitment predict resistance to corruption? Experimental evidence from a bribery game» *PLoS ONE*, vol. 17, n.º 1, 2022, pp. 1 y ss.

111. Con este planteamiento, estudiando de la incidencia que puede tener en un país el Estado de Derecho, la buena gobernanza y el reproche que merecen las difamaciones, véase ADETUNJI, A. J., «Whistleblowing: interrogating the complexities of law, governance, and freedom of expression in developing nations», *Journal of Money Laundering Control*, vol. 27, n.º 2, 2024, pp. 262 y ss.

112. Vid. BACHMAIER WINTER, L., «Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión», *Diario LA LEY*, n.º 9539, 2019, pp. 1 y ss.; RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (dir.), *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «El sistema penal español en tiempos de *compliance*: ¿de dónde venimos? ¿a dónde vamos?», *LA LEY Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 160, 2023, pp. 1 y ss.; KUN-BUCZKO, M., «Whistleblowing Procedures as Part of the Compliance System and Culture of the Organization», *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, vol. 68, n.º 1, 2023, pp. 541 y ss.; ALDEA GAMARRA, A., «Implicaciones en el contexto del compliance derivadas de la Directiva Whistleblowing y su transposición al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción»,

6. Referencias bibliográficas

- ABBINK, K., WU, K., «Reward self-reporting to deter corruption: An experiment on mitigating collusive bribery», *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 133, 2017, pp. 256-272.
- ADETUNJI, A. J., «Whistleblowing: interrogating the complexities of law, governance, and freedom of expression in developing nations», *Journal of Money Laundering Control*, vol. 27, n.º 2, 2024, pp. 262-274.
- AGENCIA VALENCIANA ANTIFRAUDE, *Guía AVAF. Ley 2/2023: Principales obligaciones y recursos de la AVAF*, AVAF, Valencia, 2023.
- ALBARRAL BORREGO, A. J., «Compliance y lucha contra la corrupción: la posible insuficiencia del canal interno de denuncias y la necesaria protección de denunciante y denunciado», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 15, 2023.
- ALDEA GAMARRA, A., «Implicaciones en el contexto del compliance derivadas de la Directiva Whistleblowing y su transposición al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 83, 2024, pp. 92-113.
- ARLEN, J., KAHAN, M., «Corporate governance regulation through nonprosecution», *University of Chicago Law Review*, vol. 84, n.º 1, 2017, pp. 323 y ss.
- BACHMAIER WINTER, L., «Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión», *Diario LA LEY*, n.º 9539, 2019.
- BAHNÍK, S., VRANKA, M. A., «Experimental test of the effects of punishment probability and size on the decision to take a bribe», *Journal of Behavioral and Experimental Economics*, n.º 97, 2022, pp. 1-8.
- BERMEJO, M., «Whistleblowing. Evolución y caracteres esenciales en el Derecho comparado y en la Directiva Europea 2019/1937», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 2, 2020.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., «La autoridad independiente de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas», en Galán Galán, A., Mahillo García, P. (dirs.), *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2023, pp. 211-242.
- CARRASCO MONTORO, J., «La materialización positiva del whistleblowing en España: la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción», *Diario LA LEY*, n.º 10296, 2023.

Revista de Estudios Europeos, n.º 83, 2024, pp. 92 y ss.; PALLISE, D., «¿Es el objetivo del sistema penal español someter a proceso de forma eficaz a las personas jurídicas y sus programas de compliance?», *Diario LA LEY*, n.º 10556, 2024, pp. 1 y ss.

- COLVIN, N., GALIZZI, B., NAD, V., *Cómo proteger mejor a los alertadores: Guía práctico para transponerla Directiva europea*, Blueprint for Free Speech, Madrid, 2020.
- DYCK, A., MORSE, A., ZINGALES, L., «Who blows the whistle on corporate fraud?», *Journal of Finance*, vol. 65, n.º 6, 2010, pp. 2213-2253.
- FABREGAT MONFORT, G., *Compliance laboral en acoso y otras conductas contrarias a la libertad sexual e integridad moral*, Lefebvre, Barcelona, 2023.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., «Estatus axiológico de la Directiva de protección del denunciante», *Revista Administración & Ciudadanía, EGAP*, vol. 15, n.º 1, 2020, pp. 39-62.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- FORTUNY CENDRA, M. (coord.), *250 preguntas y respuestas sobre la Ley de Protección de los Informantes Ley 2/2023, de 20 de febrero*, Aranzadi, Pamplona, 2024.
- FORTUNY CENDRA, M. (dir.), *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- FRIDRICZEWSKI, V., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *En busca de estrategias 360 anticorrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GIMENO BEVIÁ, J., «De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (*whistleblower vs bounty hunter*)», *Diario LA LEY*, n.º 9139, 2018.
- GIMENO BEVIÁ, J., «El derecho de defensa en la Ley 2/2023 de protección del informante: la otra cara de la moneda», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n.º 8, 2023, pp. 10-34.
- GIMENO BEVIÁ, J., «El fomento de la denuncia anónima y su incidencia en la justicia penal», en Garrido Carrillo, F. J. (dir.), *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada: Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 211-228.
- HERNÁNDEZ, A., «Esto es lo que tiene que saber una empresa si quiere o tiene que aplicar la Ley de Protección del Informante», *Diario LA LEY*, n.º 10253, 2023.
- HOCK, B., DAVID-BARRETT, E., «The compliance game: Legal endogeneity in anti-bribery settlement negotiations» *International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 71, 2022.
- HOGIC, N., «Financial Incentives for Whistleblowing. A Comparative Perspective», *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2023, pp. 1-30.
- KAFTERANIS, D., «The International Legal Framework on Whistle-Blowers: What More Should Be Done?», *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 19, n.º 3, 2021, pp. 729-758.

- KARPACHEVA, E., HOCK, B., «Foreign whistleblowing: the impact of US extraterritorial enforcement on anti-corruption laws in Europe», *Journal of Financial Crime*, vol. 31, n.º 1, 2024, pp. 1-13.
- KUN-BUCZKO, M., «Whistleblowing Procedures as Part of the Compliance System and Culture of the Organization», *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, vol. 68, n.º 1, 2023, pp. 541-554.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «Análisis de riesgos penales: cuatro inquietudes», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 7, 2021.
- LEÓN ALAPONT, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- LOWE, J., RECKERS, P., «The Deterrence Effects of Whistleblowing Provisions, Corporate Governance Culture, and Machiavellianism», *Behavioral Research in Accounting*, vol. 36, n.º 1, 2023, pp. 1-23.
- MACHADO DE SOUZA, R., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Justicia negociada y personas jurídicas: la «modernización» de los sistemas penales en clave norteamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MESEGUER YEBRA, J., «Sistema de denuncias y protección del denunciante en el sector público», en *Guía práctica de compliance en el sector público*, Campos Acuña, M. C. (dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 105-148.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., «Pasado, presente y futuro de la denuncia anónima en el proceso penal», en Díez-Picazo Giménez, I., Vegas Torres, J. (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos (Vol. 2)*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 2417-2436.
- PALLISE, D., «¿Es el objetivo del sistema penal español someter a proceso de forma eficaz a las personas jurídicas y sus programas de compliance?», *Diario LA LEY*, n.º 10556, 2024.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L., «Whistleblowing», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 14, 2018, pp. 285-298.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., «Denuncia anónima e inicio de la investigación», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 58, 2020, pp. 341-346.
- POTIPIROON, W., «Reward Expectancy and External Whistleblowing: Testing the Moderating Roles of Public Service Motivation, Seriousness of Wrongdoing, and Whistleblower Protection», *Public Personnel Management*, 2024.
- PUYOL, J., *El funcionamiento práctico del canal de compliance «whistleblowing»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., «¿Héroes o traidores?: La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2006, pp. 1-19.
- RAMIS LÓPEZ, A. (2024): «Aspectos clave sobre el Estatuto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.)», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 17.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (dir.), *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «El fomento europeo de los alertantantes e informantes en plena expansión de una justicia penal colaborativa», *LA LEY Compliance Penal*, n.º 16, 2024.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «El sistema penal español en tiempos de *compliance*: ¿de dónde venimos? ¿a dónde vamos?», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 160, 2023.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «Las investigaciones internas como elemento esencial de los 'criminal compliance program': haciendo de la necesidad virtud», *Revista Penal*, n.º 52, 2023, pp. 201-223.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «Los *whistleblowers* y su protección legal en Portugal: del *law in books* al *law in action* a partir de la Ley 93/2021», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n.º 10, 2024.
- SÁEZ HIDALGO, I. (2024): «A propósito del futuro Estatuto de la Autoridad estatal de protección del informante (A.A.I.) de la Ley 2/2023», *Diario LA LEY*, n.º 10551.
- SIERRA RODRÍGUEZ, J., «Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 19, 2020, pp. 64-85.
- TANNER, C., LINDER, S., SOHN, M., «Does moral commitment predict resistance to corruption? Experimental evidence from a bribery game» *PLoS ONE*, vol. 17, n.º 1, 2022, pp. 1-22.
- TEJADA PLANA, D., *Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur. Consideraciones prácticas nacionales e internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 2020.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Internal whistleblowing systems. Best practice principles for public and private organisations*, Transparency International, Berlin, 2022.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La inminente obligatoriedad del 'compliance' en las organizaciones como imperativo europeo; protección jurídica de la empresa, del denunciante y del denunciado», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 53, 2020.
- VELASCO NÚÑEZ, E., *El canal de denuncias: sector privado y público. La protección del informante en la Ley 2/2023, de 20 de febrero*, La Ley, Madrid, 2023.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A., «Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de protección del informante», *Diario LA LEY*, n.º 10187, 2022.
- ZABALA, C., TRENDAFILOVA, S., *Manual de investigaciones internas*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

XXV | Sanciones tributarias penales (doble instancia o derecho al reexamen, al hilo del caso Saquetti Iglesias c. España)

Miguel Ángel Sánchez Huete

Profesor Agregado de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SANCIÓN ADMINISTRATIVA, DOBLE INSTANCIA Y REVISIÓN JURISDICCIONAL. 2.1. APUNTES DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 2.2. REQUISITOS SEGÚN EL TEDH. 2.2.1. Existencia de infracción penal. 2.2.2. Exenciones del Protocolo. 2.2.3. Vulneración de la garantía a la doble instancia. 3. CONSECUENCIAS PARA LAS SANCIONES TRIBUTARIAS Y OTRAS IMPLICACIONES. 3.1. VINCULACIÓN PARA EL ORDENAMIENTO NACIONAL. 3.2. SANCIONES TRIBUTARIAS CON EFECTOS PENALES. 3.3. NUEVAS CATEGORÍAS DE LA INFRACCIÓN O DESPROPORCIÓN DE LA SANCIÓN. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La potestad punitiva, ya se ejercite por la Administración, ya por la jurisdicción, resulta unitaria. Ahora bien, persisten diferencias y, sobre todo, matices de tal envergadura que suponen garantías diversas. De manera muy acusada se evidencia en la garantía procedimental de la doble instancia exigible al aplicar una pena por la jurisdicción, pues la sanción Administrativa no la requiere. Tal aspecto entronca con cuestiones básicas vinculadas a si la calificación del legislador como pena o sanción es suficiente para denotar tal diversidad y aplicar las garantías asociadas.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante TEDH) de 30 de junio de 2020 (Asunto Saquetti Iglesias c. España) declaró que el Reino de España vulneró el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (en adelante el Convenio) por no haber ofrecido una doble instancia jurisdiccional para enjuiciar la sanción administrativa impuesta. La resolución de tal asunto pone de relieve algunas de las disfunciones que aquejan al sistema de garantías punitivas en el sistema español. No obstan-

te, además del contenido de su fallo, posee diversas lecturas e interpretaciones; unas, aparecen más apegadas a la concreta solución del supuesto que plantea y resultan vinculadas a la lógica del Convenio y su Protocolo; y otras, aparecen relacionadas con las exigencias y vigencia en el ordenamiento español de las garantías aplicables a las sanciones administrativas y penas jurisdiccionales.

Los primeros interrogantes originan una serie de cuestiones en torno al sistema español de única instancia en el ámbito contencioso administrativo. La exigencia que supone el derecho a una doble instancia, o el derecho a reexaminar la cuestión —como matiza la STS de 25/11/2021, Rec. 8156/2020—, lleva a interrogarnos sobre su sentido con relación al ejercicio de potestades punitivas. Pero también de su alcance respecto de las garantías que supone del Convenio. En este plano cabe plantear algunas de las posibilidades normativas e interpretativas para abordar una solución a la vigencia de tal derecho en el ordenamiento español.

Los segundos interrogantes demandan acotar aquellas sanciones tributarias a las que correspondería aplicar la anterior garantía. Es esta una perspectiva más sustantiva que aparece como una cierta coda que se repite en relación con sanciones administrativas pecuniarias —frecuentemente tributarias— muy superiores a las de la misma naturaleza del ámbito penal: el límite entre la sanción impuesta por la Administración y la jurisdiccional. En definitiva ¿qué cuantía o carácter transmuta la sanción en pena? Estos interrogantes aparecen llenos de implicaciones pues aluden a límites entre infracción y delito, a cuándo ha de intervenir la jurisdicción, o a cuándo aplicar las garantías consustanciales de las penas.

2. Sanción administrativa, doble instancia y revisión jurisdiccional

La Sentencia del TEDH, asunto Saquetti Iglesias c. España, versa sobre la sanción de 150.800 euros impuesta al Sr. Saquetti por haber cometido una infracción de la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Disconforme con tal sanción interpone un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó su reclamación. Al no caber, por razón de la cuantía, recurso ante el Tribunal Supremo interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional reclamando su derecho a un doble grado de revisión. Dicho recurso fue desestimado por lo que acudió al TEDH que, tras calificar la sanción como de naturaleza penal, declaró la existencia de una violación del art. 2 del Protocolo nº 7 del Convenio¹.

1. Ver análisis sobre la misma de LOZANO CUTANDA, B., «La Sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas», *RAP*, núm. 213, 2020. SOLDEVILLA FRAGOSO, S., «Sentencia de gran impacto: Asunto Saquetti Iglesias v. España. STEDH de 30

La Sentencia plantea una primera y concreta cuestión ¿existe un doble grado de revisión o doble instancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ordenamiento español?

2.1. Apuntes del ordenamiento español

La exigencia de la doble instancia en el ordenamiento español no es una garantía generalizable para todos los órdenes jurisdiccionales. Precisamente el Tribunal Constitucional afirma que «[...] no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador» (STC núm. 149/2015, de 6 de julio, FJ 3). Lo cual comporta que, en primer lugar, el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales y, en segundo lugar, que la regulación en esta materia resulta de libre elección —discrecional, aunque no arbitrario— para el legislador.

La doble instancia existe de forma genérica con relación a las jurisdicciones civil, social y penal y no así en la contencioso-administrativa². Lo cual ha llevado a ser reclamada desde sectores judiciales indicando que «Resulta estrictamente necesaria la instauración generalizada de la doble instancia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de forma análoga a las restantes jurisdicciones —civil, social y penal—, atribuyéndose la primera instancia a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo —provinciales y centrales— y la segunda instancia a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. La asimetría existente en relación con esta cuestión entre la jurisdicción contencioso— administrativa y las restantes jurisdicciones carece de justificación [...] En consonancia con el sistema de doble instancia propuesto, el recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia a instaurar habría de tener por finalidad primordial garantizar la unificación de doctrina en la interpretación del Derecho

de junio de 2020», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, 2020, OCHOA RUIZ, N., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto Saquetti iglesias c. España, demanda nº 50514/13, sentencia de 30 de junio de 2020», *Aranzadi Doctrinal*, num.1/2021, y COBREROS MENDEZ, E. «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional», *R.V.A.P.*, núm. 118, 2020.

2. MUÑOZ ARANGUREN, A., «La deseable generalización de la doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, núm. 193, 2018.

autonómico»³. Específicamente en el ámbito penal la doble instancia constituye una garantía intrínseca asociada a la tutela judicial (art. 24.1 CE) o como derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)⁴.

Ahora bien, si la Administración aplica la sanción, y no la jurisdicción, no se reconoce esta garantía. En tal esquema la sanción se impone por la Administración y se revisa por la jurisdicción contencioso-administrativa ámbito en donde no aparece tal exigencia.

Ello es así porque se parte de que la intervención jurisdiccional en el ámbito contencioso-administrativo no supone en puridad ejercicio de *ius puniendi* alguno, sino un control de legalidad del acto. Lo señala claramente el Tribunal Constitucional cuando afirma que «No existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción adoptada en un procedimiento que ha de ser respetuoso con las principales garantías del art. 24 de la C.E. [...]» (STC núm. 89/1995, de 6 de junio, FJ 4).

De ahí que no puede deducirse un reconocimiento automático a la exigencia de la doble instancia penal en la esfera del proceso contencioso-administrativo. Pues como se afirma por el Tribunal Constitucional «La circunstancia de que los Tribunales del orden judicial administrativo puedan, por estimar que la sanción es conforme a Derecho, desestimar el recurso contencioso-administrativo, no autoriza a concluir en que sean tales Tribunales quienes, como acontece en el orden judicial penal, «condenen» al administrado, de tal suerte que, frente a dicha primera condena, haya de surgir, en aplicación de lo dispuesto en aquellas normas de los Pactos internacionales, un derecho a la obtención de la revisión de la condena en una segunda instancia, sino, antes al contrario, la sanción administrativa la irroga la Administración Pública en el uso de sus prerrogativas constitucionales, pudiendo (a diferencia del proceso penal, en nuestro país siempre informado por el principio de legalidad —art. 100 LE-Crim.—) su destinatario aquietarse frente a la misma o reaccionar mediante la interposición del recurso contencioso— administrativo en el que, aquí sí, los arts. 24.1 y 106.1 de la C.E. garantizan a todo ciudadano el libre y efectivo

3. Así en las Conclusiones al Encuentro de los Presidentes y Presidentas de Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, celebrado los días 22 a 24 de mayo de 2017, Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/Conclusiones-del-encuentro-de-presidentes-de-Salas-de-lo-Contencioso-Administrativo>.

4. «El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que de cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal» (STC 37/1995, de 7 de febrero).

acceso a los Tribunales. Por esta razón y con independencia de que, frente a la sentencia dictada por los Tribunales administrativos, pueda el legislador (atendida la gravedad de la sanción y la necesidad de cohonestar los derechos fundamentales a «un proceso con todas las garantías» y «sin dilaciones indebidas») arbitrar los oportunos medios de impugnación, lo cierto es que esta exigencia no se deriva de la Constitución, desde la que no cabe predicar la existencia de un derecho fundamental a la doble instancia contencioso-administrativa». (STC núm. 89/1995, de 6 de junio, FJ 4 reiterada en muchas otras como SSTC 145/2001, y 145/2012)⁵.

La jurisdicción contencioso-administrativa sólo vela por la legalidad del acto administrativo que supone la sanción. Supone un enjuiciamiento sobre un objeto diverso al ámbito penal pues los órganos jurisdiccionales, en este caso los contencioso-administrativos, no imponen o modulan la pena en consideración a la prueba practicada. Efectúan un juicio de legalidad que interroga sobre los principios punitivos tanto sustantivos como formales que rigen de manera conjunta al ámbito punitivo (tanto a las sanciones impuestas por la administración como por la jurisdicción), aunque con matices.

La naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con la sanción administrativa supone una serie de consecuencias:

- En primer lugar, un control de la jurisdicción a posteriori del ejercicio del *ius puniendi*. No supone una intervención directa y primera en la imposición de la sanción.
- En segundo lugar, al no imponerse la sanción por los tribunales de justicia supone:
 - a) Que no podrá sustituirse la valoración de la prueba. Únicamente podrá verificar que la prueba existe y se han respetado las garantías para su obtención y apreciación.
 - b) Que las garantías exigibles a la hora de imponer la sanción no podrán ser subsanadas a posteriori por el tribunal.
- En tercer lugar, se podrá revisar la sanción pudiendo comportar la anulación, revocación e incluso cabría cuestionarse si es posible reformar la sanción impuesta en virtud de aplicación principios como la proporciona-

5. El Tribunal Supremo también muestra el mismo parecer respecto de que no resulta exigible constitucionalmente la doble instancia en el ámbito contencioso-administrativo en Sentencias como la de 15 de febrero de 2016, rec. núm. 3853/2013 y las que allí se contienen.

lidad o criterios de atenuación deducibles de los principios punitivos⁶. La posibilidad de reformar, modulando la sanción impuesta, no deja de presentar puntos de fricción pues a través del control de legalidad se afecta al *ius puniendi* ejercido⁷.

Lo anterior evidencia la singular tarea revisora que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa en este ámbito. Difícilmente puede considerarse una doble instancia en sentido propios por lo que su función se ha de entender en parámetros propios. En este sentido se ha de tener presente que en el ordenamiento español la sanción administrativa no se impone por la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar de su sustancial identidad con la penal según el Tribunal Constitucional.

