

Nº 4

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDPUE

*Asociación de Profesores de
Derecho Procesal de las Universidades Españolas*



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
Nº 4**

Directora:

CORAL ARANGÜENA FANEGO
(Universidad de Valladolid)

Subdirectora:

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
(Universidad de Vigo)

Secretaria:

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
(Universidad de Valladolid)

tirant lo blanch

Valencia, 2021

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: V-1936-2020
ISSN: 2695 - 9976
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

Teresa Armenta Deu (*Universidad de Girona*)
José M^a Asencio Mellado (*Universidad de Alicante*)
Silvia Barona Vilar (*Universidad de Valencia*)
Chiara Besso (*Università degli Studi di Torino*)
Paolo Biavati (*Università di Bologna*)
Ángel Bonet Navarro (*Universidad de Zaragoza*)
Hess Burkhard (*Instituto Max Planck de Luxemburgo*)
Manuel Cachón Cadenas (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
Loïc Cadiet (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*)
Pía Calderón Cuadrado (*Universidad de Valencia*)
Valentín Cortés Domínguez (*Universidad Autónoma de Madrid*)
Olga Fuentes Soriano (*Universidad Miguel Hernández, Elche*)
Faustino Cordón Moreno (*Universidad de Navarra*)
Andrés de la Oliva Santos (*Universidad Complutense de Madrid*)
Antonio del Moral García (*Magistrado del Tribunal Supremo*)
Ignacio Díez-Picazo Giménez (*Universidad Complutense de Madrid*)
Vicente Gimeno Sendra (*Universidad Nacional de Educación a Distancia*)
Juan Luís Gómez Colomer (*Universidad Jaume I de Castellón*)
José Luis González Montes (*Universidad de Granada*)
Fernando Jiménez Conde (*Universidad de Murcia*)
José de los Santos Martín Ostos (*Universidad de Sevilla*)
Juan Montero Aroca (*Universidad de Valencia*)
Víctor Moreno Catena (*Universidad Carlos III de Madrid*)
Julio Muerza Esparza (*Universidad de Navarra*)
Manuel Ortells Ramos (*Universidad de Valencia*)
Eduardo Oteiza (*Universidad de la Plata Argentina*)
Giovanni Priori (*Pontificia Universidad Católica del Perú*)
Francisco Ramos Méndez (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
José M^a Rifá Soler (*Universidad Pública de Navarra*)
Carmen Senés Motilla (*Universidad de Almería*)
Isabel Tapia Fernández (*Universidad de las Islas Baleares*)
John Vervaele (*Universidad de Utrecht, Holanda*)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Soraya Amrani Mekki (*Universidad de París Ouest-Nanterre La Défense*)

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

Ignacio Colomer Hernández (*Universidad Pablo de Olavide Sevilla*)

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

Stefano Ruggeri (*Università degli Studi di Messina, Italia*)

M^a Luisa Villamarín López (*Universidad Complutense de Madrid*)

ÍNDICE

FORMAS ESPECIALES DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL. TERMINACIÓN POR RAZONES DE OPORTUNIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	8
<i>TERESA ARMENTA DEU</i>	
HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA PROYECTADA REFORMA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL ALOECRIM 2020	36
<i>ÁGATA M^a SANZ HERMIDA</i>	
EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	74
<i>JORDI NIEVA FENOLL</i>	
LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA PERSONA INVESTIGADA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	92
<i>CARMEN NAVARRO VILLANUEVA</i>	
LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA INTERCEPTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS CONVERSACIONES PRIVADAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020: ANÁLISIS CRÍTICO	123
<i>INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA</i>	
LA FASE INTERMEDIA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	149
<i>GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ</i>	
TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL: DEL RÉGIMEN ACTUAL AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	201
<i>LUIS GÓMEZ AMIGO</i>	
EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	233
<i>BEGOÑA VIDAL FERNÁNDEZ</i>	

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN DEL *WHISTLE-BLOWER*: UN PANORAMA INQUIETANTE..... 273
MIGUEL ÁNGEL ENCINAR DEL POZO