La sanción administrativa y la penal son manifestaciones diversas de una misma potestad en donde los diversos procedimientos de aplicación exigen matizar las garantías aplicables. Matices justificados y explicados sobre la base de consideraciones pragmáticas y formales. El Tribunal Constitucional habla de la conveniencia de no recargar en exceso la actividad de la Administración de Justicia por los ilícitos de gravedad menor, dotar mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados (STC 77/83, de 3 de octubre). Pero también en base a argumentaciones basadas en la naturaleza del procedimiento: «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional» (STC 18/1981, de 8 de junio). En definitiva, subyace la idea de que «El procedimiento administrativo sancionador no está estructurado para dar cabida a momentos valorativos (procesos intelectivos, personalidad del individuo) cuya significación es primordial para el derecho penal. Y tampoco las autoridades administrativas podrían realizar una aplicación de normas que de facto y de iure requieran razonamientos penales»⁸.

6. Ver mas extensamente en SÁNCHEZ HUETE, M. Á., *La graduación de las sanciones en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 199 a 202.

7. Matiz a tener presente, y que la STS de 25/11/2021 N° Rec. 8156/2020, Numroj:4550:2021 objeto de comentario desarrolla, es que el Protocolo y la garantía que supone no conlleva un derecho a la doble instancia en sentido estricto, de acuerdo a los criterios de la norma nacional sino un derecho a reexaminar la condena. En este sentido el Protocolo permite un amplio margen al Estado para configurar dicho examen.

8. QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder sancionador de la administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *RAP*, n° 126, 1991, pp. 262.

De lo anterior resulta la paradoja de subordinar la aplicación de los principios sancionadores a su procedimiento de aplicación. Es la forma de su aplicación la que determina la vigencia de los principios considerados comunes al *ius puniendi* estatal. Ahora bien, los matices en la aplicación de dichos principios no pueden llevar a afirmar la existencia de un derecho sancionador de segundo grado. Pero tampoco a sofismas que eviten dar respuestas a la lógica del *ius puniendi* único vigente. Obsérvese que el razonamiento empleado resulta perturbador, pues a la cuestión de por qué no se dan las mismas garantías en el ámbito sancionador administrativo que en el penal se responde: porque no existe el mismo procedimiento. Y si se pregunta por qué no existe el mismo procedimiento la respuesta es: porque no es un delito, volvemos al inicio.

En el anterior esquema el asunto Saquetti plantea la exigencia de la garantía de la doble instancia a concretas sanciones impuestas por la Administración. Son sanciones administrativas con efectos penales o pseudo penales que aparecen cualificadas o por la concurrencia de concretos requisitos.

2.2. Requisitos según el TEDH

El análisis concreto sobre la existencia o no de la vulneración de dicha garantía jurisdiccional asociada al ámbito penal lleva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a un examen consecutivo de diversas cuestiones; unas, relacionadas con la aplicación del Protocolo al caso —de si se trata de una infracción penal y de si no se encuentra dentro de las excepciones del apartado 2 del Protocolo nº 7⁹— y; otras, que tratan de verificar si en el supuesto objeto de análisis ha existido la vulneración de la garantía señalada. Son así tres juicios consecutivos, los dos primeros sobre la aplicación del Protocolo, y el último sobre la existencia de la garantía en el ordenamiento español —atendiendo al caso enjuiciado—.

2.2.1. Existencia de infracción penal

En primer lugar, se analiza si la sanción controvertida constituye, de acuerdo con el Convenio, una infracción penal, no meramente administrativa. A tales efectos se evalúan los tres requisitos establecidos por la doctrina Engel: la calificación jurídica, al tipo de infracción y a la gravedad de la sanción.

9. Considerar el art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio, que dice así: «1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución».

1º. La calificación jurídica efectuada por el Estado. El hecho de que un Estado califique como penal una infracción no es requisito suficiente para que lo sea. El apartado 24 dice que es sólo un punto de partida a efectos de la valoración del Tribunal, que deberá considerar la naturaleza de la infracción cometida y el tipo y gravedad de la sanción impuesta. Se postula una visión antiformalista donde la calificación jurídica otorgada no es constitutiva de la infracción penal.

Sin duda el fenómeno de la despenalización de conductas y simultánea migración a sanciones administrativas pone de relieve la necesidad de ajustar las garantías a exigir. La calificación jurídica efectuada, aunque se realice por el legislador, no puede predeterminar las garantías a aplicar, muchas de ellas amparadas constitucionalmente, de la ciudadanía. La doctrina Engel de la Sentencia de 8 de junio de 1976 marcó la ruptura con tal formalismo y estableció los aspectos materiales que hacen a una infracción administrativa penal.

2º. El tipo de infracción a considerar. La evaluación de tal aspecto pasa por considerar tres requisitos.

El primero, los sujetos a los que va dirigido y el alcance general o no que posee. En tal sentido se afirma que «[...] el Tribunal señala que la Ley sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo tiene alcance general, y que los destinatarios de la disposición que sirvió de base jurídica para la sanción impuesta al demandante son todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que cruzan una frontera y ejercen las actividades descritas [...]» (apartado 26).

El segundo, evalúa la naturaleza de los intereses protegidos, en definitiva, si se protege o no un bien jurídico relevante. En tal caso se afirma que resulta protegido el interés de los gobiernos de los Estados en controlar los medios de pago internacionales.

En tercer lugar, evalúa la función o el objetivo que se pretendía con la medida. La medida procuraba disuadir o castigar por haber incumplido la obligación legal de formular dicha declaración. No se protegía al Estado ante una pérdida de recursos o capital. Esta determinación lleva al Tribunal a afirmar en el apartado 27 que puede justificar por sí solo otorgar una naturaleza penal a la sanción administrativa.

Por consiguiente, evaluar la función o el objetivo que se pretendía con la medida es útil para establecer la distinción de las *nomas* penales de otras que no lo son. Atribuir una función específica a las infracciones administrativas penales apunta una escisión de las otras infracciones administrativas fracturando la concepción de *ius puniendi* único, como argumentaremos más adelante.

3º. A la gravedad de la sanción que se impone. El tribunal evalúa la gravedad considerando si existe o no privación de libertad. Cuando se trata de una multa o pena pecuniaria concreta considera, así lo efectúa en el caso analizado, su relación con la cuantía de la cantidad descubierta. Afirma su carácter grave por resultar una sanción que corresponde con casi la totalidad de la cantidad descubierta durante el control de los servicios aduaneros, o sea, prácticamente el 100% de la cuantía referencia de la sanción.

Así afirma en el apartado 29 «[...] En el presente asunto, al demandante se le acusó de una infracción «grave» para la que la ley preveía una multa de entre 600 euros y el doble del valor de los medios de pago empleados. La multa impuesta al demandante fue de 153.800 euros, que se corresponde con la casi totalidad de la cantidad descubierta durante el control de los servicios aduaneros. En consecuencia, el Tribunal considera que la gravedad de la sanción impuesta era tal que confería al procedimiento seguido en el presente asunto el carácter penal necesario para aplicar el artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio.»

Del análisis de los anteriores requisitos resulta que se trata de una infracción penal a la que corresponde aplicar las garantías del art. 6.1 del Convenio. Resta por averiguar si existe alguna exención, a tenor de los que indica el Protocolo núm. 7.

2.2.2. Exenciones del Protocolo

Afirmado el carácter penal de la infracción se interroga si no se encuentra entre las exenciones del art. 2 del Protocolo núm. 7. De las tres excepciones alegables se plantean dos por ser las esgrimidas por la representación del Gobierno español: el tratarse de una infracción de menor gravedad, y el hecho de que había intervenido el más alto tribunal nacional.

a) La excepción de la menor gravedad plantea diversas cuestiones, incluida la emisión del voto particular del presidente del tribunal. De entrada, que no sea una pena privativa de libertad no resulta el único criterio para determinar su gravedad.

Para evaluar tal requisito, el Tribunal propone examinar tanto la proporcionalidad de la sanción como las consecuencias especialmente graves en relación con la situación personal del condenado. En este particular se realiza un reproche al Tribunal Superior de Justicia de Madrid por no contener análisis alguno de la proporcionalidad de la medida, y no tener en cuenta ni las circunstancias personales del demandante. Acabando por considerar que la incautación de prácticamente la totalidad de la cantidad descubierta durante el control adua-

nero, sin que las autoridades internas hubieran realizado un examen de proporcionalidad, impide que la infracción se considere «de menor gravedad» (apartado 44). Ahora bien, entendemos que el reproche que se efectúa se ha de dimensionar en la lógica revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo cual conlleva, de un lado, que si esta jurisdicción no ejerce *ius puniendi* no podrá modular o graduar la aplicación de la sanción. De otro lado, y esto sí puede y debe efectuarlo, corresponde controlar y valorar el respeto al principio general del derecho que resulta la proporcionalidad, y en tal supuesto podrá declarar la nulidad de la medida impuesta.

También en el voto particular del Presidente Lemmens se alude, con buen criterio a nuestro juicio, que procede objetivar el reproche que se pretende y evaluar únicamente la gravedad de la sanción a imponer, no considerando las circunstancias subjetivas del sancionado. Es un juicio que ha de efectuarse sobre el análisis de las circunstancias legales no de las concretas del sujeto sancionado. Afirma el voto particular que «En la medida en que la gravedad de la sanción desempeña un papel, a mi juicio se trata de la gravedad de la sanción que pueda imponerse y no la gravedad de la sanción que se ha impuesto. En otras palabras, se deben tener en cuenta los efectos potenciales de una posible sanción. Esos efectos se determinarán sobre una base legal, no sobre la base de la sentencia dictada en el caso de una persona determinada» (apartado 38). Supone una discrepancia sobre los criterios que determinan que la sanción sea grave, lo cual no le impide llegar a una misma calificación en el caso objeto de controversia.

b) La excepción de que la sanción ha sido ya juzgada en primera instancia por el más alto tribunal también se rechaza. Todo ello sobre la base de que el Tribunal Supremo forma parte de la jerarquía de los tribunales ordinarios y al mismo se podía acudir siempre que se cumplieran las exigencias legales. En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia no era el más alto tribunal.

2.2.3. Vulneración de la garantía a la doble instancia

En tercer lugar, se analiza si ha existido la garantía de la doble instancia. Se constata que la revisión de la sanción efectuada por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera y, posteriormente, por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no colman dicha garantía. Pues la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, dependiente del Ministerio de Economía, no puede ser considerada como tribunal en el sentido del art. 6 del Convenio. Tampoco ha existido la posibilidad de apelación o de casación que podrían haber colmado la garantía. En relación con las posibilidades de haber acudido al Tribunal Constitucional a través de un recurso de amparo señala que no puede considerarse segunda instancia a los efectos del artículo 2 del Protocolo núm. 7.

El Tribunal contiene un pronunciamiento en el que declara la vulneración de la garantía junto a otro que, sin pretender subsanarla, establece una reparación imperfecta de las consecuencias. Así, de un lado, considera vulnerado el artículo 2 del Protocolo núm. 7. Afirma en su apartado 61 que, «a la vista del conjunto de circunstancias particulares del caso, en especial de la gravedad de la sanción impuesta al demandante, del incumplimiento en examinar las circunstancias personales por parte de las autoridades internas y de la ausencia de una instancia superior, este Tribunal concluye que se ha vulnerado el artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio».

De otro lado, establece una reparación imperfecta de las consecuencias a fin de otorgar una satisfacción equitativa según el art. 41 del Convenio. La satisfacción equitativa en el presente asunto reside en el hecho de que el demandante no ha podido disfrutar de las garantías establecidas. Ahora bien el Tribunal no puede especular sobre cuál habría sido el resultado del procedimiento en caso contrario, pero no considera irrazonable pensar que el interesado sufrió una pérdida de oportunidad real y daños morales ciertos, que la constatación de la violación de la sentencia no basta para remediar —apartado 66— Lo anterior le lleva a determinar una indemnización al demandante en un tanto alzado por daños morales con inclusión de intereses moratorios y una parte de las costas y gastos irrogados.

Lo imperfecto de la reparación a que aludimos deriva de que el fallo no supone que el Estado remueva las condiciones que originaron la lesión, no le obliga a una modificación normativa, ni tan sólo a juzgar nuevamente el caso. Conlleva una reparación de contenido monetario calculada sobre la base de los criterios de la equidad.

3. Consecuencias para las sanciones tributarias y otras implicaciones

Atendiendo a la resolución del tribunal son varias las cuestiones que se plantean.

La primera, la vinculatoriedad que dicha resolución posee para el ordenamiento nacional y el sentido que posee la garantía reconocida.

La segunda, estrechamente relacionada con la anterior, qué ha de entenderse por infracción penal cuando afecta al ámbito tributario a efectos de aplicar la garantía de la doble instancia.

La tercera cuestión supone reflexionar sobre algunas de las implicaciones genéricas de dicha resolución. De manera particular plantea la existencia de una categoría intermedia entre infracción administrativa y delito: las infracciones administrativas penales, en nuestro caso las infracciones tributarias penales.

3.1. Vinculación para el ordenamiento nacional

La doctrina contenida en tal sentencia vincula la interpretación de los derechos y garantías reconocidos en nuestra Constitución, así resulta de lo dispuesto en el art. 10.2 de la CE. En este sentido, la STC 36/1991, de 14 de febrero afirma que el artículo 10.2 de la CE se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro, sin dar rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución. Ahora bien, obliga a interpretar los preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, así en la práctica este contenido se convierte, en cierto modo, en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución.

Lo anterior conlleva la necesidad de reinterpretar la garantía de la doble instancia que se contiene en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE para su aplicación a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero no basta reinterpretar es necesario diseñar cómo concretar las garantías que supone esa doble instancia.

Para ello se ha de partir del amplio entendimiento que el Protocolo núm 7 tiene de la doble instancia y de sus funciones, pues permite incluir el análisis de cuestiones de hecho y de derecho, o de sólo éstas últimas. Así habla de que es admisible, desde una apelación a su inclusión en la casación, o de una mera instancia revisora del derecho aplicable. En el Informe Explicativo del Protocolo núm. 7 se afirma:

- 1º. Que el órgano sancionador puede ser una autoridad que no sea tribunal. Así indica que «[...] 14), se ha añadido la palabra «tribunal» para dejar claro que este artículo no se refiere a los delitos juzgados por autoridades que no sean tribunales en el sentido del artículo 6 del Convenio.»
- 2º. Que la tarea de los órganos judiciales puede ser de mera revisión «a la aplicación de la ley». Así alude en el apartado «18. La revisión de los tribunales superiores se regula de forma diferente en los distintos Estados miembros del Consejo de Europa. En algunos países, ese examen puede

limitarse, según el caso, a la aplicación de la ley, como un recurso de casación. En otros países, existe una apelación, que permite llevar tanto las cuestiones de hecho como de derecho ante un tribunal superior. Este artículo deja a la legislación nacional el establecimiento de las modalidades de ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que puede ejercerse.»

En el esquema diseñado por el ordenamiento español, en relación con el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa a la hora de revisar las sanciones, resulta que la Administración impone la sanción y la jurisdicción revisa la legalidad y el respeto de las garantías punitivas. El juicio de legalidad asignado a la jurisdicción contencioso-administrativa, revisora de las sanciones administrativas, no se enfrenta así a la garantía de la doble instancia del Convenio.

Atendiendo a lo anterior son varias las alternativas que cabría plantear, desde una genérica reestructuración del sistema de recursos en el ámbito tributario¹⁰ a las concretas en relación con el fallo, que afecta a todo el ámbito sancionador administrativo. En este último sentido COBREROS MENDAZONA plantea diversas opciones que ordena de más optima a menos¹¹:

- 1º. Reforma del recurso contencioso administrativo para dar cabida de forma generaliza a un recurso de apelación.
- 2º. Reforma parcial del recurso contencioso administrativo introduciendo un recurso de apelación, sólo para infracciones graves.
- 3º. Reforma de recurso de casación para que las infracciones graves tengan cabida.
- 4º. No efectuar reforma legal alguna, pues no existe impedimento para que accedan a casación las eventuales impugnaciones de tales infracciones.

Concluye COBREROS MENDAZONA como última opción en «No hacer nada al respecto, por entender que no hay ninguna obligación convencional para ello, utilizando el argumento (puramente formalista) de que: a) dado que el Tribunal Europeo admite el recurso de casación como integrante de la doble instancia y b) dado

10. A este respecto cabe traer aquí las propuestas de reforma tanto administrativas como en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa efectuadas por ROZAS VALDES, J. A. «La administración de la justicia tributaria en España», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 452, 2020, pp. 54 y ss. Ver también GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (coordinadora), «VII Encuentro de Derecho Financiero y Tributario «Una estrategia global al servicio de la reducción de la conflictividad en materia tributaria». Documentos de Trabajo. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, nº11. 2019 y CALAZA LÓPEZ, S., «¿Exclusividad o alternatividad de la Jurisdicción Tributaria?», *Quincena Fiscal*, num.13/2020.

11. COBREROS MENDAZONA, E., «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional», *R.V.A.P.*, núm. 118, Septiembre-Diciembre 2020. pp. 36 y ss.

que este no tiene limitación por razón de su objeto, sino que es hipotéticamente posible ante cualquier sentencia, c) la consecuencia es que las sanciones de mayor gravedad siempre pueden ser, en teoría, revisables por la Sala Tercera. Y, con eso, entender ya cumplidas las exigencias derivadas del art. 2 del Protocolo núm. 7. Pero esto obligaría a considerar que siempre existe interés casacional para la formación de la jurisprudencia en el caso de una sentencia relativa a una infracción administrativa grave. Tal reinterpretación del requisito básico para acudir al Tribunal Supremo, sin embargo, no se compadece bien ni con el diseño del nuevo recurso de casación, tal y como lo ha establecido el legislador, ni con la interpretación que viene haciendo la Sala Tercera. Esta última, pues, sería la opción menos deseable de todas.»¹². Tal planteamiento, señalábamos, obligaría a que la Sala tercera cambiara la interpretación que hasta la fecha viene haciendo.

La inacción del legislador apunta a que esta sea la vía seguida, como de hecho se ha visto corroborado por la STS de 25/11/2021 Nº Rec. 8156/2020, Numroj:4550:2021.

Vale la pena considerar el iter de la solución que aporta dicha resolución a la hora de dar amparo a la garantía que proyecta el artículo 2 del Protocolo.

De entrada, no habla de doble instancia, que posee concretas implicaciones y exigencias en el contexto nacional sino de derecho al reexamen. Este es un aspecto crucial sobre el que se diseña la solución. Se proyecta una garantía específica es clave del Convenio, que no una garantías connatural del ordenamiento nacional. Indica que el derecho al reexamen del artículo 2 del Protocolo no constituye un fin en sí mismo, sino un medio a través del cual se puedan suscitar esas cuestiones sobre las posibles infracciones del ordenamiento a que se cree derecho el sancionado. Ello da pie a que vía de recurso de casación el Tribunal Supremo pueda hacer un reexamen de las cuestiones sustantivas, con exclusión de las cuestiones de mero hecho, que hayan sido suscitadas por el sancionado en la instancia o tomadas en consideración por el Tribunal a quo.

12. COBREROS MENDAZONA, E., «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional», *R.V.A.P.*, núm. 118, Septiembre-Diciembre 2020. pp. 47. Otras conclusiones y propuestas afirman: «1. La STEDH de 30 de junio de 2020, asunto Saquetti, obliga a una reacción del legislador español en el sentido de garantizar el doble grado de revisión jurisdiccional para las sanciones administrativas de carácter penal. 2. En relación con sentencias de las Salas de la Audiencia Nacional y de los TSJs. a) Procede modificar el artículo 8.2 b) LJCA y aumentar el límite competencial que determina la atribución de competencias a los Juzgados. b) Creación de Salas de apelación en la Audiencia Nacional y en los TSJs. para conocer de los recursos interpuestos contra las sentencias de las Salas actuales. 3. En relación con las sentencias de los Juzgados contra las que no cabe recurso de apelación. a) Modificar el artículo 81.1 b). b) (sic) LJCA y permitir el recurso de apelación ante las Salas respectivas contra las sentencias de los Juzgados». (AA.VV., *Conclusiones del grupo de trabajo «Sanciones administrativas penales: Doble grado de jurisdicción»*. Madrid, 8 de septiembre de 2020. Disponible en <https://thinkfide.com/wp-content/uploads/2020/10/Fide-Conclusiones-GT-Sanciones-administrativas-penales-Doble-grado-de-jurisdicci-n.pdf>).

La especificidad de tal situación se asienta en la singularidad de las garantías del Convenio como remarca el Informe explicativo del Protocolo al afirmar: «18. Diferentes reglas rigen la revisión por un tribunal superior en los distintos Estados miembros del Consejo Europeo. En algunos países, dicha revisión se limita en ciertos casos a cuestiones de derecho, como los recursos de casación. En otros, existe el derecho a apelar contra las conclusiones de hechos, así como sobre cuestiones de derecho. El artículo deja las modalidades para el ejercicio del derecho y los motivos por los que puede ejercerse serán determinados por la legislación interna.» Es decir, el Informe deja al criterio de los Estados la extensión de dicho examen de la declaración de culpabilidad o condena, sin exigir necesariamente, como comportaría una doble instancia, una revisión de las cuestiones de hecho y de derecho, sino que puede limitarse a estas últimas, como es propio de los recursos de casación.