LA VINCULACIÓN DE LOS TRIBUNALES *AD QUEM* A LAS PETICIONES ACUSADORAS EN FASE DE RECURSO..... 298
SALVADOR GUERRERO PALOMARES

FORMAS ESPECIALES DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL. TERMINACIÓN POR RAZONES DE OPORTUNIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

Special forms of termination of criminal proceedings. Termination for reasons of opportunity in the draft Criminal Prosecution Law of 2020

Teresa ARMENTA DEU

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona
teresaarmentadeu@gmail.com

SUMARIO: I. ADVERTENCIA PREVIA. II. LAS FORMAS ESPECIALES DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL. INADECUACIÓN DEL TÍTULO. III. LA TERMINACIÓN POR RAZONES DE OPORTUNIDAD: Primer caso: Archivo total o parcial *ex* artículo 175 ALECrím. 2. Segundo caso: Suspensión del procedimiento y posible sobreseimiento. 3 Tercer supuesto: Aplicación de la oportunidad en la fase intermedia. 4. Cuarto supuesto: Archivo en relación con la persecución de organización criminal. 5. Quinto supuesto. Archivo por colaboración activa contra una organización criminal. IV. IMPUGNACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS ELEMENTOS REGLADOS. 1. Sobre la discrecionalidad y su control en general. 2. La impugnación de elementos reglados del artículo 180 ALECrím. 3 Procedimiento de impugnación. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA

Resumen: El trabajo se aproxima a un texto pre-legislativo sobre la terminación del proceso por razones de oportunidad. Amén de su inadecuada ubicación, se reflexiona sobre la creciente brecha en el principio de legalidad que conduce inexorablemente a una limitación de las garantías que comporta. Son cinco supuestos diferentes de otras tantas formas de terminar el proceso, archivándolo o suspendiéndolo por: discrecionalidad, cumplir obligaciones o reglas de conductas, solicitarlo las partes, salvaguardar otra investigación en curso o premiar el arrepentimiento o colaboración. La valoración varía según los casos, pero en su conjunto, la importante apuesta reformadora merece una visión completa que integre los aspectos orgánicos y una regulación más atenta al equilibrio de facultades y control judicial y a la participación de la víctima.

Palabras Clave: Discrecionalidad, Oportunidad, Archivo, Suspensión. Colaboración premiada. Organización criminal

Abstract: The paper approaches a pre-legislative text on the termination of the process for reasons of opportunity. In addition to its inadequate location, it reflects on the growing breach in the principle of legality that leads inexorably to a limitation of the guarantees it entails. There are five different cases of as many ways of terminating the process, archiving or suspending it for: discretion, fulfilling obligations or rules of conduct, at the request of the parties, to safeguard another ongoing investigation or to reward repentance or collaboration. The assessment varies from case to case, but as a whole, the important reforming proposal deserves a complete vision that integrates the organic aspects and a regulation more attentive to the balance of powers and judicial control and to the participation of the victim.

Key words: Discretionality, Opportunity, Archive, Suspension. Rewarded collaboration. Criminal organization

I. ADVERTENCIA PREVIA

Las líneas que siguen se elaboran sobre un texto cuya cabal comprensión precisaría cuando menos de otros, actualmente “en espera” o simplemente inexistentes¹.

En estas condiciones, muchas de las consideraciones surgen ineludiblemente sometidas a variaciones y correcciones o pueden resultar insuficientemente fundamentadas, y por ende, parcialmente erróneas.

Se alude, por ejemplo, a Ley Orgánica del Poder Judicial o Ley de Demarcación y Planta, entre otras, o a innovaciones, como el recientísimo “Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los Municipios”. Y muy singularmente, a una nueva regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: que “refuerce su autonomía y colegialidad” (Exposición de Motivos, XIX,6), (artículo 88 a) que remite a las “facultades previstas en el EOMF”), la regla de asignación de asuntos al MF (art. 93.1), los Equipos de Investigación (art. 97) o, sin exhaustividad, su relación con la policía judicial (Exposición de Motivos, XXI,2,3 y 4); aspectos todos ellos determinantes para articular la nueva figura del Ministerio Fiscal, su dirección de la investigación penal y las diversas modalidades agrupadas en el capítulo II del Título IV (Formas especiales de terminación del procedimiento), terminación por razones de oportunidad².