Sobre tales premisas la resolución puntualiza cuatro aspectos básicos de su razonamiento

- 1º. Que la garantía sobre el examen por un Tribunal superior a que se refiere el artículo 2 del Protocolo queda al criterio de la legislación de cada Estado.
- 2º. Que la exigencia del examen por un Tribunal superior no requiere necesariamente que afecte a las cuestiones de hecho y de derecho. Puede cumplir la garantía que se impone en el Protocolo un recurso que limite el conocimiento del Tribunal superior a cuestiones de derecho.
- 3º. Que los recursos de casación, pese a la limitación que comportan como recurso extraordinario, sirven para garantizar el derecho al reexamen por un Tribunal superior. En tal contexto la apreciación de interés casacional no supone abandonar el sistema de motivos concretos y tasados
- 4º. Que la revisión de los actos sobre los que se proyecta la garantía son las decisiones de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando no afecte a derecho autonómico.

Con tales presupuestos la STS de 25/11/2021 concluye que la exigencia de revisión por un tribunal superior de la sentencia confirmatoria de una resolución administrativa por la que se impone una sanción de naturaleza penal puede hacerse efectiva mediante la interposición de recurso de casación, para cuya admisión habrá de valorarse si en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH.

En dicho planteamiento se ratifica que la jurisdicción contencioso-administrativa a la hora de revisar las sanciones atiende a un juicio de legalidad en donde no se entra a valorar la prueba. No resulta una doble instancia en sentido propio, pero colma las garantías del Convenio al procurar dicha revisión. Ahora

bien, la anterior solución no da respuesta a aspectos más sustantivos como ¿qué sanciones administrativas (en nuestro caso tributarias) poseen efectos penales?

3.2. Sanciones tributarias con efectos penales

La segunda cuestión que se plantea era la de qué se ha de entender por infracción penal cuando afecta al ámbito tributario. De ahí que procede delimitar las infracciones tributarias que pueden resultar merecedoras de la garantía de la doble instancia considerando los criterios de la doctrina del asunto Saquetti.

Queda claro que la privación de libertad supone en todo caso tal consideración penal, aunque el legislador no efectúe tal calificación¹³. Tal aspecto aparece descartado de las sanciones tributarias pues no se prevé en la legislación, en consonancia a su prohibición constitucional (ver art. 25.3 de la CE). Más complejo resulta acotar la consideración penal en las multas pecuniarias. Pues ¿basta un criterio porcentual para su delimitación? Y en tal caso ¿qué porcentaje de la cuantía dejada de ingresar o de la cuantía referente de la sanción merece tal consideración?

En los supuestos en los que la sanción tenga un contenido puramente económico la escasa cuantía de la sanción no es un motivo determinante para excluir la garantía del doble grado de revisión. Así en la Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1984, Gran Sala, asunto Öztürk contra Alemania, calificaba como infracción administrativa de carácter penal una multa de 60 marcos alemanes, equivalente a 30 euros, impuesta al señor Öztürk por conducción imprudente de su vehículo causando daños a tercero. También la Sentencia del TEDH de 23 de noviembre de 2006, Gran Sala, asunto Jussila contra Finlandia. En ese caso, se calificó como infracción administrativa de naturaleza penal la imposición de un recargo fiscal por importe de 1.836 marcos finlandeses, suma equivalente a 308,80 euros, por deficiencias en la declaración inicial de IVA del contribuyente. En las anteriores resoluciones se pondera la finalidad disuasoria y punitiva como elemento determinante del carácter penal de la infracción sin que la escasa cuantía sea un obstáculo para eludir la calificación penal. En definitiva, es la función que la norma está llamada a cumplir la que transmuta la calificación efectuada por el legislador. Aunque el importe no deja de ser un referente para dicha evaluación como muestra el caso Saquetti.

13. No existe duda alguna en relación con infracciones administrativas y su carácter penal si la sanción comporta la privación de libertad. Así se considera de manera unánime, que no puede calificarse como de menor gravedad (STEDH de 8 de abril de 2010, asunto Gurepka II, apartado 34, por todas).

La anterior cuestión posee una perspectiva singular —y diversa— en el caso de que la sanción establecida no se correlacione con el daño o riesgo a reprimir descrito en la infracción. Nótese como en el caso analizado se trata de una infracción basada en el deber de información que no conlleva un resultado o lesión concreta, pero que se sanciona como si existiera dicha lesión y fuera evaluada. Dicho de otro modo, la sanción impuesta presupone un daño derivado del comportamiento infractor el cual se hace equivalente al incumplimiento base de la infracción. En tal lógica la infracción no es más que un mero incumplimiento formal sin lesión evaluable sobre el que se establece una sanción porcentual. En la evaluación de la sanción se pierda de vista la lesión que supone el comportamiento infractor, pues no existe criterio que permita su valoración porcentual y cuantitativa.

En definitiva, en el caso Saquetti el incumplimiento del deber informativo origina un daño equivalente al importe de la cuantía que deja de poner en conocimiento. No se trata de una cuantía que haya de ingresarse, sino sobre la que debe informarse, la que sirve de referente para el porcentaje. No es una infracción material que supone un deber de ingreso, pero a través de su sanción se convierte *de facto* en una de ellas

Con relación al ámbito sancionador tributario cabría plantear la evaluación de la gravedad de las sanciones en base a las anteriores consideraciones; en primer lugar, atendiendo el porcentaje aplicable y, en segundo lugar, la desproporción que supone sancionar porcentualmente infracciones formales. La doctrina emanada apunta sobre todo a la desproporción de criterios cuantitativos empleados en relación con las infracciones formales, no segrega cuantía e infracción. Son las infracciones formales y su sanción proporcional, o su sanción como infracción material, las que aparecen puestas de relieve. Ahora bien, y a efectos analíticos cabe considerar separadamente el criterio cuantitativo para evidenciar la importancia que posee en el ámbito tributario y las prevenciones que habría de considerar¹⁴.

La consideración de una infracción tributaria como penal, o que precisa algunas de las garantías connaturales a las impuesta en la vía jurisdiccional penal, por el porcentaje que corresponde ser aplicado para calcular la sanción —en el caso analizado supone casi el 100%— abre un panorama que precisa de un análisis *ad casum*. De ahí que resulte preciso analizar la Ley General Tributaria (LGT) ponderando las agravantes concurrentes, las eventuales sanciones no pecuniarias, y evaluando las diferencias existentes entre infracciones materia-

14. En este sentido matizamos y cambiamos las conclusiones sustentadas en SÁNCHEZ HUETE, M.Á y PÉREZ TENA, J.R. «En los límites de la potestad sancionadora». *Quincena Fiscal*, nº 15. 2022.

les y formales, específicamente, la gran proliferación y cuantía que suponen las infracciones del deber de informar y colaborar.

La gravedad de las sanciones se modula por el legislador en la LGT en la calificación que efectúa entre infracciones leves, graves y muy graves. En ningún caso las considera como infracciones penales, pero como indica el TEDH la calificación supone un mero indicio o «punto de partida». Al margen de los matices y consideraciones efectuadas, se observa cómo en el caso Saquetti el parámetro cuantitativo del 100% del importe referente en el comportamiento descrito por la infracción parece determinar tal consideración.

Es necesario plantear si la doctrina es trasladable *mutatis mutandis* a todas las sanciones administrativas o solamente a las de materia aduanera. De los criterios y razonamientos que se emplean resulta clara su extensión a todo el ámbito punitivo sancionador; no pueden existir cotos o ámbitos singulares en el ejercicio de unas mismas potestades.

Teniendo presente tal consideración resulta que en el ámbito tributario la gran mayoría de infracciones graves —dada la posibilidad de aplicar agravantes que puede llegar al 100%— y todas las infracciones muy graves podrían tener la consideración de infracciones penales de acuerdo con el Convenio. De manera sintética y a riesgo de ser simplista, pero que da idea del impacto que supone, resulta que según el art. 191 de LGT muchas de las infracciones consideradas graves —del 50% al 100%— y todas las infracciones calificadas como muy graves —del 100% al 150%— merecen tal consideración y la consiguiente aplicación de las garantías de la doble instancia.

Pero sobre todo muchas de las infracciones formales tributarias pueden ser consideradas penales. Son infracciones formales las que no suponen la lesión de una obligación de contenido económico; se basan en el incumplimiento de una obligación de información o colaboración. Se trata de infracciones que no tienen como referente una cuantía dejada de ingresar, por lo que como regla general se les aplica un importe fijo a la transgresión que se origina. Lo cual no resulta, ni mucho menos, una consideración menor o atenuada. Como ejemplo de su importancia destacan las sanciones a la infracción por incumplimiento de la obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero —DA. 18 de la LGT— en donde se sanciona 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos con un mínimo de 10.000 euros, o la que se basa en el incumplimiento de la obligación de información sobre mecanismos transfronterizos de planificación fiscal —DA. 23 de la LGT— que establece una multa pecuniaria fija de 2.000 euros por cada dato o conjunto de datos con un mínimo de 4.000 euros y un máximo equivalente al importe de los honorarios percibidos o a percibir.

Además, el anterior criterio de multa fija para infracciones formales resulta excepcionado estableciéndose sanciones proporcionales donde se toman en consideración diversos criterios, como el importe de operaciones no declaradas o declaradas incorrectamente —art. 199.5 de la LGT—, el importe de las facturas —art. 200.3 de la LGT y art. 201 de la LGT—, la cifra de negocios —art. 203 de la LGT— o los honorarios recibidos o a percibir según la DA 23 de la LGT... Dicha sanción proporcional resulta inadecuada, pues no posee una clara relación con la conducta desvalorada. Las infracciones formales, como regla general, no exigen resultado alguno y cuando es exigido —en contadas ocasiones— no puede ser evaluable en un impacto económico o cuantitativo directo.

Con la sanción proporcional de las infracciones formales, que no causan perjuicio económico, se reprime lo que no se hace. Ha de existir una sanción acorde a la conducta objeto de reprensión. Dicho tratamiento configura a las infracciones formales como una figura híbrida y compleja. La complejidad e hibridez a que nos referimos deriva del hecho de que se está puniendo un peligro abstracto para la obligación tributaria principal (obligación material de ingreso). De alguna manera parece afirmarse que con tales infracciones no solamente se vulnera una obligación formal, sino que se pone en peligro la deuda tributaria. Con tal proceder se sancionan conductas que no evidencian un peligro, ni tan siquiera mediato, para la obligación tributaria de ingreso. Así, sin probar la existencia de dicho peligro para la deuda tributaria, *de facto* se sanciona como si éste existiera. Es una sanción inadecuada en relación con la conducta, de ahí que vulnere el principio de proporcionalidad y el de culpabilidad que han de contemplarse en la sanción a imponer.

De manera conexa en tales infracciones formales se solapa el incumplimiento de la obligación a la infracción. No se puede confundir una infracción de un incumplimiento tributario, pues al identificarlo se devalúa el significado de la infracción como lesión a un interés común digno de protección. La asimilación entre incumplimiento e infracción supondría sancionar comportamientos desprovistos de entidad valorativa —desconociendo el bien lesionado—, y permitiría exigir un nivel de diligencia que ignore toda culpa, imponiendo la sanción de manera objetiva¹⁵.

El asunto Saquetti conecta el importe de la sanción con el carácter formal de la infracción. No enfatiza tanto que la cuantía de la sanción sea el 100% como que la infracción de referencia sea formal. El juicio de desproporción entre la conducta objeto de la infracción y el represivo atribuido resulta indiciario de la función

15. Ver más extensamente en SÁNCHEZ HUETE, M. Á., *Tributación, fraude y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 48 y 49

penal y de las consiguientes mayores garantías requeridas. Tal aspecto concuerda con lo que se señala respecto de que la medida sancionadora analizada no protegía al Estado ante una pérdida de recursos o capital, procuraba disuadir o castigar por haber incumplido la obligación legal de formular dicha declaración. Consideración que lleva al Tribunal a afirmar en el apartado 27 que puede justificar por sí solo otorgar una naturaleza penal a la sanción administrativa.

3.3. Nuevas categorías de infracción o desproporción de la sanción

El fallo del caso Saquetti permite interrogarnos sobre otras posibles lecturas e implicaciones. La Sentencia plantea la exigencia de una concreta garantía jurisdiccional, la doble instancia, para sanciones impuestas por la Administración. Tal conclusión podría tener una lectura amplia en el sentido de que cuestiona los límites de la infracción administrativa. En definitiva, ¿Existen infracciones administrativas que merecen la consideración de delitos? ¿Existe una categoría intermedia entre las infracciones administrativas y jurisdiccionales?

Responder y plantear tales cuestiones presupone que el tribunal no tan solo corrige la actuación del órgano sancionador que impuso la sanción sino el desvalor que atribuye el legislador. Se afirmaría que la sanción impuesta es inadecuada a la infracción con la que se relaciona, que posee un desvalor equivalente a una pena, y los hechos a los que alude son de tal gravedad que constituyen delitos o pseudo delitos merecedores de mayores garantías. En esta orientación se afirmaría un error del legislador. Afirmer el yerro en la calificación de la infracción supone un salto cualitativo cuya subsanación no se reduce a una mera cuestión procedimental de carácter puntual. Tal perspectiva llevaría a plantear que no basta con establecer la garantía de la doble instancia sino de todas las garantías connaturales a las penas.

Ahora bien, el anterior enfoque no es adecuado pues desde el TEDH no se alude a las garantías establecidas por la legislación nacional en relación con los delitos, sino únicamente a las garantías del Convenio. Tal es la especificidad y singularidad del Convenio que, afirmando la garantía de la doble instancia, no se impide que las infracciones penales sean aplicadas por órganos no jurisdiccionales, ni se afirma que posean las mismas garantías que las penas de acuerdo el ordenamiento nacional. Se ciñe a señalar una concreta garantía punitiva, y con un entendimiento singular en clave del propio Protocolo. En definitiva, la Sentencia posee un sentido y eficacia ciertamente limitado, aunque su lógica pudiera llevar más allá.

En el contexto nacional el ámbito tipificador del legislador resulta amplio como indica el Tribunal Constitucional al afirmar que «el control de la Ley penal que

este Tribunal tiene asignado debe venir presidido, en todo caso, por el reconocimiento de la competencia exclusiva del legislador para el diseño de la política criminal, correspondiéndole un amplio margen de libertad dentro de los límites de la Constitución, para la configuración tanto de los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, como del tipo y la cuantía de las sanciones penales, o la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con la que intenta conseguirlo». (FJ 2 de la STC 160/2012, de 20 de septiembre, doctrina que reitera en SSTC 55/1996 (FJ 9), de 28 de marzo, 163/1999 (FJ 23), de 20 de julio o 127/2009 (FJ 8), de 26 de mayo).

El TEDH en el caso Saquetti no pretende diferenciar de forma categórica los ilícitos administrativos de carácter punitivo en dos clases: las infracciones administrativas penales y las infracciones meramente administrativas. Tal diferencia —reiteramos— es aducida a los únicos efectos del Convenio con el fin de aplicar la concreta garantía de la doble instancia.

Ahora bien, su explicación última entronca con el fenómeno normativo de despenalización de conductas, y simultánea migración a sanciones administrativas por el legislador nacional. Dicha dinámica pone de relieve la necesidad de ajustar las garantías procedimentales a exigir. Y más si cabe, en procedimientos sancionadores pensados como una forma de gestión administrativa, un mecanismo para reforzar el cumplimiento de las obligaciones de información y colaboración impuestas. Derivado de estas concepciones resultan sanciones pecuniarias muy elevadas, más que las sanciones penales, que aparecen impuestas por la Administración en procedimientos cuyas garantías distan de los penales. Sin duda considerar el efecto simbólico que posee el Derecho penal y la precisión y concreción de su bien jurídico resulta importante¹⁶, aunque no suficiente para afirmar una diferenciación cualitativa entre ambas. En todo caso, la calificación jurídica efectuada no puede predeterminar las garantías de la ciudadanía, muchas de ellas amparadas constitucionalmente.

En otro orden de consideraciones, pero indicativo de las diversas perspectivas de enjuiciamiento que pueden concurrir, la norma utilizada para imponer la sanción que fue objeto de enjuiciamiento se declara contraria al derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 31/5/2018, asunto C190/17 entre Lu Zheng y Ministerio de Economía y Competitividad¹⁷. En tal caso se plantea la adecuación de la medida

16. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer, 3ª ed., 2011, pp. 136-137.

17. En tal supuesto en el que el Sr. Zheng con motivo de un control efectuado en la escala en el aeropuerto de Madrid-Barajas se detectó en su equipaje un importe de 92 900 EUR en dinero efectivo que no había decla-

sancionadora destinada a proteger las libertades fundamentales protegidas por el Tratado, de manera concreta la libertad de circulación de capitales entre Estados miembros, más que los derechos subjetivos de carácter procedimental. Así se señala que la lucha contra el blanqueo de capitales constituye un objetivo legítimo que puede justificar una restricción a las libertades fundamentales garantizadas pero que no excluye el respeto al principio de proporcionalidad. Todo ello en virtud que los Estados miembros disponen, según el artículo 9, apartado 1, del Reglamento n.º 1889/2005, de un margen de discrecionalidad al elegir las sanciones que consideren oportunas para garantizar el cumplimiento de la obligación de declarar prevista.

La Sentencia del asunto C190/17 afirma que la sanción impuesta es desproporcionada con relación a la infracción. Así se razona sobre el principio de proporcionalidad de las sanciones e infracciones indicando tres pautas aplicativas.

La primera, que el principio de proporcionalidad rige tanto a la hora de seleccionar el comportamiento integrante de la infracción como en la determinación de la cuantía de las multas, y en la apreciación de los elementos que pueden tenerse en cuenta para fijarlas (apartado 40).

La segunda, que las medidas administrativas o represivas que permite una normativa nacional no deben exceder de lo que resulta necesario para lograr los objetivos legítimos de dicha normativa (apartado 41).

Y la tercera pauta, que la proporcionalidad no se evalúa solamente por el quantum de la infracción y sanción establecida sino por la relación existente entre una y otra. Así se afirma que la gravedad de las sanciones deberá adecuarse a la gravedad de las infracciones que dichas sanciones castigan (apartado 42)¹⁸.

Lo anterior permite concluir que no resulta proporcionada una multa impuesta del 60 % de la suma de dinero en efectivo no declarado cuando la infracción se basa en el incumplimiento de la obligación de declarar. Pues no se sancio-

rado, incumpliendo así la obligación establecida en el artículo 34 de la Ley 10/2010. El incumplimiento de dicha obligación de declaración conforme al artículo 52, apartado 3, letra a), de la Ley 10/2010, constituirá una infracción grave, sancionada, en virtud del artículo 57, apartado 3, de dicha Ley, con una multa cuyo importe mínimo será de 600 EUR y cuyo importe máximo podrá ascender hasta el duplo del valor de la suma de dinero efectivo no declarada. En tal regulación se plantea su conformidad a las previsiones del Reglamento (CE) n.º 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad (art. 3 y 9).

18. El Tribunal de Justicia ha considerado que una multa de esa cuantía rebasa los límites de lo que resulta necesario para garantizar el cumplimiento de la referida obligación y conseguir los objetivos del citado Reglamento, puesto que la finalidad de la sanción establecida en dicho artículo 9 consiste en castigar, no eventuales actividades fraudulentas o ilícitas, sino el mero incumplimiento de la obligación de declarar (sentencia de 16 de julio de 2015, Chmielewski, C-255/14, EU:C:2015:475, apartados 29 a 31).

nan eventuales actividades fraudulentas o ilícitas, sino un mero incumplimiento formal. En definitiva, existe un exceso de la sanción que pone de relieve la necesidad de su adecuación al desvalor de la infracción a que alude.

Y nuevamente planea sobre la temática el interrogante de si resulta admisible de forma genérica la sanción de carácter proporcional de infracciones formales. Tal proceder, en la mayoría de las ocasiones, supone sancionar una conducta en la que no se prueba un perjuicio y que acaba por presumirse o conjeturarse. En esta línea no resulta adecuado al principio de proporcionalidad que las multas impuestas por infracciones derivadas del incumplimiento de obligaciones formales de blanqueo sean superiores a las que pueden corresponder a muchos tipos delictivos en los que, además, se tiene en cuenta la capacidad económica del infractor para medir su importe. En particular, resulta elocuente la magnitud y discrecionalidad en la que se mueve la sanción por incumplir determinadas obligaciones formales de comunicación o colaboración cuyo importe mínimo será de 150.000 euros y cuyo importe máximo podrá ascender hasta la mayor de las siguientes cifras: el 5 % del patrimonio neto del sujeto obligado, el duplo del contenido económico de la operación, o 10.000.000 euros, según el art. 56 Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Todo ello frente a que el importe de la multa por delito de blanqueo es de tanto al triplo del valor de los bienes (art. 301.1 del Cp).

Merece la pena observar que dicha resolución no reprocha al legislador español la falta de garantías en el procedimiento de revisión, sino que considera la sanción impuesta como desproporcionada con relación a la infracción.

En este sentido el juicio de proporcionalidad es un juicio intrínseco y diverso al anterior, atañe a la relación entre la infracción y su sanción, y posee eficacia más limitada, pues alude a la concreta sanción impuesta. Es un reproche al legislador en la configuración de las sanciones e infracciones, mientras que el TEDH en el caso Saquetti le reprocha la falta de garantías procedimentales del Convenio. Lo anterior no deja de manifestar la difícil coherencia y la necesaria convivencia de instancias judiciales internacionales con lógicas diversas —libertades de circulación frente a derechos humanos— ancladas en los respectivos convenios que tiene por base. Ahora bien, la diversidad de perspectivas han de conjugarse de acuerdo con el reconocimiento que el art. 6 del TUE efectúa a los derechos, libertades y principios del Convenio. Las soluciones adoptadas aparecen también condicionadas por los efectos de las resoluciones que adoptan, aspecto que ha llevado a que el TEDH escoja alegar la falta de garantías en vez de la ausencia de proporcionalidad. Juicio y opción que pueden llevar a algunos equívocos como los planteados a la hora de escindir la lógica de lo punitivo.