¹ Este trabajo se ha realizado disfrutando del I+D+I (PID2020-112683GB-100)

² La propia Exposición de Motivos señala: “La regulación que la presente ley dedica al Ministerio Fiscal ha de ser, por ello (sic: sus nuevas funciones) desarrollada en sus aspectos orgánicos en las normas del Estatuto relativo a dicha institución, al que se remite el propio artículo 124 CE” (XIX, 4 apartado). Pero, es más, los apartados 7 a 13 enfatizan la creación de estructuras colegiadas permanentes, ca-

Así las cosas, y sin echar en saco roto otras consideraciones, como las necesarias previsiones personales (un enorme incremento del número de fiscales, por ejemplo o aportar una memoria económica) entre otros múltiples aspectos requeridos de aclaración) ni siquiera una aplicación analógica y probablemente forzada de la regla “rebus sic stantibus” sería suficiente para salvaguardar el acierto de mucho de lo que se dirá a continuación.

II. LAS FORMAS ESPECIALES DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL. INADECUACIÓN DEL TÍTULO COMÚN

El Título IV (Formas de terminación del procedimiento penal) del *Libro I (Disposiciones Generales)* del ALECRim se divide en tres capítulos, correspondientes, según su orden de exposición a: 1) la conformidad, 2) la terminación por razones de oportunidad y 3) la justicia restaurativa.

La denominación o título del Título: “formas especiales de terminación del proceso”, con ser la única común a las tres, resulta inadecuada y desde luego no da idea de la importancia cuantitativa y cualitativa que puede conllevar en el conjunto del modelo procesal penal.

Incluir las tres instituciones en un solo Título, dentro del *Libro sobre Disposiciones Generales*, obedece probablemente a querer unificar las diversas modalidades de la *gaseosa concepción del principio de oportunidad*, derivada de comprender en el mismo toda suerte de variantes que no culminan con el desarrollo completo del proceso y su finalización mediante sentencia, como puede deducirse de su mención en la Exposición de Motivos (XXV, XXVI y XXVII). De esta manera, se diluye, una vez más, la trascendencia de esta continua constricción del principio de legalidad, por una parte, y paralelamente se equiparan instrumentos procesales de origen, fundamento y finalidad diversas, más allá de en algunos casos —ni siquiera en todos³— poner fin al proceso penal.

paces de actuar con autonomía plena y máxima eficiencia (...) “las decisiones que se adopten en el seno de cada equipo de fiscales no serán, por tanto, fruto exclusivo de la actuación solitaria de uno de sus integrantes sino el producto de un proceso de reflexiones y responsabilidad colegiadas” y más adelante “el funcionamiento mediante equipos ha de asegurar, en suma, la unidad de criterio, la optimización de recursos y constante control de calidad del trabajo, dando al tiempo la necesaria autonomía a las funciones de dirección de la investigación oficial y al ejercicio de la acción pública”. Autonomía y colegialidad, se recalca. En muchos aspectos, pero en la materia que me ocupa —el ejercicio de la discrecionalidad— esta nueva configuración debe ser aclarada y desarrollada, para poder aprehender el alcance de su ejercicio en materia tan relevante.

³ No se sucede, por poner algún ejemplo, en el caso en que ante el incumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta del art. 176 se reanude el proceso; en el de revocación del 176, o en los de justicia restaurativa que remiten a otro medio, como la mediación.

1. SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. BREVE EXCURSUS

En el primer sentido, y como ya señalara en otro trabajo⁴, sobre el concepto de principio de oportunidad cabe significar una concepción más delimitada que exigiría una concreta determinación subjetiva en cuanto a los órganos públicos, amén de otras objetivas y teleológicas y, otra atañente desde el punto de vista subjetivo tanto a sujetos públicos como privados y objetivamente al total del “iter” procedimental, esto es, su inicio, el completo desarrollo de todas y cada una de sus fases y la ejecución de la condena que se imponga. Una concepción más amplia es aquella que no sólo extiende el principio de oportunidad al ámbito del desarrollo del proceso sino más allá al del derecho penal, abarcando los diversos mecanismos que inciden en mayor o menor medida en el principio de legalidad, excepcionándolo, desde la mediación hasta los medios sustitutivos de la pena, pasando por lo que se ha dado en llamar mecanismos de *diversion*⁵.