4. Conclusiones

Sin perjuicio de las argumentaciones efectuadas a lo largo de nuestra exposición, y en aras de sintetizar algunas de las cuestiones planteadas, procede formular las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Que la exigencia de la doble instancia en el ordenamiento español no es una garantía generalizable para todos los órdenes jurisdiccionales. La doble instancia existe con relación a las jurisdicciones civil, social y penal, y no así en la contencioso-administrativa. Específicamente en el ámbito penal la doble instancia constituye una garantía intrínseca asociada a la tutela judicial (art. 24.1 CE) o como derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Y la controversia nace cuando existen sanciones impuestas por la Administración en el ejercicio del *ius puniendi* que son revisadas por la jurisdicción contencioso-administrativa. En tal supuesto resulta que la intervención jurisdiccional en el ámbito contencioso-administrativo es más control de legalidad del acto que ejercicio de potestades sancionadoras asociadas a la idea de la doble instancia.

SEGUNDA. Que difícilmente se puede considerar segunda instancia la tarea de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos al examinar las infracciones y sanciones administrativas, pues no modulan dicha sanción en consideración a la prueba practicada. Efectúan un juicio de legalidad que interroga sobre los principios punitivos, tanto sustantivos como formales que rigen al ámbito punitivo, si bien con los matices propios asignados a las sanciones administrativas.

La naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con la sanción administrativa supone:

- 1º. Un control de la jurisdicción *a posteriori* del ejercicio del *ius puniendi*. Y su intervención no resulta, en puridad, ejercicio de potestades propias del ámbito punitivo.
- 2º. Que no podrán sustituir la valoración de la prueba, únicamente podrá verificar que la prueba existe, y se han respetado las garantías para su obtención y apreciación.
- 3º. Que, no obstante lo anterior, se podrá revisar la sanción pudiendo comportar su anulación y revocación. Incluso, cabría cuestionarse si es posible reformar la sanción impuesta en virtud de aplicación principios como la proporcionalidad o criterios de atenuación deducibles de los principios punitivos.

TERCERA. Que la doble instancia, en términos del Convenio, posee diversa extensión y contenido como ha quedado corroborado por la Sentencia objeto de comentario. La doble instancia afirmada para las infracciones administrativas penales ha de ser entendida en la peculiar lógica de la función revisora asignada a la jurisdicción contencioso-administrativa. Dicha función, reiteramos, no supone ejercicio de *ius puniendi* alguno sino un mero control de legalidad del acto.

De ahí que, a efectos de las garantías del Protocolo que plantea el caso Saquetti, no resulta desacertado hablar de algo diferente a la doble instancia: el derecho al reexamen. Derecho que supone un ámbito y entendimiento específico de la tarea de revisión encomendada.

CUARTA. Que la garantía de la doble instancia —así entendida—, y a tenor de lo analizado en el caso Saquetti, comporta la necesidad de una modificación normativa o una flexibilización de la doctrina del Tribunal Supremo en el ámbito de la casación. Es una disyuntiva entre la creación normativa —introducir un recurso de apelación sobre las infracciones susceptibles de ser calificadas como penales— o la modificación interpretativa a la hora de apreciar la existencia de interés casacional para la formación de la jurisprudencia, a efectos de admisión del recurso de casación. Al final ha sido esta última postura la que ha prosperado a decir de la STS de 25/11/2021 comentada.

QUINTA. Que el caso Saquetti no pretende categorizar a los ilícitos administrativos de carácter punitivo en dos clases diferenciadas: las infracciones administrativas penales y las infracciones meramente administrativas. Tal distinción se establece a los únicos efectos del Convenio y con el fin de aplicar una concreta garantía a un supuesto específico.

Se ha de considerar que la doctrina Engel de la Sentencia de 8 de junio de 1976 marcó la ruptura con la separación formal entre infracciones administrativas e infracciones penales, y estableció los aspectos materiales que hacen a una infracción administrativa acreedora de las garantías penales del Convenio. La doctrina del caso Saquetti abunda en dicha perspectiva a la hora de reconocer una de las garantías aplicables a tales infracciones: la doble instancia. En puridad el caso Saquetti analizado no supone una novedad en la doctrina existente del TEDH su importancia se explica sobre todo en clave nacional, en relación con el ordenamiento español.

SEXTA. Que la garantía al reexamen prevista en el art. 2 del Protocolo nº 7 del Convenio puede ser aplicable a un buen número de las infracciones tributarias tipificadas en la LGT, tanto a las materiales como a las formales.

En relación con las infracciones tributarias materiales, y atendiendo al caso analizado, no se extraen conclusiones definitivas para afirmar que todas las sancionadas con una cuantía igual o superior al 100% de la deuda dejada de ingresar son penales. Tal planteamiento llevaría a exigir la garantía de la doble instancia a la mayoría de las infracciones tributarias graves y a todas las infracciones muy graves.

El caso Saquetti asocia para calificar la sanción como penal la cuantía de la multa con el comportamiento formal base de la infracción. En consecuencia, será a las infracciones tributarias formarles sancionadas porcentualmente a las que será aplicable la garantía y la doctrina sentada, tanto por el importe que algunas suponen como por las disfunciones que presentan muchas de ellas. Disfunciones que llevan a la desproporción y supone sancionar una lesión y un perjuicio que no se contempla en el comportamiento infractor. En esta línea hay que recordar que también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C190/17) considera desproporcionada y contraria al derecho comunitario una sanción semejante a la del caso Saquetti.

SEPTIMA. Que sobre la base de caso Saquetti se plantea si existen sanciones impuestas por la Administración que precisan especiales garantías. Tal aspecto lleva a cuestionar si existe un *tertium* genus, entre las sanciones «meramente administrativas» y penas jurisdiccionales. La solución del TJUE sobre un caso análogo (C190/17) apunta a enfoques diversos, pues afirma la existencia de sanciones desproporcionadas, no a categorías intermedias. Llegados a tal punto ¿cómo tratar la temática? ¿es desproporción o nueva categoría de sanción? La solución a tales planteamientos es diversa.

La falta de proporcionalidad no supone una alteración sistémica en las categorías de sanción administrativa y pena jurisdiccional, pues alude a la falta de adecuación de una concreta infracción con su sanción.

La consideración de una nueva categoría de sanción, afirmando nuevas garantías, conlleva renombrar y reasignar un régimen adecuado a la nueva realidad.

La decisión de ambos tribunales tiene mucho que ver con los Convenios que tienen por base, los derechos y valores que defienden, y los efectos asignados a las respectivas resoluciones. La solución de tal disyuntiva esta más en el diseño de las infracciones y su correlativo sancionador, que compete al legislador, que en intentar arbitrar soluciones en el plano aplicativo. Pero mientras aquel no actúe el problema persistirá y la diversidad de enfoques también.

OCTAVA. Que el caso analizado, y también el C190/17, manifiestan la realidad incomoda de la existencia de infracciones formales basadas en incumplimiento

de obligaciones de información, que no se correlacionan con la sanción proporcional impuesta. A lo largo de nuestra exposición se han puesto diversos ejemplos de sanciones tributarias, también de prevención del blanqueo, basadas en deberes de información sancionadas proporcionalmente. Tales sanciones suponen reprimir una conducta que no se prueba, un perjuicio que acaba por presumirse o conjeturarse.

Con la sanción proporcional de las infracciones que no causan perjuicio económico se reprime lo que no se hace. Es una sanción inadecuada en relación con la conducta, de ahí que existe riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad, y el de culpabilidad que han de contemplarse.

También en tales infracciones formales se acostumbra a solapar el incumplimiento de la obligación a la infracción. Y no se puede equiparar el incumplimiento a la infracción, pues al identificarlo se devalúa el significado de la infracción como lesión a un interés común digno de protección. La asimilación entre incumplimiento e infracción supondría sancionar comportamientos desprovistos de entidad valorativa —desconociendo el bien lesionado—, y permitiría exigir un nivel de diligencia que ignore toda culpa, imponiendo la sanción de manera objetiva.

5. Bibliografía

- AA.VV., *Conclusiones del grupo de trabajo «Sanciones administrativas penales: Doble grado de jurisdicción»*. Madrid, 8 de septiembre de 2020. Disponible en <https://thinkfide.com/wp-content/uploads/2020/10/Fide-Conclusiones-GT-Sanciones-administrativas-penales-Doble-grado-de-jurisdicci-n.pdf>.
- CALAZA LÓPEZ, S., «¿Exclusividad o alternatividad de la Jurisdicción Tributaria?», *Quincena Fiscal*, num.13/2020.
- COBREROS MENDAZONA, E. «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional», *R.V.A.P.*, núm. 118, 2020.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (coordinadora), «VII Encuentro de Derecho Financiero y Tributario «Una estrategia global al servicio de la reducción de la conflictividad en materia tributaria»». Documentos de Trabajo. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, nº11. 2019.
- OCHOA RUIZ, N., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto Saquetti iglesias c. España, demanda nº 50514/13, sentencia de 30 de junio de 2020», *Aranzadi Doctrinal*. num.1/2021.
- QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela, los límites al poder sancionador de la administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *RAP*, nº 126, 1991.

- LOZANO CUTANDA, B., «La Sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas», *RAP*, núm. 213, 2020.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., «La deseable generalización de la doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, núm. 193, 2018.
- ROZAS VALDES, J. A. «La administración de la justicia tributaria en España», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 452, 2020, pp. 54 y ss.
- SÁNCHEZ HUETE, M. Á., *La graduación de las sanciones en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 199 a 202.
- SÁNCHEZ HUETE, M. Á., *Tributación, fraude y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- SÁNCHEZ HUETE, M. Á y PÉREZ TENA, J.R. «En los límites de la potestad sancionadora». *Quincena Fiscal*, nº 15. 2022.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer, 3ª ed., 2011.
- SOLDEVILLA FRAGOSO, S., «Sentencia de gran impacto: Asunto Saquetti Iglesias v. España. STEDH de 30 de junio de 20202», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, 2020.

XXVI | El principio de *non bis in idem*: algunas consideraciones desde el Derecho de la UE

Ágata M. Sanz Hermida¹

Catedrática de Derecho Procesal Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DELIMITACIÓN. 2.1. EL CARÁCTER «PENAL» DE LA SANCIÓN: DE SU CALIFICACIÓN JURÍDICA EN LOS SISTEMAS INTERNOS A SU CONSIDERACIÓN A LA LUZ DE LA NATURALEZA DE LA INFRACCIÓN Y GRAVEDAD DE LA SANCIÓN. 2.2. ELEMENTOS DEL PRINCIPIO «*NON BIS IN IDEM*» TRANSNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. 2.2.1. Identidad subjetiva: misma persona juzgada. 2.2.2. Identidad objetiva (*idem*): «misma infracción». 2.2.3. Presupuesto previo (*bis*): interpretación de «sentencia firme». 3. EFICACIA DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*. 4. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

El art. 50 de la CDFUE recoge la prohibición del «bis in ídem» en el ámbito sancionador bajo la fórmula: «Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley». Se impide así «la acumulación tanto de procesos como de sanciones de carácter penal en el sentido de dicho artículo, por los mismos hechos y contra la misma persona»². De ahí que se le hayan atribuido una multiplicidad de finalidades materiales y procesales, como evitar la doble valoración negativa de unos mismos hechos, la doble penalización, el doble proceso o, en última instancia, la sanción desproporcionada.

1. Al Prof. Cachón Cadenas, con todo mi reconocimiento, admiración y afecto.

2. STJUE de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105

Este principio fue tempranamente definido como un principio general del Derecho de la Unión³ y corolario del principio de fuerza de cosa juzgada, ya que tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica y la equidad, velando por que la persona afectada, cuando haya sido objeto de un procedimiento sancionador y, en su caso, sancionada, tenga la certeza de que no se la enjuiciará de nuevo por la misma infracción⁴ o al menos, que no será objeto de una sanción desproporcionada.

El reconocimiento del principio de «non bis in idem» (o «ne bis in ídem») en los distintos ordenamientos jurídicos se ha llevado a cabo tradicionalmente bien con alcance interno y con fundamento en preceptos constitucionales o en disposiciones jurídicas de carácter internacional (como lo dispuesto en el art. 4 del Protocolo Séptimo del CEDH o el apartado 7 del art. 14 del PIDCP). En nuestro ordenamiento jurídico, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, se considera que es una garantía integrante del principio de legalidad y tipicidad penal del art. 25.1 CE. En este contexto, cuando se aplica este principio dentro de un Estado miembro, el derecho garantizado tiene el mismo contenido y alcance que el derecho correspondiente del CEDH.

Pero también este principio aparece reconocido con alcance transnacional: en este caso, se añade un elemento cualitativo respecto a su contenido y alcance, puesto que mientras su vigencia en el ámbito interno se proyecta exclusivamente sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de un Estado, su reconocimiento transnacional alcanza a la de varios Estados, lo que «implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente»⁵.

En la UE el alcance transnacional de este principio se corresponde con el acervo de Derecho de la Unión, en el que cobra una especial importancia la regulación de los arts. 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (en adelante, CAAS)⁶ calificado «como el primer convenio multilateral que esta-

3. SsTJUE de 5 de mayo de 1966, Gutmann/Comisión, asuntos acumulados 18/65 y 35/65, ECLI:EU:C:1967:6; STPI de 20 de abril de 1999, asuntos acumulados T-305/94 y otros (Limburgse Vinyl Maatschappij NV c. Comisión), ECLI:EU:T:1999:80; STJUE (Gran Sala), de 28 de octubre de 2022, Generalstaatsanwaltschaft München, C-435/22 PPU, ECLI:EU:C:2022:852, apdo 64]

4. STJE de 22 de marzo de 2022, Nordzucker y otros, C-151/20, ECLI:EU:C:2022:203, apartado 62)

5. STJUE, de 11 de febrero de 2003, asuntos acumulados C-187/01 (Gözütok) y C-385/01 (Brügge) ECLI:EU:C:2003:87

6. *Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes*, firmado en Schengen el 19 de junio de

blece un principio internacional *non bis in idem* como un derecho individual *erga omnes*»⁷. Estos preceptos constituyen el primer antecedente claro de lo dispuesto en el art. 50 de la CDFUE y han sido la base sobre la que el TJUE ha ido construyendo buena parte de su doctrina en torno a la definición de este principio. La interpretación de estas disposiciones debe realizarse no solo teniendo en cuenta su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte y también deben ser interpretados a la luz del artículo 50 de la Carta⁸.

El carácter transnacional del principio ha sido subrayado por la jurisprudencia del TJUE como el elemento cualitativo que lo diferencia netamente de cualesquiera otras previsiones normativas de ámbito general como las contenidas en el art. 14.5 del PIDCP o en el art. 4 del Protocolo 7 al CEDH, instrumentos jurídicos que, no obstante su carácter internacional, limitan su aplicación al ámbito interno de cada Estado miembro, mientras que la del CAAS alcanza a las jurisdicciones de varios Estados miembros.

2. Delimitación

2.1. El carácter «penal» de la sanción: de su calificación jurídica en los sistemas internos a su consideración a la luz de la naturaleza de la infracción y gravedad de la sanción

El art. 50 CDFUE dispone que «Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley». Se aplica, pues, a sanciones por comportamientos ilícitos, si bien es necesario tener en cuenta que «la aplicación del artículo 50 de la Carta no se limita únicamente a

1990, cuya aplicación estaba inicialmente limitada a los Estados que formaban parte integrante del Convenio, pero que fue incorporada posteriormente al Título VI del TUE (Tercer Pilar) Por Decisión del Consejo 1999/436/CE, de 20 de mayo de 1999 (Diario Oficial L 176, de 10 de junio de 1999), por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen. Sobre la inclusión de este principio en el Convenio Schengen cfr., SANTOS VARA, Juan, «El alcance del principio *non bis in idem* en el marco del Convenio Schengen. Comentario a la sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge», en *Revista General de Derecho Europeo*, nº1. *Portal de Derecho IUSTEL*,

7. VERVAELE, John A.E., «El principio *ne bis in idem*...», p. 12. Efectivamente, en la UE se recoge y sanciona también la prohibición del «bis in idem» con carácter transnacional en el Convenio de Bruselas sobre el principio de «non bis in idem», de 25 de mayo de 1987, en el art. 50 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, además de en otras normas de carácter sectorial, pero tan sólo la normativa del CAAS tiene reconocido un alcance general a todos los Estados miembros de la UE

8. STJUE de 28 de octubre de 2022, Generalstaatsanwaltschaft München, C-435/22 PPU, ECLI:EU:C:2022:852, apdos 65 y 67

los procesos y sanciones que el Derecho nacional califica de ‘penales’, sino que se extiende —con independencia de su calificación en Derecho interno— a procedimientos y sanciones que deban considerarse de carácter penal»⁹, lo que no está exento de complejidad.

En efecto, el «carácter penal» de la sanción no debe ser entendido con referencia exclusiva al ámbito del Derecho penal tal y como se delimita en los distintos ordenamientos jurídicos internos, sino que es una expresión autónoma que debe llevar a los Estados a tomar en consideración diversos elementos para su concreción, que no tienen un carácter cumulativo: el primero, la calificación jurídica de la infracción en derecho interno; el segundo, la propia naturaleza de la infracción; y el tercero, la gravedad de la sanción que puede imponerse al afectado¹⁰.

De ahí que, el TJUE se haya pronunciado sobre su aplicación a otros ámbitos, señalando que este principio prohíbe, en materia de competencia, «que se condene o se inicie un procedimiento sancionador de nuevo contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable por una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso»¹¹. O, asimismo que haya admitido que «una multa administrativa pecuniaria establecida por la normativa nacional, impuesta a una sociedad por la autoridad nacional competente en materia de protección de los consumidores, por prácticas comerciales desleales, aunque sea calificada de sanción administrativa por la normativa nacional, constituye una sanción penal, en el sentido de dicha disposición, cuando persigue una finalidad represiva y presenta un nivel de gravedad elevado»¹².

En estos casos, el TJUE toma en cuenta, no tanto la calificación jurídica dada por el derecho interno, como la naturaleza de la infracción y gravedad de la sanción¹³. Por lo que se refiere a la naturaleza de la infracción, según el TJUE, exige comprobar si la sanción tiene una finalidad represiva, lo que no significa que ésta sea la única finalidad de la sanción, pues son admisibles otras finalidades como la prevención de delitos. No obstante, puntualiza el Tribunal de

9. STJUE (Gran Sala), de 20 de marzo de 2018, C-524/15 (Luca Menci), ECLI:EU:C:2018:197

10. A este respecto, cfr. SsTJUE de 5 de junio de 2012, Bonda, asunto C-489/10, apdo 37; y de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, apdo 35

11. en la sentencia Limburgse Vinyl (apdo. 59), mencionada anteriormente

12. STJUE, de 14 de septiembre de 2023, Volkswagen Group Italia y Volkswagen Aktiengesellschaft, C-27/22 apdo. 55, ECLI:EU:C:2023:663

13. STJUE de 20 de marzo de 2018, Menci, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197, apdo 30

Luxemburgo, cuando la medida tenga como única finalidad reparar el perjuicio causado, la infracción no tiene carácter penal¹⁴.

En cuanto a la gravedad de la sanción, es un elemento que requiere de una actividad valorativa lo que, a título de ejemplo, permite considerar que una sanción en forma de multa que suponga el 30 % del IVA devengado, que se añade al pago del citado impuesto, presenta un grado de gravedad elevado, lo que puede servir para determinar su carácter penal¹⁵. En todo caso, el TJUE ha concluido que las medidas de suspensión impuestas a determinados sujetos, que deben cumplir con requisitos específicos para obtener autorizaciones estatales, aunque puedan tener repercusiones económicas adversas, son de carácter preventivo y no alcanzan la severidad necesaria para ser clasificadas como sanciones penales. Estas medidas no impiden que las entidades continúen con actividades económicas que no requieran dicha autorización¹⁶.

2.2. Elementos del principio «*non bis in idem*» transnacional en la jurisprudencia del TJUE

Para determinar los elementos que integran el principio de *non bis in idem* en su aplicación transnacional es necesario partir de la diversa regulación que se ha dado en los arts. 54 a 58 del CAAS y en el art. 50 de la CDFUE. En efecto, el art. 54 del CAAS señala que *«una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena»*. Por su parte, el tenor literal del art. 50 CDFUE contiene algunas diferencias al disponer que *«nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley»*.

Resultan bastante evidentes las diferencias, ya que partiendo de un denominador común —una persona no puede ser juzgada o condenada penalmente dos veces por los mismos hechos mediante una sentencia firme—, en el artículo 54 del CAAS se añaden algunos aspectos referidos a la ejecución de la sanción,

14. SsTJUE Gran Sala de 20 de marzo de 2018, asunto C-524/15, apdo 31; STJUE de 22 de junio de 2021, Latvijas Republikas Saeima, C-439/19, ECLI:EU:C:2021:504, apdo 89

15. STJUE (Gran Sala) de 20 de marzo de 2018, asunto C-524/15, apdo 33

16. STJUE (Sala Cuarta) de 23 de marzo de 2023, Dual Prod, C-412/21, ECLI:EU:C:2023:234 apdo. 33

omitidos en la redacción del art. 50 CDFUE. En todo caso, en ambos preceptos es posible extraer los siguientes requisitos comunes:

- a) Necesidad de existencia de una identidad subjetiva, referida a la persona juzgada;
- b) Identidad objetiva o «idem», referida a que la resolución anterior y los procedimientos o resoluciones posteriores deben tener por objeto la misma infracción;
- c) Presupuesto previo: existencia de una resolución anterior firme —requisito del «bis»—.

2.2.1. *Identidad subjetiva: misma persona juzgada*

Respecto a la primera de las identidades, la identidad subjetiva, su aplicación en principio no supone mayores problemas puesto que de forma literal el precepto exige que se trate de la misma persona (acusada y/o condenada o absuelta penalmente). Así lo entendió expresamente el TJUE en el asunto Gasparini donde afirmó de modo contundente que el art. 54 CAAS no se aplica a personas distintas de las que han sido juzgadas en sentencia firme por un Estado contratante, sino «sólo a aquellas personas que hayan sido juzgadas en sentencia firme una vez»¹⁷.

Con posterioridad, el TJUE ha reiterado dicha doctrina al aplicar el art. 50 CDFUE. Así, en la sentencia de 5 de abril de 2017 (asuntos acumulados C-217/15 y C-350/15) señaló que, de la propia redacción de este artículo se desprende que prohíbe perseguir judicialmente o sancionar penalmente a una misma persona más de una vez por una misma infracción, interpretación de la Carta corroborada por las Explicaciones del *Praesidium*, donde se puntualiza además que «en cualquier caso, no se incurre en una vulneración de dicho principio si no es la misma persona la que ha sido sancionada más de una vez por un mismo comportamiento ilícito»¹⁸.

17. No obstante, señala Jimeno Fernández, en algún supuesto excepcional podría ser necesario que no se aplicara tan rigidamente el criterio de la identidad subjetiva, como cuando se trate de una sentencia absoluta (o decisión de equivalente valor) en la que se declaró que los hechos no existieron. En este supuesto, cuando otro sujeto es imputado por los mismos hechos debería, según este autor, poder aplicarse el principio de *ne bis in idem*. JIMENO FERNÁNDEZ, Fructuoso, «Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de aplicación Schengen. [Comentario a la STJCE Van Esbroeck (c-436/2004) de 9 de marzo de 2006]», en *La Ley*, n. 6496, de 5 de junio de 2006, p. 2.

18. CFR. en particular, las sentencias de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, ECLI: EU:C:2004:6, apartado 338, y de 18 de diciembre de 2008, Coop de France bétail et viande y otros/Comisión, C-101/07 P y C-110/07 P, ECLI:EU:C:2008:741, apartado 127) Doctrina confirmada tras la entrada en vigor de la Carta en la sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, apdo 34.

En definitiva, el art. 50 de la Carta prohíbe que una misma persona sea enjuiciada o condenada dos veces por la misma infracción por la que ya ha sido condenada o absuelta, pero no impide que varias personas puedan ser sancionadas por la misma infracción.

2.2.2. Identidad objetiva (*idem*): «misma infracción»

La redacción del art. 50 CDFUE establece una fórmula diferente para referirse a la identidad objetiva en la aplicación del *non bis in idem* y es que debe tratarse en ambos procedimientos de la «misma infracción», mientras que el art. 54 del CAAS se refería a «mismos hechos». Aunque aparentemente se trata de expresiones distintas que podrían llevar a una delimitación jurídica diferente, la jurisprudencia del TJUE les ha otorgado un valor similar.

En efecto, para definir qué ha de entenderse por «mismos hechos» tradicionalmente se han venido acogiendo dos posibles opciones interpretativas: por un lado, entender que «hecho» va referido al suceso histórico acaecido, desvinculado de su calificación jurídica (*teoría naturalista*); por otro lado, entender que se trata de una expresión de contenido jurídico y que viene referido, no al hecho natural histórico, sino su incardinación en alguno de los tipos penales existentes (*teoría normativa*). La segunda opción implica una concepción restringida de la expresión «mismos hechos», vinculada a la calificación jurídica efectivamente efectuada y a la tipología penal existente en los distintos ordenamientos y a priori podría pensarse que esta teoría es aplicable a la expresión «misma infracción». La primera opción es, sin duda, más amplia y en principio supone una mayor tutela para los derechos del afectado y podría entenderse que a ella es a la que se refería la expresión «mismos hechos» del art. 54 del CAAS. No obstante, como veremos, el TJUE en sus distintas decisiones ha ido introduciendo los elementos que deben tomarse en consideración a estos efectos.

Así, es precisamente la última opción interpretativa la seguida por el TJUE, doctrina sentada en el asunto Van Esbroeck y aplicada en sus decisiones posteriores en este ámbito. Según la doctrina del TJUE el contenido de esta expresión queda delimitado a la mera materialidad de los hechos, con independencia de su ordenación legal e incluso del interés jurídico protegido. La necesidad de prescindir de la calificación legal o del interés jurídico protegido anuncia una diferenciación entre la consideración procesal y material del hecho, de modo que aquélla no está necesariamente vinculada a ésta, como así se ha puesto de manifiesto en las sucesivas decisiones al respecto. Ello no significa que el órgano jurisdiccional prescinda de criterios jurídicos en el momento de determinar si los hechos son los mismos, como se deriva implícitamente de su doctrina a la que se hará referencia a continuación, sino tan sólo que no debe

tomar como criterios delimitadores la concreta calificación jurídica o el concreto interés jurídico protegido por la norma del Estado miembro que se aplicó en el caso analizado¹⁹.

Por otro lado, esto es particularmente importante cuando los Estados miembros deben interpretar el principio de *non bis in idem* al aplicar instrumentos de cooperación jurídica del Derecho de la UE. En estos casos, señala el Tribunal de justicia, «no puede dejarse a la apreciación de las autoridades judiciales de cada Estado miembro, según su Derecho nacional, la interpretación del concepto ‘mismos hechos’ (...) En efecto, de la exigencia de aplicación uniforme del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión»²⁰.

Así pues, afirma el TJUE, la identidad de hechos materiales debe ser entendida como la *existencia de un conjunto de circunstancias que debido a su naturaleza aparecen indisolublemente ligadas entre sí*. El art. 50 CDFUE prohíbe imponer, por hechos idénticos, varias sanciones de carácter penal al término de diversos procedimientos tramitados a estos efectos. En todo caso, el requisito del «idem» exige que los hechos materiales sean idénticos, de modo que no resulta aplicable cuando los hechos de que se trate no sean idénticos, sino solo similares²¹.

Así pues, en primer lugar, integran un «mismo hecho» todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él, pero también, en segundo lugar, podrían estar integrados en este concepto hechos o acontecimientos independientes, separables en cuanto que pueden ser calificados como distintos ilícitos penales (concurso real de delitos)²², cuando dichos hechos se ha-

19. En este mismo sentido, AGUILERA MORALES, Marien, «El *ne bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 2006, n. 20, pp. 479-531, esp. pp. 504-505.

20. (STJUE de 16 de noviembre de 2010, Gaetano Mantello, asunto C-261/09, pfo. 38, que se refiere, por analogía, a la doctrina sentada en la sentencia de 17 de julio de 2008, Kozłowski, asunto C-66/08).

21. STJUE, de 23 de marzo de 2023, Generalstaatsanwaltschaft Bamberg, C-365/21, ECLI:EU:C:2023:236, apdo 35 y.

22. Cuestión diferente se plantea en los supuestos del concurso ideal de delitos o de delito permanente, cuestiones que todavía no han sido objeto de atención por el TJUE. En el caso del concurso ideal, se viene defendiendo a nivel interno que cada concurso ideal ha de ser considerado como un hecho procesal a estos efectos, salvo excepciones para delitos cometidos por organizaciones criminales o terroristas (Roxin) o en el caso de que se estuvieran infringiendo bienes jurídicos heterogéneos (Gimeno). Mientras que, por su parte, por lo que se refiere al delito permanente, se viene admitiendo que la cosa juzgada —y por tanto la prohibición del «*bis in idem*»— alcanza sólo las fases del delito permanente que fueron objeto de enjuiciamiento penal y de la correspondiente decisión firme, de modo que las fases no incluidas en dicha resolución, podrían ser enjuiciadas sin vulnerar esta prohibición. Cfr. a este respecto, GIMENO SENDRA, Vicente, «Los principios constitucionales de legalidad y *non bis in idem* en el proceso penal y administrativo sancionador», en GIMENO/TORRES

llan en una estrecha relación temporal, espacial y de objeto. Por ello, el TJUE en el asunto Kretzinger afirmaba que «hechos consistentes en recibir tabaco extranjero de contrabando en un Estado contratante y en importar y poseer ese mismo tabaco en otro Estado contratante, caracterizados por la circunstancia de que el acusado, inculcado en dos Estados contratantes, tenía en principio la intención de transportar el tabaco, tras tomar posesión del mismo por primera vez, a un destino final atravesando varios Estados contratantes, constituyen comportamientos que pueden estar incluidos en el concepto de «los mismos hechos» a efectos del citado artículo 54»²³.

Ahora bien, el TJUE matizó estas afirmaciones, en el asunto Kraaijenbrink, al señalar que no es posible equiparar un conjunto de ilícitos penales unidos por una «misma intención criminal» con conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí en el espacio, en el tiempo, así como en su objeto. Así subraya el hecho de que una «relación subjetiva entre hechos que han dado lugar a actuaciones penales en dos Estados contratantes diferentes no implica necesariamente la existencia de una relación objetiva entre los hechos materiales en cuestión, los cuales, por consiguiente, podrían distinguirse desde el punto de vista temporal y espacial, así como por su naturaleza»²⁴.

Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales realizar la *consideración global* de los comportamientos fácticos concretos que dieron lugar a actuaciones penales ante los órganos jurisdiccionales de los dos Estados implicados, de modo que sólo podrá apreciarse la concurrencia de esta identidad objetiva si el órgano jurisdiccional que conoce del segundo procedimiento comprueba que los hechos materiales, en virtud de sus vínculos en el tiempo y en el espacio, así como por su objeto, forman un conjunto indisoluble, sin que se consideren

DEL MORAL/MORENILLA/DÍAZ MARTÍNEZ, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Edisofer, 2017, 383-397, esp. p. 395; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (trad. de D.R. Pastor/D. Córdoba), Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2000, pp. 160-165

23. De forma similar, en el asunto Van Esbroeck afirmaba «los hechos punibles consistentes en la exportación y la importación de los mismos estupefacientes y perseguidos en diferentes Estados contratantes del CAAS deben considerarse, en principio, como «los mismos hechos» en el sentido del referido artículo 54, si bien la apreciación definitiva a este respecto corresponde a las instancias nacionales competentes». Precisa además el TJUE en el asunto Van Straaten que a estos efectos y en relación a los delitos sobre estupefacientes «no se exige que las cantidades de droga de que se trata en los dos Estados contratantes concernidos o que las personas que supuestamente hayan tomado parte en los hechos en ambos Estados sean idénticas». [STJUE (Sala Segunda), de 9 de marzo de 2006, asunto C-436/2004, (Van Esbroeck), ECLI:EU:C:2006:559; STJUE (Sala Primera), de 28 de septiembre de 2006, asunto C-150/05 (Van Straaten), ECLI:EU:C:2006:614].

24. «En lo que atañe, más específicamente, a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que no consta con claridad que sean las mismas ganancias económicas derivadas del tráfico de estupefacientes las que hayan originado, total o parcialmente, los comportamientos ilícitos en los dos Estados contratantes involucrados, procede declarar que, en principio, tal situación sólo estará incluida en el concepto de los «mismos hechos» a efectos del artículo 54 del CAAS si puede establecerse una relación objetiva entre las cantidades de dinero de los dos procedimientos».

pertinentes las cuestiones relativas a la calificación jurídica o al interés jurídico protegido (asuntos Van Esbroeck, Gasparini, Van Straaten, Kretzinger, Kraaijenbrink y Mantello y que han sido corroborados en decisiones posteriores ya en relación al art. 50 CDFUE, como la STJUE en el asunto Luca Menci, de 20 de marzo de 2018, C-524/15, pfo. 35). Con este objeto, no han de tomarse en consideración únicamente los hechos expuestos en la parte dispositiva del escrito de acusación elaborado por las autoridades competentes de otro Estado miembro y en el fallo de la sentencia firme dictada en este, sino también los hechos expuestos en los fundamentos de dicha sentencia y aquellos que fueron objeto del procedimiento de instrucción, pero no se recogieron en el escrito de acusación, así como todas las informaciones pertinentes sobre los hechos materiales objeto de un proceso penal anterior tramitado en ese otro Estado miembro y concluido mediante una resolución firme²⁵

Subraya además el TJUE que este control ha de efectuarse con independencia de la calificación jurídica de los hechos en cuestión: la eventual divergencia en las calificaciones jurídicas a las que se puede llegar en los distintos Estados no es un obstáculo para la aplicación del art. 50 CDFUE, puesto que el alcance de dicho principio no puede variar de un Estado a otro. A este respecto añade el TJUE que, cuando se aplica este principio a un procedimiento penal y un procedimiento administrativo de carácter penal, el hecho de que en el penal se requiera algún elemento intencional para la imposición de una sanción no puede, por sí solo, poner en cuestión la identidad de hechos materiales²⁶.

Por otro lado, la aplicación de este principio no requiere de ninguna actividad adicional de armonización o de aproximación de legislaciones penales a estos efectos. El principio *non bis in idem* con carácter transnacional implica necesariamente la existencia de una confianza mutua de los Estados contratantes en sus respectivos sistemas de justicia penal y la aceptación por cada uno de los referidos Estados de la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados contratantes, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente (asunto Van Esbroeck).

Finalmente, tampoco es posible tomar en consideración a estos efectos «el interés jurídico protegido», dado que, debido a la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales, las consideraciones basadas en el interés jurídico protegido crearían tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen como sistemas penales existen en los Estados contratantes.

25. STJUE de 12 de octubre de 2023, Inter Consulting, C-726/21, ECLI:EU:C:2023:764, apdo. 85.

26. STJUE de 20 de marzo de 2018, Menci, apdo. 36

De las consideraciones realizadas en los apartados anteriores se subraya que la jurisprudencia del TJUE se distingue no solo por su enfoque casuístico y fragmentado, sino también por una ampliación incorrecta de la definición del elemento «*idem*», lo que está llevando a una peligrosa relativización del otro componente de la prohibición: el «*bis*»²⁷.

2.2.3. *Presupuesto previo (bis): interpretación de «sentencia firme»*

Por lo que se refiere al sentido de la expresión «sentencia firme» es preciso determinar si cabe acoger una interpretación estrictamente formal —limitado pues a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacionales que revistan la forma de sentencia y que hayan adquirido firmeza— u otra de alcance más amplio, de contenido material, es decir, si eventualmente se está haciendo referencia a cualquier resolución que en tanto que firme —y por tanto, irrecurrible—, produce los efectos de una sentencia de esta naturaleza: terminación definitiva de la causa y la extinción del ejercicio de la acción penal.

Esta segunda opción es por la que se ha decantado el TJUE, pues ha señalado a estos efectos que el principio *non bis in idem* se aplica independientemente de la forma que adopte la resolución —es decir, aunque no adopte la forma de sentencia—, del momento procesal en que se produzca o del órgano que intervenga el procedimiento, siempre que dicha resolución suponga la extinción del ejercicio de la acción penal (asunto Gözütok).

Así pues, como primer requisito el concepto de firme se refiere al hecho de que la acción pública se haya extinguido definitivamente, de modo que la resolución de que se trate origine, en el Estado contratante en el que se haya dictado, la protección conferida por el principio *non bis in idem*²⁸. La apreciación de este primer requisito debe efectuarse con arreglo al Derecho del Estado contratante que haya dictado la resolución penal de que se trata.

A juicio del TJUE esta solución queda reforzada por el hecho de que no existe «indicación expresa en la normativa estudiada en la que se supedita exclusivamente la aplicación de este principio a las «sentencias firmes» y porque el art. 58 del CAAS permite aplicar disposiciones nacionales más extensivas relativas a su vigencia (asunto Gözütok). De este modo, el TJUE apuesta por una aplicación

27. CANO CAMPOS, T., «Los claroscuros del «non bis in idem» en el espacio jurídico europeo», en *REDE. Revista española de derecho europeo*, Nº. 80, 2021, pp. 9-53, esp. p. 9; aspecto destacado también por CUBERO MARCOS, J. I., «Las aporías del principio non bis in idem en el derecho administrativo sancionador», en *Revista de Administración Pública*, 207, 2018, pp. 253-288, pp. 257 y ss.

28. STJUE de 22 de diciembre de 2008, asunto Turanský, C-491/07, apdos. 32 y 35 y de 5 de junio de 2014, C-398/12; STJUE, de 29 de junio de 2016, Kossowski, C-486/14, ECLI:EU:C:2016:483, apdo 34.

eficaz del principio de «*non bis in idem*» consagrado en los arts. 54-58 del CAAS, aun cuando consideraciones estrictamente formales y procesales pudieran llevar a otra solución. El TJUE no obvia que tanto una interpretación literal de los preceptos señalados, como las eventuales diferencias en las regulaciones jurídicas de los Estados, pueden hacer devenir ineficaces las disposiciones de los arts. 54-58 CAAS, por lo que acude a la finalidad material que se persigue con la vigencia transnacional de este principio, como es la salvaguarda del derecho a la libre circulación. Desde esta perspectiva, se incumpliría la finalidad última del principio de *non bis in idem* y del propio sistema de Schengen si se permite que un ciudadano, por el hecho de ejercer su derecho a la libre circulación, se vea perseguido por los mismos hechos en el territorio de varios Estados. De ahí que la prohibición del *ne bis in idem* se aplique a los procedimientos de extinción de la acción pública por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones (SsTJUE Gözütok y Brügge, apdo 38).

En aplicación de esta doctrina señala que también es elemento integrador de «sentencia firme» que la decisión haya sido adoptada tras una apreciación en cuanto al fondo del asunto²⁹, dado que los conceptos de «condena» y de «absolución» a los que se refiere el art. 50 CDFUE implican necesariamente que se haya examinado la responsabilidad penal de la persona de que se trate³⁰.

En virtud de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia ha declarado que una resolución de las autoridades judiciales de un Estado miembro mediante la cual se absolvió definitivamente a un acusado por falta de pruebas debe considerarse basada en dicha apreciación³¹. Pero para que pueda considerarse que una resolución de archivo parcial de la investigación por falta de pruebas adoptada por el Ministerio Fiscal después de una instrucción en la que se recabaron y examinaron distintas pruebas ha sido objeto de una apreciación en cuanto al fondo, debe contener una decisión firme sobre el carácter insuficiente de dichas pruebas y excluir toda posibilidad de que el proceso vuelva a abrirse sobre la base del mismo conjunto de indicios³². *Sensu contrario*, una resolución que, de acuerdo con el Derecho del Estado miembro que ha incoado diligencias penales contra una persona, no extingue definitivamente la acción pública en el ámbito nacional no puede, en principio, constituirse en un impe-

29. STJUE de 22 de marzo de 2022, bpost, C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202, apdo 29

30. STJUE de 16 de diciembre de 2021, AB y otros, C-203/20, ECLI:EU:C:2021:1016, apdo 57

31. STJUE de 5 de junio de 2014, M, C-398/12, ECLI:EU:C:2014:1057, apdo 29 y jurisprudencia citada

32. Cfr. STJUE de 5 de junio de 2014, M, C-398/12, ECLI:EU:C:2014:1057, apdo 30

dimento procesal para que en otro Estado miembro se inicien o prosigan diligencias penales por los mismos hechos respecto a dicha persona³³.

También el TJUE reconoce la aplicación de la prohibición del «*bis in idem*» a los acuerdos transacciones penales que, en ejercicio del principio de oportunidad penal, puedan llevarse a cabo, siempre y cuando se cumplan todos los presupuestos legalmente establecidos, referidos a que la decisión haya sido adoptada por la autoridad competente; que tiene por efecto la extinción de la acción penal y que este efecto solo se produce tras la asunción y cumplimiento por el acusado de las obligaciones pactadas (asunto Gözütok).

Por otro lado, en otras sentencias, el TJUE ha complementado los elementos a tomar en consideración al objeto de determinar la firmeza de la resolución en un contexto transnacional. Así, retomando la idea de que la interpretación del carácter firme de una resolución penal de un Estado miembro debe hacerse teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la libre circulación de las personas, añade que también hay que atender a otra necesidad como es «la de fomentar la prevención del delito y la lucha contra él, dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia». En particular señala que aun cuando el art. 54 del CAAS «tiene por objeto garantizar a una persona que haya sido condenada y ha cumplido su pena, o, en su caso, que ha sido absuelta definitivamente en un Estado contratante, el que pueda trasladarse dentro del espacio Schengen sin temor a verse perseguida, por los mismos hechos en otro Estado contratante, no por ello pretende proteger a un sospechoso de la posibilidad de verse sometido a investigaciones sucesivas, por los mismos hechos en varios Estados contratantes»³⁴. Si no se entendiera así el concepto de resolución firme, se estaría dificultando, o incluso impidiendo, cualquier posibilidad concreta de sancionar en los Estados miembros afectados el comportamiento ilícito atribuido al inculpado.