Desde esta última perspectiva, la justicia restaurativa podría quedar comprendida, pero no la conformidad, que responde al principio del consenso⁶. Su vertiente más restringida, y a mi juicio más adecuada, es la que el pre-legislador, ya en el articulado, hace referencia a “razones de oportunidad” en el segundo de los capítulos, cuando menciona aquellas modalidades procesales dirigidas al Fiscal o al órgano judicial que se circunscriben al contenido de sus obligaciones esenciales en el proceso penal, y se encaminan a enervar dichas obligaciones o parte de las mismas, en razón del uso de facultades discrecionales, regladas o no.

Téngase presente además, que pese a no desconocerse las ventajas de una cierta “flexibilización” en la aplicación del principio de legalidad, éste último es la garantía más importante que la sociedad ha articulado frente al ejercicio del poder. Y no nos engañemos, aunque sea en nombre de la eficacia, limitarlo significa limitar la garantía. Una vez más se requiere la incesante búsqueda de equilibrio entre las ventajas e inconvenientes, mejor aún, entre el fin que se vende y el precio a pagar por el mismo.

Como la historia nos enseña y lamentablemente tendemos a olvidar, desde Aristóteles y Tomas de Aquino hasta la actualidad, desde una ley que

⁴ “Principio de oportunidad vs principio de legalidad ¿Una esperanza para la mediación en el proceso penal?”, (2014) en AAVV, “Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004” (Castillejo Manzanares, dir. y Sande Mayo y Torrado Tarrío, coord.), Universidade de Santiago de Compostela

⁵ BACIGALUPO, “Descriminalización y prevención”, en revista “Poder Judicial” n° especial, 1987.

⁶ AGUILERA MORALES, M,(1998), “El principio de consenso: la conformidad en el proceso penal español”, Cedecs.

es “la razón desprovista de la razón”⁷ o una ley humana que si se aparta de la natural ya no es ley, hasta el contractualismo moderno, la autoridad estatal ha encontrado un freno y los ciudadanos una garantía en el principio de legalidad⁸. En este último sentido, se ha dicho con acierto que el gran reto del principio de legalidad no reside en su consagración formal, sino en averiguar las concretas exigencias jurídicas que el mismo requiere para satisfacer su contenido de garantía penal⁹.

El principio de legalidad ha sido concebido histórica y dogmáticamente como una exigencia de seguridad jurídica que permite el conocimiento previo de los delitos y las penas, actuando de escudo y limitación del poder, lo que explica que en rigor surja ante la existencia de intereses generales, proyectándose sobre los sujetos públicos. La máxima “nullum poena sine lege” no nace con propósito ordenador o racionalizador, sino como límite al “ius puniendi”. Como Voltaire señaló: “la libertad consiste en depender tan sólo de las leyes”, idea aceptada por Kant y con él la filosofía política del liberalismo decimonónico que abrazó el modelo de legitimación legalista trazado por Rousseau¹⁰. Desde entonces, el principio de legalidad evolucionó de una condición dualista, que comportaba reserva penal y tributaria, a un modelo constitucional de reserva legal absoluta, de manera que la ley no sólo es norma superior sino también primaria y vincula a cualquier actuación de los órganos estatales¹¹.

La posterior “crisis” del principio de legalidad y con él de la idea codificadora se empieza a percibir con la complejidad social y la multiplicación de leyes alejadas de la voluntad general. A partir de ahí la autonomía de la voluntad va cediendo en favor de diversos “realismos” prefiriendo una creación judicial del derecho que parece acomodarse más a un derecho vivo. Paralelamente al incremento de la complejidad social y jurídica, el principio de legalidad se ha vuelto más rebuscado desde un punto de vista técnico,

⁷ ARISTÓTELES, “Política”, ed de Julian Marias y Maria Araujo, I.E.P, Madrid, 1951, Libro III, Cap. 16.