Lo que en realidad el TJUE está afirmando es la imposibilidad de aplicar este principio entre decisiones de archivo que no producen, en ningún caso, efectos sobre el fondo —archivo provisional—, y que se emiten ante la imposibilidad de continuar una instrucción por falta de elementos de convicción. En estos casos, «por una parte, las autoridades judiciales de un Estado miembro adoptarían dicha resolución de archivo sin que existiera ninguna apreciación en profundidad del comportamiento ilícito atribuido al inculpado y, por otra parte, se pondría en peligro la incoación de un procedimiento penal en otro Esta-

33. STJUE de 29 de junio de 2016, Kossowski, C-486/14, ECLI:EU:C:2016:483, apdo 35.

34. STJUE de 22 de diciembre de 2008, asunto Turanský, C-491/07, apdo. 44.

do miembro por los mismos hechos. Esta consecuencia contravendría manifestamente la propia finalidad del art. 3 TUE, apdo. 2»³⁵.

El momento en que una resolución adquiere firmeza es determinante para el principio de *non bis in idem*. Según el artículo 50 de la Carta, este principio debe interpretarse de manera que se opone a cualquier normativa nacional que permita mantener una multa de carácter penal impuesta a una persona jurídica por prácticas comerciales desleales, en el caso de que dicha persona haya sido condenada penalmente por los mismos hechos en otro Estado miembro. Esto es aplicable incluso si la condena es posterior a la fecha de la resolución que impone la multa, siempre y cuando la condena haya adquirido firmeza antes de que la sentencia sobre el recurso judicial interpuesto contra dicha resolución haya adquirido fuerza de cosa juzgada³⁶.

Por lo que se refiere al contenido de la resolución, para el TJUE lo importante es que se trate de una sentencia firme —o resolución equivalente en los términos anteriormente señalados—, con independencia de que sea condenatoria o absolutoria. Resalta el TJUE que el tenor literal del art. 54 CAAS no se refiere a contenido alguno, de modo que no es aplicable exclusivamente a las sentencias condenatorias (Van Straaten). *Sensu contrario*, cabe afirmar que este principio es aplicable también a sentencias absolutorias, pues de otro modo se comprometería el derecho a la libre circulación tutelado por el art. 54 CAAS (Gasparini, Gözütok, Brügge).

Finalmente se ha planteado si los órganos jurisdiccionales deben tener en consideración, no sólo que se trate de una sentencia penal firme —absolutoria o condenatoria— por los mismos hechos contra un mismo sujeto, sino además, en caso de ser condenatoria, que se cumpla un requisito adicional referido a la ejecución, elemento que se recogía en la redacción del art. 54 del CAAS y que, sin embargo, no aparece en el art. 50 CDFUE.

La redacción dada al art. 54 del CAAS ya fue objeto de diversas críticas como, por ejemplo, que conduce a un principio fáctico de prioridad, el orden de llegada³⁷, que se traduce en algo parecido a una carrera contrarreloj o que conduce a una especie de «*forum shopping*». Por eso la UE reconoció en el «Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem*

35. STJUE de 29 de junio de 2016, Kossowski,, asunto C-486/14, apdo. 49, que recoge la propia doctrina del Tribunal de Justicia en el asunto Miraglia.

36. STJUE de 14 de septiembre de 2023, Volkswagen Group Italia y Volkswagen Aktiengesellschaft, C-27/22, ECLI:EU:C:2023:663, apdo. 77.

37. En expresión utilizada en el Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales

en los procedimientos penales»³⁸, que el principio de *non bis in idem* no es suficiente por sí mismo para solventar los problemas de los conflictos positivos de competencia y que es preciso acudir a fórmulas previas, como por ejemplo, la creación de un mecanismo para atribuir los asuntos a las jurisdicciones adecuadas.

Al margen de estas consideraciones críticas, se hace necesario, en primer lugar, determinar si dicha condición forma parte o no del contenido del art. 50 CDFUE. A este respecto, el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 27 de mayo de 2014 (Spasic, asunto C-129/14) deduce que la condición adicional contenida en el citado artículo constituye una limitación del principio *non bis in idem* compatible con el artículo 50 de la Carta y que, por tanto, está sometida a los requisitos del art. 52 de la CDFUE: (1) deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades; (2) está sujeta al respeto del principio de proporcionalidad, requisitos que concurren en este caso.

Por lo que se refiere a su apreciación por los órganos jurisdiccionales, el TJUE ha señalado en el asunto Kretzinger³⁹ que, a efectos del art. 54 del CAAS, la sanción impuesta por un Tribunal de un Estado contratante se ha ejecutado o se está ejecutando cuando, en aplicación del derecho de dicho Estado contratante se haya condenado al inculpado a una pena privativa de libertad *cuya ejecución ha sido dejada en suspenso*. Sin embargo, no incluye los casos en los que el inculpado ha permanecido por breve tiempo en detención preventiva y/o en prisión provisional, aun cuando, según el Derecho del Estado de condena, el tiempo de tal privación de libertad deba computarse a efectos de la posterior ejecución de la pena privativa de libertad. Finalmente añade que no puede influir en la interpretación del concepto de «ejecución», el hecho de que un Estado miembro en el que una persona haya sido objeto de una sentencia condenatoria firme en virtud de su Derecho interno pueda emitir una orden de detención europea destinada a hacer que se detenga a la persona en cuestión con el fin de ejecutar dicha sentencia al amparo de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002.

3. Eficacia del principio *non bis in idem*

En cuanto a la eficacia del carácter transnacional del principio de *ne bis in idem* ha dependido, con carácter general, de la Legislación interna de los Estados o,

38. COM (2005) 696 final, de 13 de diciembre de 2005

39. STJUE Asunto C-288/05, de 18 de julio de 2007

en su caso, de la firma de Tratados bilaterales o multilaterales en los que se reconoce este principio. Por lo que se refiere a los efectos de su reconocimiento por los ordenamientos internos de los Estados pueden distinguirse diversos modelos o principios⁴⁰: el de la «dual sovereignty doctrine», conforme al cual, como su nombre indica, no se impide una doble persecución y enjuiciamiento en dos Estados por los mismos hechos, contra un mismo sujeto; el principio de la toma en consideración, principio de compensación o de cómputo (*taking into account/Anrechnungsprinzip*), conforme al cual, cuando ha existido una condena previa penal en un Estado, la misma no impide una persecución penal y/o sancionatoria en otro Estado por los mismos hechos y contra el mismo sujeto, sino simplemente se toma en consideración la pena impuesta —y generalmente ejecutada— en la determinación, en su caso, de una nueva pena. Finalmente, el principio de agotamiento del procedimiento o principio de exclusión (*Erledigungsprinzip*): conforme a este modelo, no sólo se prohíbe la doble sanción, sino también el doble enjuiciamiento contra un mismo sujeto por los mismos hechos⁴¹.

Con carácter general, el art. 50 prohíbe la doble sanción penal, pero no necesariamente el doble proceso, ya que no evita una eventual doble persecución penal en dos Estados diferentes, por los mismos hechos y contra el mismo sujeto, al no estar prevista la posible suspensión de un proceso en un Estado miembro mientras exista en otro Estado un proceso penal abierto por los mismos hechos y contra el mismo sujeto⁴². Esto requiere además de una cierta

40. Sobre los modelos, cfr. VERVAELE, John A.E., «El principio de *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo», en *Revista General de Derecho Europeo del Portal Jurídico lustel.com*, n.5, octubre de 2004, pp. 1-20, esp. pp. 12 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, «El principio de *ne bis in idem* en la Unión Europea. [Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 10 de marzo de 2005 en el Asunto C-469-2003: Asunto Miraglia]», en *La Ley*, n. 6285, de 30 de junio de 2005, esp. p. 2;

41. De igual modo se ha reconocido el alcance transnacional de este principio en nuestro ordenamiento, si bien, no por norma legal expresa, sino a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Efectivamente, el TS ha reconocido la aplicación del principio de *non bis in idem* para sentencias extranjeras siempre y cuando se aprecie la existencia de identidad subjetiva y objetiva: lo importante es que los hechos sean los mismos y la persona contra la que se sigue el nuevo procedimiento fuera aquella contra la que se siguió el primero, careciendo de relevancia tanto la calificación jurídica y el título por el que se acusó. En estos casos, como resulta obvio, será preciso realizar una comparación entre los dos procedimientos —el resuelto por la sentencia firme y el posterior, en el que se formule la excepción de cosa juzgada—, tanto en lo relativo al «hecho enjuiciado», como al «sujeto pasivo», y las dudas o dificultades que a este respecto se puedan generar, si son suficientemente fundadas, «no deberán resolverse en ningún caso en contra del reo». Además, aunque en nuestro Ordenamiento, como reconoce el TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003, existen algunas limitaciones legales a la aplicación transnacional de este principio, como por ejemplo, las contenidas en el art. 23.2c) de la LOPJ —y también lo sería en los casos previstos en el art. 23.3 y 23.4—, estas excepciones no pueden ser tomadas en consideración cuanto la sentencia alegada proviene de alguno de los Estados miembros de la UE, toda vez que España no ha realizado ninguna reserva en los términos del art. 55 del CAAS.

42. A este aspecto se refiere también el Libro Verde, donde se señala que el principio de *non bis in idem* recogido en los arts. 54 a 58 del CAAS «no evita los conflictos de jurisdicción derivados de la existencia de múltiples procesamientos en curso en dos o más Estados miembros; sólo puede aplicarse para evitar un segundo

actividad procesal por parte de los órganos del segundo Estado contratante que, en su caso, hubieran iniciado una nueva persecución penal por los mismos hechos y contra el mismo sujeto, dirigida a la valoración de la concurrencia o no de los requisitos de aplicación del principio de *non bis in idem*.

Pero, además, como cualquier otro derecho fundamental, puede ser objeto de limitación, posibilidad que ya había sido introducida en el art. 55 del CAAS que permitía a los Estados miembros acoger algunas reservas a la genérica formulación del art. 54, lo que podía conducir a aceptar la posibilidad de un doble enjuiciamiento penal, si bien en todo caso debía tomarse en consideración la pena impuesta en el otro Estado contratante, por aplicación del principio de compensación recogido en el art. 56 del CAAS y como imperativo impuesto por la salvaguarda del principio de proporcionalidad a que se ha hecho referencia.

La referida normativa del CAAS difiere sustancialmente del panorama que se presenta con la incorporación de este principio a la carta de derechos fundamentales ya que esta naturaleza jurídica privilegiada, si bien no impide su limitación, si la somete a las restrictivas condiciones del art. 52 CDFUE y que han sido objeto de atención por el TJUE.

Por un lado, ha señalado que es posible permitir la acumulación de sanciones —administrativa y penal— por unos mismos hechos⁴³ siempre que dicha posibilidad de acumulación esté prevista en la normativa nacional interna y respete los siguientes criterios⁴⁴: que persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la referida acumulación de procedimientos y sanciones y que los mismos tengan finalidades complementarias; que contenga normas que garanticen una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adición que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas; y que establezca normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate.

procesamiento por el mismo asunto, cuando una resolución que prohíbe el procesamiento posterior (*res iudicata*) ha puesto fin al procedimiento en un Estado miembro».

43. Menci [doctrina reiterada, entre otras, en la STJUE (Gran Sala), de 22 de marzo de 2022, Nordzucker, C 151/20, ECLI:EU:C:2022:203, apdo. 34]

44. Se subraya a este respecto que el TJUE, en contra de lo sostenido por el Abogado General partidario de mantener una interpretación más estricta, recurre al Convenio Europeo y a la doctrina de Estrasburgo en A y B contra Noruega (bajo el signo de la «coherencia necesaria») para apuntalar su nueva interpretación del artículo 50 de la Carta, si bien no con idénticos razonamientos. Cfr. LÓPEZ GUERRA, L., «“Ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 69, enero – marzo 2019, pp. 9–26, pp. 25–26.

En este contexto el TJUE ha señalado que «las autoridades públicas pueden optar legítimamente por respuestas jurídicas complementarias frente a determinadas conductas perjudiciales para la sociedad mediante procedimientos diversos que conformen un conjunto coherente con el que se aborden los distintos aspectos del problema social de que se trate, siempre que estas respuestas jurídicas combinadas no supongan una carga excesiva para la persona afectada [...]. Por tanto, el hecho de que dos procedimientos persigan objetivos de interés general distintos que es legítimo proteger de manera acumulada puede ser tenido en cuenta, en el contexto del análisis de la proporcionalidad de una acumulación de procedimientos y sanciones, como factor que pretende justificar tal acumulación, siempre que dichos procedimientos sean complementarios y que la carga adicional que supone la acumulación pueda justificarse por los dos objetivos perseguidos» (STJUE bpost, apartado 49).

No obstante, la acumulación de procedimientos o sanciones por los mismos hechos si concurren los requisitos establecidos en el art. 52.1 de la Carta tal como han sido precisados por la jurisprudencia del TJUE, requiere que no represente una carga excesiva para el interesado y que existan reglas claras y precisas que permitan prever qué acciones u omisiones pueden acumularse, y, en tercer lugar, que los procedimientos en cuestión se hayan tramitado de manera suficientemente coordinada y próxima en el tiempo⁴⁵.

Finalmente y como norma de cierre de la aplicación transnacional del principio de *non bis in idem* en la UE, el art. 58 del CAAS permitía la aplicación «*de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto non bis in idem vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero*». Resulta, sin embargo, poco frecuente encontrar en las normativas internas de los Estados que conforman la UE disposiciones más favorables para la aplicación transnacional de este principio⁴⁶. Es destacable a este respecto la normativa establecida en el art. 68 del CP holandés que expresamente contiene una disposición general sobre este principio establece su aplicación tanto a las sentencias nacionales, como a las extranjeras, con independencia del lugar donde se cometió el delito⁴⁷.

45. (STJUE de 14 de septiembre de 2023, Volkswagen Group Italia y Volkswagen Aktiengesellschaft, C-27/22, ECLI:EU:C:2023:663, apdo. 106)

46. Más bien al contrario, los ordenamientos jurídicos de los Estados suelen tender a ser restrictivos, como pone de manifiesto Dannecker, Gerhard, «La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa» en Barja de Quiruga/Zugaldía Espinar (coords), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons, 2004, pp. 157-176, esp. pp. 162-164.

47. Sobre estos aspectos, cfr. el informe nacional sobre el principio de *ne bis in idem* de Holanda elaborado por KLIP/VAN DER WILT para el «Colloque préparatoire. Section IV. Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe «ne bis in idem». 1-4 juin 2003, Berlin (Allemagne)», y publicado en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, Érès, n. 73, 3 y 4 trimestre de 2002, pp. 1091-1138, esp. p. 1092.

4. Bibliografía

- AGUILERA MORALES, Marien, «El *ne bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 2006, n. 20, pp. 479-531.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, «El principio de *ne bis in idem* en la Unión Europea. [Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 10 de marzo de 2005 en el Asunto C-469-2003: Asunto Miraglia]», en *La Ley*, n. 6285, de 30 de junio de 2005
- CANO CAMPOS, T., «Los claroscuros del «non bis in idem» en el espacio jurídico europeo», en *REDE. Revista española de derecho europeo*, Nº. 80, 2021, pp. 9-53.
- CUBERO MARCOS, J. I., «Las aporías del principio non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador», en *Revista de Administración Pública*, 207, 2018, pp. 253-288.
- DANNECKER, Gerhard, «La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa» en BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons, 2004, pp. 157-176.
- FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, J., «Sobre el principio non bis in idem procesal: la carga excesiva», en *Actualidad administrativa*, Nº 12, 2023
- GIMENO SENDRA, Vicente, «Los principios constitucionales de legalidad y *non bis in ídem* en el proceso penal y administrativo sancionador», en GIMENO/TORRES DEL MORAL/MORENILLA/DÍAZ MARTÍNEZ, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Edisofer, 2017, 383-397
- JIMENO FERNÁNDEZ, Fructuoso, «Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de aplicación Schengen. [Comentario a la STJCE Van Esbroeck (c-436/2004) de 9 de marzo de 2006]», en *La Ley*, n. 6496, de 5 de junio de 2006
- KLIP/VAN DER WILT para el «Colloque préparatoire. Section IV. Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe «ne bis in idem». 1-4 juin 2003, Berlin (Allemagne)», y publicado en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, Érès, n. 73, 3 y 4 trimestre de 2002, pp. 1091-1138.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., «El principio non bis in idem en el Derecho de la Unión Europea», en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n. 108, 2023, pp. 53-58.
- LÓPEZ GUERRA, L., «“Ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 69, enero – marzo 2019, pp. 9–26.
- SANTOS VARA, Juan, «El alcance del principio *non bis in idem* en el marco del Convenio Schengen. Comentario a la sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge», en *Revista General de Derecho Europeo*, nº1.

- SANZ HERMIDA, Ágata M., «Sobre la delimitación de los «mismos hechos» en la aplicación transnacional de la prohibición del «*bis in idem*», regulada en el artículo 54 del CAAS», en DE LA OLIVA (dir)/AGUILERA MORALES Y CUBILLO LÓPEZ (coords), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2008, pp. 243-256.
- VERVAELE, John A.E., «El principio de *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo», en *Revista General de Derecho Europeo del Portal Jurídico lustel.com*, n.5, octubre de 2004, pp. 1-20

XXVII | La acumulación de condenas dictadas por tribunales extranjeros: consecuencias de la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2014

*Alberto Varona Jiménez*¹
Magistrado. Profesor Asociado
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. ANTECEDENTES. 2.1. JURISPRUDENCIA ANTES DE LA DECISIÓN MARCO 2008/675/JAI, DEL CONSEJO DE 24 DE JULIO DE 2008. 2.2. LA DECISIÓN MARCO 2008/675/JAI, DEL CONSEJO DE 24 DE JULIO DE 2008. 2.3. LA TRASPOSICIÓN DE LA DECISIÓN MARCO: LAS REFORMAS OPERADAS EN EL AÑO 2014. 2.3.1. Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre. 2.3.2. Ley 23/2014, de 20 de noviembre. 2.4. EL CASO PICABEA: STS, PLENO, NÚM. 874/2014, DE 27 DE ENERO DE 2015. 3. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 4/2024, DE 18 DE OCTUBRE. 3.1. CONDENAS DICTADAS POR TRIBUNALES DE PAÍSES QUE NO PERTENEZCAN A LA UNIÓN EUROPEA. 3.2. CONDENAS DICTADAS POR TRIBUNALES DE PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA. 4. LA LEY ORGÁNICA 4/2024, DE 18 DE OCTUBRE. 4.1. COMPARACIÓN ENTRE LA ANTIGUA Y NUEVA REGULACIÓN. 4.1.1 Art. 14 de la Ley Orgánica 7/2014. 4.1.2. Disposición adicional única. 4.1.3. Art. 86 de la Ley 23/2014. 4.2. CONSECUENCIAS DE LA REFORMA. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La acumulación jurídica de penas, conocida en la práctica como acumulación de condenas, es, sin duda, una de las instituciones más complejas que existen en el ámbito del derecho penal y procesal penal. Fiel reflejo de ello, son los múltiples recursos de casación por infracción de ley que cada año son estimados en esta materia por el Tribunal Supremo, quien ha ido tejiendo un cuerpo jurisprudencial, no exento de evolución, que ha posibilitado solventar muchos

1. Me gustaría utilizar estas líneas de homenaje a quien fue el presidente de mi tribunal de tesis doctoral, el profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas, a quien estaré siempre agradecido por los consejos y comentarios que me realizó.

de los problemas interpretativos generados por la existencia de un marco normativo no especialmente preciso.²

Nos encontramos con una institución que ha acaparado en varias ocasiones el interés de los medios de comunicación, especialmente ligado a largas condenas por delitos de terrorismo. Y un ejemplo de ello es el momento actual. Cuando se publiquen estas líneas habrá entrado en vigor la Ley Orgánica 4/2024, de 18 de octubre, por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, para su adecuación a la normativa de la Unión Europea sobre el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS).

En dicha reforma se incorporan una serie de modificaciones que afectan también a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea, y que posibilita en la práctica la acumulación de condenas dictadas por tribunales de la Unión Europea sin las limitaciones precedentes. Esta posibilidad ha levantado una gran polvareda social. Más allá de consideraciones políticas y del enfrentamiento entre instituciones del Estado, pone en el foco de nuevo un debate que suscitó hace unos años en la jurisprudencia y en la doctrina, sobre el fundamento de la institución y la soberanía de los Estados.

2. Antecedentes

2.1. Jurisprudencia antes de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de 24 de julio de 2008

Hasta la publicación de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, el Tribunal Supremo abordó el tema de la acumulación de condenas impuestas en el extranjero en tres ocasiones. Son las SSTS 1129/2000, de 27 de junio, 2117/2002, de 18 de diciembre y 926/2005, de 30 de junio.

Analicemos brevemente cada uno de estos casos:

2. Un estudio completo de esta institución puede verse en VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, 2.^a edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- i. En la STS 1129/2000, de 27 de junio, el Tribunal Supremo admitió la acumulación de una pena dictada por un Tribunal tailandés y ejecutada en España. Así se usó un doble argumento: por un lado, ni el texto del art. 76 CP ni su fundamento prohíben la posibilidad de acumular las condenas impuestas en el extranjero; y por otro lado, existía una norma internacional que determinaba que la ejecución de la condena extranjera debería efectuarse en España con arreglo a la normativa nacional (Acuerdo entre los gobiernos de España y el Reino de Tailandia sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales, hecho en Bangkok el 7 de diciembre de 1983). Se utilizó como argumento a mayores, el hecho de que conforme al art. 23.4 LOPJ la Audiencia Nacional hubiera tenido jurisdicción para enjuiciar el delito cometido en Tailandia.
- ii. En la STS 2117/2002, de 18 de diciembre, se denegó la acumulación de una pena de 7 años de reclusión impuesta en apelación por un Tribunal de Pau (Francia) y que, a diferencia del caso anterior, había sido cumplida en Francia. Inicialmente la sentencia se basó en la imposibilidad de enjuiciamiento conjunto sobre la base de que los hechos habían sido enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes y sometidos a distintas soberanías; sin embargo, a continuación, matizó el argumento y precisó que no se había producido una limitación de los derechos de soberanía a favor de la soberanía española como sí había sucedido en el caso de Tailandia.

La lectura de la resolución es especialmente relevante por las reflexiones que se pueden extraer para la situación actual, por lo que procede su parcial transcripción. Así se señala que «el Estado francés ejerció su soberanía en este caso sometiendo a juicio y castigando a quien había cometido unos delitos en Francia. Es precisamente en materia de Derecho Penal donde la soberanía de los estados nacionales se muestra especialmente celosa de su ejercicio. No existe un Derecho Penal transnacional, aunque haya normas en convenios internacionales sobre cooperación procesal y policial, concretamente en el ámbito de Europa (Eurojust, Euroorden y entrega temporal, como bien cita el escrito de recurso). Y aunque haya proyectos de unificación para determinados delitos, esto no impide ni limita el ejercicio de las propias jurisdicciones nacionales respecto de los cometidos en el propio territorio, como una manifestación, repetimos, del principio de soberanía nacional de cada estado. Principio que ahora tenemos que aplicar nosotros en España para excluir eficacia a la condena francesa, al no existir ningún acuerdo internacional ni norma interna que nos obligue a otra cosa.

Caso distinto es el examinado en nuestra anterior sentencia de 27.6.2000 que contempla un supuesto en el que sí había un convenio entre Tailandia y España en virtud del cual se entregó a un súbdito español que había delinquido en aquel país para cumplir aquí la pena allí impuesta. Por virtud de un acuerdo internacional hubo una voluntaria limitación de los

derechos de soberanía de aquel país extranjero en favor de la soberanía de España, que se consideró razón suficiente para integrar la condena penal extranjera en una refundición de penas junto con las condenas españolas. En el caso presente los poderes del estado español quedaron totalmente ajenos a la mencionada condena en Francia».

- iii. Finalmente, en el caso de la STS 926/2005, de 30 de junio, el Tribunal Supremo resolvió un caso idéntico al planteado en el primer precedente —se trataba de una sentencia tailandesa a cumplir en España—, con el mismo argumento y resultado.

Por consiguiente, en ausencia de una prohibición en la normativa interna, el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de acumular sentencias dictadas por Tribunales extranjeros cuando no hubiesen sido ejecutadas fuera de España y una norma internacional habilitase para su ejecución en nuestro país.

2.2. La Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de 24 de julio de 2008

El 15 de agosto de 2008, se publicó la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DOUE L 220, de 15 de agosto de 2008).

Esta Decisión Marco tiene por objeto establecer un principio de equivalencia entre las condenas de los Estados miembros de la Unión Europea, cuando éstas pudieran tener algún efecto en un nuevo proceso penal. Así, el art. 3.1 de la Decisión Marco establece que *«cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes sobre las cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional»*. Y el apdo. 2.º añade: *«El apartado 1 se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución»*.

Ahora bien, es importante resaltar que la Decisión Marco faculta a los Estados para establecer varias excepciones facultativas³ en los arts. 3.3, 3.4 y 3.5. La última de ellas, con una redacción poco menos que jeroglífica, dispone lo siguiente: *«Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apdos. 1.º y 2.º no tendrá por efecto el de exigir a los Estados que aplique su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso. No obstante, los Estados miembros garantizarán que, en tales casos, sus órganos jurisdiccionales puedan tener en cuenta a otros efectos las condenas anteriores dictadas en otros Estados miembros»*.

Expirado el plazo de trasposición de la Decisión Marco el 15 de agosto de 2010 sin que España la hubiese llevado a efecto, el Tribunal Supremo resolvió un primer caso que no se vio afectado por esta norma (STS 368/2013, de 17 de abril), puesto que se solicitaba la acumulación de una sentencia dictada por un país no perteneciente a la Unión Europea, como era el Tribunal de Cortes del Principado de Andorra. No habiéndose cumplido la pena en aquel país y existiendo un convenio multilateral que posibilitaba la ejecución en España con arreglo a las normas españolas⁴, la Sala mantuvo el criterio establecido en las SSTs 1129/2000 y 926/2005 y admitió su acumulación.

Un año después el Tribunal Supremo resolvió el primer caso afectado por la norma todavía no traspuesta. Se trata de la STS 186/2014, de 13 de marzo. La resolución resolvió un recurso de casación en el que se solicitaba la acumulación de una pena de prisión de 6 años impuesta a un terrorista por sentencia del Tribunal Correccional de París y cumplida en Francia. Por consiguiente, un supuesto idéntico al planteado en la STS 2117/2002, pero que fue resuelto con distinto resultado. La Sala Segunda se apartó de aquel precedente y obligó a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a tomar en consideración aquella condena.

Así, tras la publicación de la Decisión Marco 2008/675/JAI y en ausencia de trasposición, el Tribunal Supremo modificó su posición jurisprudencial anterior

3. Conviene recordar en este punto que las Decisiones Marco surgen en 1997 con el Tratado de Ámsterdam, que habilita al Consejo para poder *«adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios...»* (art. K.6.2b del Tratado de la Unión Europea).

4. Se trataba concretamente del Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, que España había ratificado mediante Instrumento de 18 de febrero de 1985 y publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 138, de 10 de junio de 1985.

y admitió también la posibilidad de acumular penas impuestas por tribunales foráneos y ejecutadas fuera del territorio nacional. Sobre la base de los arts. 3.1 y 3.2 de la Decisión Marco, la Sala Segunda entendió que el propósito de esta norma era establecer una obligación mínima para los Estados miembros al objeto de tener en cuenta las condenas dictadas en otros Estados de la Unión. No prohibiéndolo las normas internas (los arts. 76 CP y 988 LECrim no hacen referencia a la acumulación de condenas extranjeras ejecutadas fuera de nuestro país, pero tampoco la prohíben), la STS 186/2014, de 13 de marzo realizó una interpretación conforme con aquel propósito⁵.

2.3. La trasposición de la Decisión Marco: las reformas operadas en el año 2014

Después de la STS 186/2014, como explica ETXEBARRÍA ZARRABEITIA⁶, ante la perspectiva de que otros muchos terroristas de ETA que habían cumplido sus penas en Francia pudieran ser excarcelados a corto plazo, en el mes de septiembre de 2014 el legislador introdujo varias enmiendas en el Senado a los dos proyectos de ley que se estaban tramitando para trasponer la citada Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, así como la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea⁷.

5. Con ello, el Tribunal Supremo aplicó la doctrina Pupino emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir de la STJUE de 16 de junio de 2005 (Caso Pupino, Asunto-105/03). Aunque las Decisiones Marco no tienen efecto directo como las Directivas, esta doctrina obliga a los Jueces nacionales a interpretar y aplicar las normas pertinentes de su derecho interno conforme al contenido de la Decisión Marco para lograr la finalidad prevista en la misma. En otras palabras, el juez está obligado a aplicar el derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la Decisión Marco, sin que la misma pueda servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho Nacional. Ese sería el valor jurídico y el límite de las Decisiones Marco, meramente interpretativo y restringido a interpretaciones que no sean contrarias al Derecho interno.

6. Vid. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., «Acumulación de condenas europeas a las españolas: Decisión Marco UE 675/2008, LO 7/2014 y STS 874/2014», en *Análisis comparado de sistemas penitenciarios europeos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, P. Orejudo Prieto de los Mozos y E. Pascual Rodríguez, (dras.), Cuadernos Digitales de Formación, núm. 2, año 2016. Recurso electrónico: <http://www.poderjudicial.es/search/publicaciones>.

7. Es importante distinguir ambas Decisiones Marco: la Decisión Marco 2008/909/JAI tiene por objeto la ejecución en un Estado miembro de la Unión Europea de las decisiones judiciales tomadas en otro Estado miembro de la Unión Europea, como por ejemplo las resoluciones de condena que impongan una pena privativa de libertad; mientras que la Decisión Marco 2008/675/JAI tiene por objeto regular la relevancia de las sentencias condenatorias dictadas y ejecutadas en otro país de la Unión Europea.

Las enmiendas determinaron de facto la imposibilidad de que el principio de equivalencia fuera aplicable a la acumulación de condenas de sentencias dictadas por tribunales de la Unión Europea, tanto se hubiesen ejecutado en España como se hubiesen ejecutado fuera.

2.3.1. Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre

En primer lugar, se dio una nueva redacción a los arts. 14 y Disposición Adicional Única del proyecto de ley que dio lugar a la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (BOE núm. 275, de 13 de noviembre de 2014), que traspuso la mencionada Decisión Marco 2008/675/JAI⁸.

Esta Ley Orgánica establece los casos y las condiciones en que las sentencias europeas podrán ser asimiladas a las nacionales. La Ley Orgánica partía y parte de un principio de equivalencia cuando en su art. 14.1 establecía que *«las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que hubieran correspondido a tal condena si hubiera sido dictada en España»*. Eso sí, con dos condicionantes: i) que se hubiesen impuesto por hechos que fueran punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión; y ii) que se haya obtenido información suficiente sobre dichas condenas a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales.

Ahora bien, este principio de equivalencia no era absoluto. La propia Ley Orgánica establecía dos limitaciones⁹:

- i) Limitación temporal.— La DA Única establecía una exclusión genérica y dispone que en ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de

8. Esta Ley traspuso también la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la Organización y al Contenido del Intercambio de Información de los Registros de Antecedentes Penales entre Estados Miembros. Se trata del conocido como ECRIS (European Criminal Record Information System). A efectos de conocimiento esta última Decisión Marco fue modificada por la Directiva (UE) 2019/884 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019.

9. El propio preámbulo de la norma señala que *«con el propósito de reforzar la seguridad jurídica, la Ley enumera, en línea con las previsiones o facultades previstas en la Decisión Marco, los supuestos en los que tales condenas no pueden ser tomadas en consideración»*.

la presente Ley las condenas dictadas por otro Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010¹⁰.

- ii) Limitación objetiva.— El art. 14.2 de la Ley Orgánica establecía una limitación de carácter objetivo sobre determinadas resoluciones, al negar cualquier efecto a las condenas firmes de otros Estados miembros sobre «*los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la LECrim, que fijen los límites de cumplimiento de penas [...]»* cuando incluya sentencias condenatorias «*que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro»*¹¹.

Así las cosas, en la práctica se imposibilitaba la acumulación.

2.3.2. Ley 23/2014, de 20 de noviembre

En segundo lugar, se dio una nueva redacción al art. 86 del proyecto de ley que derivó en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal (BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014), que traspuso la Decisión Marco 2008/909/JAI.

Esta Ley tiene por objeto la ejecución en un Estado miembro de las decisiones judiciales tomadas por otro. El art. 63.2 de la norma lo deja claro cuando dispone que solo resulta de aplicación «*a las penas o medidas pendientes, total o parcialmente de ejecución. Cuando hayan sido totalmente cumplidas, su consideración en un nuevo proceso penal se regirá por la LO 7/2014»*¹².

Por consiguiente, la ley distingue en función de las penas privativas de libertad han sido o no ejecutadas totalmente en el extranjero, remitiéndose en el primer caso (en caso de ejecución completa) a la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea

10. Esta era la fecha límite para la trasposición de la Decisión Marco, tal como determinaba el artículo 5.1 de la Decisión Marco: «*Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión Marco a más tardar el 15 de agosto de 2010»*.

11. Como señala acertadamente ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en ob. cit. «Acumulación de condenas europeas a las españolas, el precepto impide cualquier posibilidad de acumulación al excluir las únicas que son acumulables conforme al criterio temporal del art. 76 CP: condenas españolas por hechos delictivos cometidos antes de la condena de otro Estado miembro».

12. La DT 1.^a determinaba su aplicación a las resoluciones que se recibiesen con posterioridad a su entrada en vigor el 11 de diciembre de 2014.

Teniendo en cuenta esta precisión, el art. 86.1 disponía (y dispone) que «el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria deberá ejecutar la resolución condenatoria de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, con deducción del período de privación de libertad ya cumplido, en su caso, en el Estado de emisión en relación con la misma resolución condenatoria, del período total que haya de cumplirse en España».

Sin embargo, el párrafo segundo del mismo artículo se remitía a la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre imposibilitando en la práctica la acumulación, al señalar que *«los efectos de la resolución transmitida sobre las condenas dictadas por los Tribunales españoles, o sobre las resoluciones que, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fijen los límites de cumplimiento de condena, se determinarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 y la disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea»*.

La salvedad era importante porque el art. 21.1 de la Ley 23/2014 prescribe que *«la ejecución de la orden o resolución que haya sido transmitida por otro Estado miembro se regirá por el Derecho español y se llevará a cabo del mismo modo que si hubiera sido dictada por una autoridad judicial española»*.

2.4. El caso Picabea: STS, Pleno, núm. 874/2014, de 27 de enero de 2015

En este contexto, el 4 de septiembre de 2014, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó la solicitud de Pedro José Picabea Ugalde, terrorista de ETA, de que se computara el tiempo de prisión que había cumplido en Francia antes de su extradición a España a efectos de alcanzar el máximo de cumplimiento efectivo de 30 años¹³. La representación procesal del penado recurrió ante el Tribunal Supremo, que mediante Sentencia del Pleno 874/2014, de 27 de enero de 2015 del Pleno se apartó del criterio fijado en la STS 186/2014, de 13 de marzo y desestimó el recurso al considerar que el escenario había cambiado, dando lugar a la conocida como doctrina Pica-

13. Apenas unos meses después, el 2 de diciembre de 2014, un día antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2014, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó cuatro autos en sentido contrario y acordó la excarcelación de varios significados terroristas al sumarse a la doctrina de la STS 186/2014, de 13 de marzo sobre la base del principio de interpretación conforme, sin citar la Ley Orgánica porque no se encontraba todavía vigente (MANZANARES SAMANIEGO, 2015). A título de ejemplo, Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2014, en el Recurso 43/1988. Estas resoluciones fueron también recurridas, recursos que finalizaron en la

bea¹⁴. Si bien no era posible aplicar esta nueva Ley Orgánica —porque suponía una retroactividad contra reo prohibida por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea—, era un elemento que no se podía soslayar como criterio interpretativo de los arts. 76 CP y 988 LECrim; y utilizando esta norma como criterio interpretativo, no era posible mantener la interpretación que hacía la STS 186/2014 de la Decisión Marco porque era contraria al derecho interno (la Ley Orgánica asume determinadas excepciones contempladas como facultativas en el art. 3.5 de la Decisión Marco¹⁵, entre las que se encuentran los autos de acumulación¹⁶); sin que fuese necesaria ni preceptiva la cuestión prejudicial al TJUE en virtud de la doctrina del acto claro.

Aquella resolución fue recurrida en amparo y posteriormente ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que desestimó la demanda¹⁷.

14. En la práctica, como gráficamente explica ETXEBARRÍA ZARRABEITIA en ob. cit. «Acumulación de condenas europeas a las españolas», esta doctrina supone que cuando estos reos terminen de cumplir sus condenas, mayoritariamente en Francia, serán extraditados a España, juzgados y condenados a penas que podrían alcanzar los 30 o 40 años de límite máximo de cumplimiento, sin cómputo del tiempo cumplido en prisión en Francia dentro de ese límite.

15. Dice este precepto que *«Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso. No obstante, los Estados miembros garantizarán que, en tales casos, sus órganos jurisdiccionales puedan tener en cuenta a otros efectos las condenas anteriores dictadas en otros Estados miembros»*.

16. Ya hemos expuesto que, en la trasposición del contenido de la Decisión Marco al derecho interno, el art. 14.2 de la Ley Orgánica 7/2014 excluyó la aplicación de ese principio de equivalencia a las acumulaciones de condenas. Por consiguiente, no se obligaba a tener en cuenta una condena extranjera a los efectos de determinar el tiempo máximo de cumplimiento de las condenas impuestas.

17. Frente a la STS 874/2015, la representación procesal de Pedro José Picabea Ugalde interpuso recurso de amparo, que fue resuelto por ATC 155/2016, de 20 de septiembre. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso por mayoría de siete a cuatro magistrados, posición disidente que se plasmó en dos votos particulares. Tras ello, el penado presentó una demanda ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos por vulneración del art. 7. CEDH, que fue inadmitida por la Decisión de 26 de marzo de 2019, demanda Pedro José Picabea Ugalde contra España. La Decisión reproduce los argumentos de una Sentencia precedente del mismo Tribunal, de fecha 23 de octubre de 2018, en el asunto Arrózpide Sarasola y Otros contra España, que dio respuesta a un caso de semejanza naturaleza que había llegado antes al Tribunal: se trataba de tres condenados por terrorismo que sostenían que la decisión nacional de no haber acumulado sus penas cumplidas en Francia vulneraba los arts. 7 (principio de legalidad) y 5 (derecho a la libertad) CEDH. Los demandantes esgrimían que se había producido una prolongación efectiva de sus penas de prisión como consecuencia del cambio jurisprudencial operado por la STS 874/2014, lo que supuso aplicar retroactivamente la Ley Orgánica 7/2014. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos consideró que no existía vulneración de los arts. 5 y 7 CEDH. Aunque la resolución sobre la denegación de la acumulación no es meramente de ejecución y está sujeta al principio de legalidad en tanto que afecta a la duración de la pena que el penado va a cumplir, lo cierto es que, sigue razonando el Tribunal, el máximo de cumplimiento de 30 años no se modificó y en el momento en que los demandantes cometieron los delitos y se adoptaron las decisiones de acumulación, el derecho interno no preveía de un modo razonable la acumulación de penas ya cumplidas en otro Estado: en particular, porque la STS 186/2014 no iba acompañada de una doctrina judicial consolidada en orden a cumplir su función de completar la Ley, y ello dado que las divergencias jurisprudenciales duraron apenas diez meses hasta el dictado de la STS 874/2014. No obstante, es importante destacar que la Decisión no entra a

El criterio ofrecido en la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015 ha sido confirmado en multitud de sentencias posteriores¹⁸, conformándose un cuerpo de doctrina jurisprudencial que mantiene la imposibilidad de acumular penas impuestas y ejecutadas en el extranjero a las condenas dictadas por los Tribunales españoles, eso sí, no exenta de votos particulares¹⁹.

3. Estado de la cuestión antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2024, de 18 de octubre

A modo de recapitulación de lo dicho hasta el momento: la posibilidad de acumular sentencias dictadas por tribunales de países extranjeros exige distinguir si pertenecen o no a la Unión Europea.

valorar si fue correcta la interpretación que hizo la legislación española sobre la no acumulación de condenas cumplidas en otro Estado miembro de la UE, valoración que correspondería al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de la presentación de una cuestión prejudicial. Esta doctrina se ha visto reiterada en otros casos semejantes como la Decisión de 9 de julio de 2019, demandas Juan Aguirre Lete y otros contra España; la Sentencia de 26 de noviembre de 2019, asunto Berasategui Escudero y Arriaga Arruabarrena contra España; o la Sentencia de 20 de octubre de 2020, asunto Martínez Ahedo y otros contra España.

18. Así la STS 178/2015, de 24 de marzo incidió en que esta interpretación era conforme con la normativa comunitaria, por cuanto, cuando el art. 3.5 de la Decisión Marco habla de «imponer una sanción en el nuevo proceso», debe entenderse incluida la acumulación por ser acorde a su verdadera naturaleza —«imposición de la pena para el caso de concurso por infracciones enjuiciadas en diversos procesos»—, sin que resulte exigible que los instrumentos jurídicos de la Unión recojan de manera expresa las denominaciones propias del ordenamiento jurídico español. En concreto señala: «En esta ocasión la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, simplemente supone reconocer a las condenas pronunciadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea, el mismo valor y asignarle los mismos efectos que una condena nacional anterior, con ocasión de un nuevo proceso. En definitiva impone un 'principio de asimilación' o equivalencia de la condena de otro Estado Miembro a la condena nacional, dejando a las legislaciones nacionales que obtengan las consecuencias de este principio. El enunciado del principio de equivalencia se contiene en su artículo 3.1; y el artículo 3.2 proyecta este principio de asimilación o equivalencia a todas las fases de proceso... Pero junto a este enunciado general, impide que la Decisión influya o interfiera en las condenas anteriores (o en la ejecución de las condenas), de los otros Estados Miembros (art. 3.3); ni que interfiera en las condenas anteriores pronunciadas por el Estado Miembro donde se desarrolla el nuevo proceso (art. 3.4). A la vez que excluye la obligatoriedad de la consideración de la condena de otro Estado Miembro, cuando el efecto sea el de la acumulación de condenas, en los términos expresados en el artículo 3.5».