⁸ En un magnífico trabajo LAMARCA PÉREZ, C, nos conduce por la “La formación histórica y significado político de la legalidad penal”, en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 1987. Ahí se cita la “Suma Theologica”, 1^a, 2^a, quw.95. Art. E, traducción de F.Barbado y otros, B.A.C., vol.VI, Madrid 1954, pp. 168-68.

⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G, voz “Legalidad (Principio de)”, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XIV, F.Seix, Barcelona 1979, p. 886.

¹⁰ Cfr. LAMARCA PÉREZ, C, cit., quien a su vez cita a KANT, I, “Metaphysische Aufgsg Gründe der Rechtlehre”, primera parte de la “Metaphysik der Sitten” (1797), traducción francesa de J.Tissot, “Librairie de landgrange”, París, 1953, p. 185 y ROUSSEAU, J.J, “Du contrat social ou Principes du Droit Public (1762), ed. de S.Maso, “Escritos de combate”, Alfaguara, Madrid, 1979, p. 494.

¹¹ GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNÁNDEZ, T.R, “Curso de derecho administrativo”, 1, 3^a ed, Cívitas, Madrid, 1979, p. 222ss.

singularmente en el campo del derecho administrativo, pero también en el que centrará nuestra atención, el penal y procesal penal. Línea ya iniciada históricamente con los ataques a la escuela de la exégesis criticando el formalismo jurídico y exigiendo recuperar la función rehabilitadora del juez, y que confluye con el realismo¹².

Para finalizar esta breve referencia histórica¹³, recordar, que a partir de la atribución del monopolio de la producción jurídica al Estado, el absolutismo no puede considerarse origen ni precedente del principio de legalidad, pero si su presupuesto indispensable, esencialmente, porque entre los S.XVI y XVIII el desarrollo de las garantías individuales en el pensamiento liberal se genera por reacción frente al absolutismo político¹⁴. La ley elaborada por las Asambleas democráticas se legitima por la participación popular para determinar los delitos y las penas y se consagra en las Declaraciones de 1789 y 1791 y en la Constitución 1793 francesas. En términos de Feuerbach: la existencia de una pena requiere una ley penal (*nulla poena sin lege*), condicionada a su vez por la descripción de una conducta en la ley (*nulla poena sine crimene*), que precisa y resulta condicionada, por último, por la pena legal (*nullum crimen sine poena legal*)¹⁵. La doctrina procesal posterior ha dedicado relevantes aportaciones que no son del caso citar aquí, atendido el objetivo que título señala.

2. LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Volviendo a las llamadas por el Anteproyecto, “formas de terminar el proceso”, decía que la denominación no es adecuada, cuando en la Exposición de Motivos (XXVI) equipara principio de oportunidad y conformidad, asimilando la discrecionalidad, ínsita en no ejercitar la acción penal, con la atenuación de la pena (rebaja de un grado que el fiscal “podrá solicitar” con arreglo al art. 170,5) fruto e incentivo de una negociación, y menos aún, en el supuesto de la justicia restaurativa¹⁶. Sería más correcto el que figura en

¹² F. GENY, “Métodos de interpretación y fuentes de derecho privado positivo”, 1898, citado en el trabajo ya citado de LAMARCA PÉREZ, C, “Formación histórica...” apartado II. También ahí se cita a RUMBLE, W, “American Legal Realism”, Cornell University Press, Itaca, New York, 1960 (nota 23).

¹³ Que ya incluía en otro trabajo, “Principio de legalidad vs. Principio de oportunidad: una ponderación necesaria” (2013) en AAVV (J. Picó Junoy, dir.), “Principios y Garantías Procesales (Liber Amicorum en homenaje a la Prof. Victoria Berzosa)”, Bosch Editor, pp. 441-456.

¹⁴ Para la que hemos seguido el texto citado de LAMARCA PÉREZ, C, “Formación histórica y significado...”, *passim*.