19. La propia STS 874/2014, de 27 de enero de 2015 se dictó con una mayoría de nueve a seis magistrados, plasmándose el criterio disidente en cuanto votos particulares. Concretamente, el Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García emitió un voto particular en el que discrepó de la decisión mayoritaria de no plantear la cuestión prejudicial y de no acumular la condena impuesta por un tribunal francés, voto particular reproducido en las SSTs 178/2015, 179/2015, 76/2016 y 241/2016. También emitió otro voto particular, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, reproducido en la STS 241/2016, que defendió que se vulneraba la exigencia de trato igualitario a ciudadanos en situación igual porque el enjuiciado en la causa a que se refería la STS 186/2014 resultaba favorecido respecto del aquí recurrente. También emitió un voto particular el magistrado Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, quien defendió que la sentencia creaba un nuevo criterio jurisprudencial, que se apartaba de una doctrina jurisprudencial consolidada, pacífica y previsible, y se aplicaba a una solicitud de acumulación efectuada en marzo de 2014 cuando no estaba en vigor la Ley Orgánica.

3.1. Condenas dictadas por tribunales de países que no pertenezcan a la Unión Europea

La posibilidad de acumular sentencias dictadas por tribunales de países que no pertenezcan a la Unión Europea viene condicionada por los instrumentos internacionales. Tal como establece la STS 182/2016, de 3 de marzo, habrá que diferenciar si el país en cuestión tiene o no firmado con España un Convenio bilateral de ejecución de condenas penales. Solamente en el caso de que exista tal norma internacional, será posible la acumulación de esa condena.

Además de los Convenios bilaterales, SÁEZ MALCEÑIDO²⁰ menciona dos posibilidades más:

- a) Acuerdos suscritos por España en el ámbito europeo a través del Consejo de Europa, destacando el Convenio sobre traslado de personas condenas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, que entró en vigor en España el 1 de julio de 1985, o el Convenio Europeo sobre el valor internacional de sentencias penales, hecho en la Haya el 28 de mayo de 1970, que entró en vigor el 3 de diciembre de 1994.
- b) Convenio multilaterales que la Unión Europea firma con Estados externos. Por ejemplo, el Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25 de junio de 2003. Como matiza SÁEZ MALCEÑIDO, será necesario que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en virtud de lo dispuesto en el art. 65.2 LOPJ²¹, haya aceptado el cumplimiento en España de la pena extranjera al verificarse que se cumplen los condicionantes establecidos en el Convenio aplicable.

La acumulación de sentencias dictadas por tribunales de estos países fuera de la Unión Europea no está afectada por la reforma.

3.2. Condenas dictadas por tribunales de países de la Unión Europea

Si la sentencia dimana de un país de la Unión Europea, habrá que estar a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre. De conformidad con el art. 63.2 de la norma, la

20. SÁEZ MALCEÑIDO, E., «La acumulación jurídica de condenas extranjeras y españolas en el anteproyecto de ley procesal penal de 2020». Revista Digital Penal. Sepin, núm. 61, 2021, p.9

21. Art. 65.2.º LOPJ «De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal».

Junta de Fiscales del Tribunal Supremo²² precisa que habrá que atender a si la condena ha sido ejecutada totalmente en el extranjero o se encuentra total o parcialmente pendiente de cumplimiento.

- i) Cuando la condena ha sido ejecutada totalmente en el extranjero, resulta de aplicación la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, que imposibilita la acumulación a tenor de la doctrina emanada de la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, a la vista de la limitación temporal de la disposición adicional única y de la limitación objetiva del art. 14.2 de la norma.
- ii) Cuando la condena ha sido total o parcialmente pendiente de cumplimiento en España, la STS 873/2016, de 21 de noviembre distinguía dos supuestos:
 - a) Si las solicitudes eran anteriores al 5 de diciembre de 2011, fecha en la que expiraba la trasposición de la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de septiembre de 2008, relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, el art. 28 de la Decisión Marco establecía que las solicitudes se regirían por lo dispuesto en los instrumentos jurídicos vigentes sobre el traslado de condenados. Partiendo de tal premisa, existía una postura favorable a la acumulación cuando resulte de aplicación el Convenio de Estrasburgo o un convenio bilateral de ejecución de condenas penales entre los países de que se trate²³.
 - b) Si son posteriores al 5 de diciembre de 2011, resulta de aplicación la Ley 23/2014, de 20 de noviembre —que traspuso la Decisión Marco 2008/909/JAI—, cuyo art. 86 se remitía a la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre imposibilitando en la práctica la acumulación.

Tal regulación suscitaba importantes críticas en la doctrina. Así, SÁEZ MALCEÑIDO considera que la no acumulación de las sentencias anteriores al 15 de agosto de 2010 carece de sentido al hacer de peor condición a los ciudadanos de la Unión cuando dicha limitación por razón de la fecha del fallo no se aplica al resto de sentencias extranjeras²⁴.

22. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Criterios para la acumulación de penas de la Junta de Fiscales del Tribunal Supremo», 2017, pp. 9-10, <https://www.fiscal.es>

23. Confirma esta doctrina la STS 79/2021, de 1 de febrero. Se trata de un caso en el que la representación procesal del penado había solicitado la ampliación de la acumulación efectuada por la Audiencia Nacional, con el objeto de incluir las condenas impuestas en Francia y cumplidas parcialmente en España, petición realizada sobre la base del Convenio de Estrasburgo de 29 de marzo de 1983.

24. SÁEZ MALCEÑIDO, E., en ob. cit. «La acumulación jurídica de condenas (...)», pp. 6 y ss. ofrece otros argumentos a favor de la posibilidad de acumular sentencias anteriores al 15 de agosto de 2010: la nueva redacción del art. 76.2 CP, que prescinde de la conexidad procesal, así como la jurisprudencia actual más favorable

Como señala el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar en su voto particular a la STS 874/2014, ninguna de las finalidades que justifican la acumulación deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta en el extranjero. Y como apunta acertadamente ETXEBARRÍA ZARRABEITIA²⁵, con esta jurisprudencia las condenas extranjeras quedan fuera del alcance del mandato de resocialización y reinserción social y de la prohibición de penas inhumanas.

En palabras de FERNÁNDEZ APARICIO²⁶, que hacemos nuestras, *«el camino de unificación de los derechos nacionales implica necesariamente una jurisprudencia que favorezca el proceso de integración del mismo»*. Comparte también este criterio SOLAR CALVO²⁷, quien afirma que la trasposición llevada a cabo no responde a sus ideales, que *«parece deberse más a evitar supuestos concretos de acumulaciones políticamente incorrectas, que a principios jurídicos que sigan la lógica del a propia norma que se implementa»*.

En el fondo, detrás del rechazo de acumular estas sentencias, se esgrime la necesidad de evitar consecuencias de impunidad poco asumibles por nuestro ordenamiento jurídico. Estas consecuencias no se ocultan, sino que se expresan en las sentencias y se traducen en la inoperatividad de las penas impuestas por los Tribunales españoles cuando el penado haya cumplido penas acumulables en el extranjero que superen los máximos absolutos fijados en nuestro ordenamiento jurídico²⁸. Sin embargo, como precisa ETXEBARRÍA ZARRABEITIA²⁹, lo mismo ocurre con las condenas españolas acumulables y ningún problema se plantea. En cualquier caso, no puede soslayarse el efecto que toda sentencia condenatoria tiene para la comunidad jurídica y para la víctima a efectos de la responsabilidad civil.

se están aplicando de forma retroactiva independientemente de la fecha de las sentencias, anteriores o posteriores al día 15 de agosto de 2010, por lo que, una vez aceptada la ejecución en España de una condena extranjera, no hay razón para discriminarlas de las sentencias españolas, puesto que en puridad la LO 7/2014 no es la que disciplina la acumulación jurídica de penas

25. Vid ob. cit. «Acumulación de condenas europeas a las españolas (...)».

26. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M. «Derecho penitenciario: La determinación de la pena», en *Guía práctica de Derecho Penitenciario*, edit. Sepín, Madrid, 2016. p. 45.

27. SOLAR CALVO, P., *Triple de la mayor y condenas eternas. A propósito del Acuerdo del TS de 27 de junio de 2018*, edit. Reus, Madrid, 2019, pp. 83 y ss.

28. Tal es el caso de la STS 235/2015, de 23 de abril, reproducida por la STS 336/2015, de 24 de mayo, que justificó la exclusión en los siguientes términos: *«trata de evitar que un sujeto de un país de la Unión haya extinguido unas penas por delitos cometidos y juzgados con posterioridad a los cometidos previamente en España, que alcancen, por ejemplo, un total de 25 o 30 años, de tal suerte que cuando se fueran a juzgar en España un conjunto de asesinatos terroristas cometidos antes de haber sentenciado aquéllos esta Sala no podría imponer pena alguna, ya que las ya cumplidas cubrirían hasta el límite de cumplimiento las posibles condenas terroristas»*.

29. Vid ob. cit. «Acumulación de condenas europeas a las españolas

4. La Ley Orgánica 4/2024, de 18 de octubre

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, al tiempo de escribir estas líneas se ha publicado la Ley Orgánica 4/2024, de 18 de octubre (BOE núm. 253, de 19 de octubre de 2024), por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, para su adecuación a la normativa de la Unión Europea sobre el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS).

Inicialmente, tal como resulta de la exposición de motivos del proyecto de ley original (BOCG-15-A-17-1, de 22 de marzo de 2024), la reforma tenía por objeto la transposición de la Directiva (UE) 2019/884, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo en lo que respecta al intercambio de información sobre nacionales de terceros países y al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) y por la que se sustituye la Decisión 2009/316/JAI del Consejo. De esta forma, se hacía necesario incorporar a nuestra Ley algunos aspectos relativos respectivamente a petición de antecedentes al Estado de condena para un certificado, respuesta a peticiones de otros Estados Miembros sobre ciudadanos de la Unión Europea y apátridas, inclusión de la «imagen facial» entre los datos del condenado y transmisión de información por otros medios en ausencia de ECRIS, añadiéndose, en todo caso, el término «medio seguro».

Asimismo, razones de seguridad jurídica hacían conveniente incorporar en dicha ley orgánica de forma expresa algunos preceptos contenidos en el Reglamento (UE) 2019/816, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019³⁰, como son los referentes a la ampliación de información de identidad a otros datos de acuerdo con el Derecho nacional y la incorporación de huellas de ciudadanos que ostenten dos nacionalidades, una de ellas de un Estado miembro de la Unión Europea, y, por último, la determinación de las circunstancias en las que la autoridad central autorizará a Eurojust a comunicar a un tercer Estado requirente el nombre del Estado que posea la información solicitada.

Por último, la experiencia en la aplicación de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, mostraba la oportunidad de reformar determinados aspectos rela-

30. Reglamento por el que se establece un sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas (ECRIS-TCN) a fin de complementar el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726

tivos al intercambio de información de antecedentes penales con el resto de países de la Unión Europea, superando la rigidez del actual sistema que impide la retransmisibilidad de todas las sentencias dictadas en España, de acuerdo con la Decisión Marco 2009/315, respecto tanto de condenas dictadas por los tribunales españoles como de las recibidas de las autoridades centrales de otros Estados miembro, sustituyéndolo por otro más flexible y acorde con el principio de reciprocidad, con arreglo al tratamiento que le dan otros Estados a este parámetro.

Sin embargo, en el trámite de enmiendas del Congreso, el Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR introdujo determinadas enmiendas (BOCG-15-A-17-2, de 26 de junio de 2024), que se han trasladado al texto definitivo y que, como vamos a ver, eliminan las limitaciones preexistentes sobre la acumulación de condenas dictadas por otros países de la Unión Europea³¹.

Para facilitar el alcance de estas modificaciones, vamos a recurrir a utilizar un cuadro comparativo que recoja la antigua y la nueva regulación.

31. Tras el veto del Pleno del Senado, la Mesa de la Cámara, en su reunión de 18 de octubre de 2024, adoptó el siguiente acuerdo: «1. Teniendo en cuenta que el rechazo del Proyecto de Ley Orgánica se habría producido vencido el plazo estipulado en el artículo 90.3 de la Constitución, que el Senado no ha comunicado que dicha Cámara haya opuesto su veto en los términos que exige el artículo 90.2 de la Constitución y que el acuerdo de rechazo adoptado no puede considerarse un veto a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo 90.2 de la Constitución y en la jurisprudencia constitucional, por la Presidencia de la Cámara se dará traslado de dicho Proyecto de Ley Orgánica a la Presidencia del Gobierno a los efectos de que se someta, por el procedimiento habitual, a lo dispuesto en el artículo 91 de la Constitución. 2. Comunicar el presente acuerdo al Senado y publicarlo en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. En ejecución de dicho acuerdo se ordena la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara» (BOCG-15-A-17-6).

4.1. Comparación entre la antigua y nueva regulación

4.1.1. Art. 14 de la Ley Orgánica 7/2014

ANTIGUA REDACCIÓN	NUEVA REDACCIÓN
1. Las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos <u>que hubieran correspondido a tal condena si hubiera sido dictada en España</u>, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que se hubieran impuesto por hechos que fueran punibles de conformidad con la ley española vigente a la fecha de su comisión. b) Que se haya obtenido información suficiente sobre dichas condenas a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales.	1. Las condenas anteriores firmes dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos <u>que las condenas anteriores dictadas en España. Esta equivalencia de efectos jurídicos se aplicará en fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y con ocasión de la ejecución de la condena impuesta.</u>
2. <u>No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión:</u> a) <u>Sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los jueces o tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas.</u> b) <u>Sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.</u> c) <u>Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b).</u> 3. Los antecedentes penales que consten en el Registro Central se tendrán por cancelados, aunque procedan de condenas dictadas en otros Estados, a efectos de su toma en consideración en España por los Jueces y Tribunales de acuerdo con el Derecho español, a menos que antes se comunique su cancelación por el Estado de condena.	2. <u>Las resoluciones condenatorias recaídas en procedimientos judiciales en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto sobre las sentencias firmes recaídas en España con anterioridad ni sobre las resoluciones relativas a su ejecución, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión por los jueces o tribunales.</u> 3. <u>No podrán ser tomadas en consideración en un proceso penal desarrollado en España a efectos de imposición de penas, aquellas infracciones cometidas en otro Estado miembro cuando no hubiera recaído resolución de condena firme de las mismas</u> 4. Los antecedentes penales que consten en el Registro Central se tendrán por cancelados, aunque procedan de condenas dictadas en otros Estados, a efectos de su toma en consideración en España por los Jueces y Tribunales de acuerdo con el Derecho español, a menos que antes se comunique su cancelación por el Estado de condena.

4.1.2. *Disposición adicional única*

ANTIGUA REDACCIÓN	NUEVA REDACCIÓN
En ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010	Se suprime

4.1.3. *Art. 86 de la Ley 23/2014*

ANTIGUA REDACCIÓN	NUEVA REDACCIÓN
1. El Juez Central de Vigilancia Penitenciaria deberá ejecutar la resolución condenatoria de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, con deducción del período de privación de libertad ya cumplido, en su caso, en el Estado de emisión en relación con la misma resolución condenatoria, del período total que haya de cumplirse en España. ~~No obstante, los efectos de la resolución transmitida sobre las condenas dictadas por los Tribunales españoles, o sobre las resoluciones que, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fijen los límites de cumplimiento de condena, se determinarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 y la disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.~~	1. El Juez Central de Vigilancia Penitenciaria deberá ejecutar la resolución condenatoria de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, con deducción del período de privación de libertad ya cumplido, en su caso, en el Estado de emisión en relación con la misma resolución condenatoria, del período total que haya de cumplirse en España. Se suprime

4.2. *Consecuencias de la reforma*

El alcance de la reforma se vislumbraba desde las propias enmiendas introducidas sin necesidad de especiales interpretaciones. Así se solicitaba como primera enmienda adicionar a la exposición de motivos que *«la presente ley orgánica elimina las limitaciones introducidas en la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, para mejorar la efectividad de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, para la fase de ejecución de las condenas. Con esta*

modificación queda claro que en el ámbito de aplicación de la Decisión Marco (...) la equivalencia de efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias anteriores dictadas en otros Estados miembros sobre el nuevo proceso penal se aplicará tanto en la fase previa al proceso, como durante el propio proceso y con ocasión de la ejecución de la condena impuesta. La reforma del citado artículo lleva aparejada a su vez un único cambio en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, toda vez que resulta adecuada la supresión y derogación del párrafo segundo del artículo 86.1 de la citada norma».

Y, por si existía alguna duda, las enmiendas tercera y cuarta venían acompañadas de una justificación meridiana: como mejora técnica para adecuar la referida Ley a los cambios normativos planteados por dicho grupo parlamentario a la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre; y para eliminar «*las limitaciones para mejorar la efectividad de la Decisión Marco 2008/675/JAI introducidas por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, para la fase de ejecución de la condena. Esta reforma también afecta a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la remisión que hace en varios de sus artículos a la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre. Se recupera así el criterio del Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado en sus informes preceptivos elaborados en la tramitación del Anteproyecto de Ley. Mediante esta enmienda se pretende hacer compatible la norma de transposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo con los principios de unidad, primacía y eficacia que caracterizan al derecho de la Unión Europea, homogeneizando la aplicación del principio de equivalencia de efectos, y con el objetivo de alcanzar los fines establecidos por el Derecho originario: crear un espacio de libertad, seguridad y justicia*».

Y efectivamente es así, en la medida que el principio de equivalencia cobra toda su extensión en el ámbito de la Unión Europea, tanto cuando se trate de penas privativas de libertad ejecutadas totalmente en el extranjero (art. 14.1 de la Ley Orgánica 7/2014), al suprimirse las limitaciones que contenía el texto, como cuando estamos antes penas privativas de libertad que no han sido ejecutadas totalmente en otro país (art. 86.1 de la Ley 23/2014), al eliminarse la remisión a aquella norma.

5. Conclusiones

Detrás del rechazo de acumular las sentencias dictadas por tribunales extranjeros sentencias, se esgrime la necesidad de evitar consecuencias de impunidad poco asumibles por nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, sin entrar a valorar el conflicto de instituciones que se ha producido en el Parlamento, lo cierto es que ninguna de las finalidades que justifican la acumulación deja de tener sentido cuando una de las penas ha sido impuesta en el extranjero. El principio de humanidad y la reinserción social debe orientar la interpretación teleológica hacia la admisión de la acumulación al margen del lugar de la condena. Y la propia consideración de la Unión Europea como un espacio de libertad, seguridad y justicia así lo aconseja.

Con la antigua normativa, las condenas extranjeras quedaban fuera del alcance del mandato de resocialización y reinserción social y de la prohibición de penas inhumanas. Desde este punto de vista la reforma que va a entrar en vigor elimina las antiguas trabas en el ámbito de las condenas dictadas por tribunales de la Unión Europea y da respuesta a una demanda doctrinal, tanto cuando las penas se hayan ejecutado totalmente en el extranjero como en caso de que no haya sido así.

6. Bibliografía

- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., «Acumulación de condenas europeas a las españolas: Decisión Marco UE 675/2008, LO 7/2014 y STS 874/2014», en *Análisis comparado de sistemas penitenciarios europeos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, P. Orejudo Prieto de los Mozos y E. Pascual Rodríguez, (dras.), Cuadernos Digitales de Formación, núm. 2, año 2016. Recurso electrónico: <http://www.poderjudicial.es/search/publicaciones>.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J.M. «Derecho penitenciario: La determinación de la pena», en *Guía práctica de Derecho Penitenciario*, edit. Sepín, Madrid, 2016. pp. 31-48.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Criterios para la acumulación de penas de la Junta de Fiscales del Tribunal Supremo», 2017, <https://www.fiscal.es>
- SÁEZ MALCEÑIDO, E., «La acumulación jurídica de condenas extranjeras y españolas en el anteproyecto de ley procesal penal de 2020». *Revista Digital Penal*. Sepín, núm. 61, 2021.
- SOLAR CALVO, P., *Triple de la mayor y condenas eternas. A propósito del Acuerdo del TS de 27 de junio de 2018*, edit. Reus, Madrid, 2019.
- VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, 2.^a edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.



PROCESSUS



IUDICII

Siguiendo con la inmemorial tradición académica, compañeros, discípulos y amigos del Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas le ofrecemos este *LIBER AMICORUM* como muestra de agradecimiento, aprecio y admiración por su brillante trayectoria académica, con ocasión de su jubilación de la Universidad.

La presente obra cuenta con 122 estudios científicos elaborados para la ocasión, en los que han participado 129 autores. Debido a la variedad de temas abordados en las aportaciones que se incluyen en esta obra, se ha optado por dividirlos en grandes bloques. El primer libro está dedicado a la Parte General e incluye una invitación al lector para conocer un poco mejor al Profesor Cachón, su trayectoria profesional y personal, desde la mirada de su maestro, de sus amigos y de sus discípulos. El segundo libro se consagra al Proceso Civil; el tercero al Proceso Penal; el cuarto al Proceso de Ejecución. Y, finalmente, el quinto libro, recoge Estudios históricos y de otras disciplinas, para culminar con la *Tabula Gratulatoria* con dedicatorias de compañeros y amigos que se han querido adherir al homenaje. Los estudios científicos se presentan siguiendo el estricto orden alfabético de los apellidos de los autores y han sido insertados en cada uno de los libros según la materia a la que se circunscriben.

ISBN 979-13-87543-75-4



9 791387 543754