¹⁵ Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Techts”, (1801), 14ª ed, anotada por Hitterhaier, iessen, 1847, par 20, p. 41.

¹⁶ Arts. 181 ss.

el apartado XXV de la Exposición de Motivos (Mecanismos alternativos a la acción penal. Principio de oportunidad) aunque en tal caso no comprendería los tres mecanismos, salvo al referirse a la justicia restaurativa).

El último Título del Libro primero del Anteproyecto no sitúa, de hecho, ante tres instrumentos cuyo fin último es reducir la duración del proceso, cuando no cercenarlo desde el inicio, pero acudiendo a métodos y mecanismos que deben ser diferenciados. Coinciden, en estar claramente conectados con una posición determinante y superior del órgano oficial de la acusación, que idealmente debería operar en exclusiva y, en su defecto, con la intervención limitada de los restantes acusadores, tendencia que se detecta a lo largo del Anteproyecto al configurar la figura de las restantes partes acusadoras¹⁷. Difieren, no obstante, en su estructura y la filosofía que los informa.

En el caso del ejercicio de discrecionalidad hasta los dos años, se trata de una opción relativamente novedosa —ya se preveía en el caso de determinados delitos leves— que otorga un relevante poder al MF como “dueño” de la acusación, que sólo se justificaría, en su caso, con un cambio de su figura de calado, tanto en lo institucional como en lo orgánico (se vuelve aquí a echar en falta la reforma de su Estatuto Orgánico). En esta hipótesis, no aparece, empero, colaboración, negociación, premio o fin restaurativo alguno, salvo en el supuesto contemplado en el art. 179 ALECrim. La iniciativa y decisión corresponden al órgano oficial de la acusación o al Juez de Instancia, quien deberá valorar una serie de cuestiones que veremos en seguida.

En los supuestos de conformidad, por su parte, la iniciativa y desarrollo corresponde a acusador y acusado, apelando en esta última hipótesis a la renuncia de un amplio abanico de derechos que se requieren para negociar: una suspensión o un fin anticipado que deberían beneficiarle, incentivándole incluso con una rebaja discrecional de la pena por parte del otro negociador, el MF.

En cuanto a la justicia restaurativa, finalmente, el fin no es terminar anticipadamente el proceso penal, sino buscar un medio alternativo (complementario, mejor) que nace necesariamente de una voluntad conjunta y que se ancla en el beneficio de la víctima, que debe ser reparada¹⁸.

¹⁷ Arts. 116ss.

¹⁸ En una aproximación de urgencia, como ya señalara (“La víctima como parte procesal, justicia restaurativa y mediación penal: conexiones y paradojas” en AAVV (SOLETO y CARRASCOSA, dir) (2019) “Justicia restaurativa. Una justicia para las víctimas”, Tirant lo Blanch, pp. 391-492): la justicia restaurativa constituye un auténtico cambio de paradigma anclado en la idea del fracaso del modelo actual

Desde el punto de vista valorativo, finalmente, es plausible incorporar a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sujetando al imperio de la ley, prácticas que —en el caso de la mediación penal y de algunas formas de “oportunidad”, constituían precisamente actuaciones “contra legem” o más allá de la Ley”, pero precisamente por su necesidad, requieren de un rigor en el uso de los conceptos y una regulación coherente con otras normas, más elaborada y más garantista: en su propia configuración y en la atención a sujetos como la víctima, olvidada pese a la atención preminente que le confiere la vigencia del Estatuto de la víctima del delito¹⁹.

III. LA TERMINACIÓN POR RAZONES DE OPORTUNIDAD

Como acabo de adelantar, ésta modalidad relativa al uso de la discrecionalidad “reglada” no se contempla con el necesario rigor dogmático y legal que exigiría la reforma.

Es conocido que la discrecionalidad supone la atribución por el ordenamiento —una concreta norma, en realidad— de un margen de opción configurado por una pluralidad de soluciones, todas válidas en la medida en que se adecuan a la previsión legal, de manera que en ese margen cualquier resolución discrecional es legal, teniendo los presupuestos y requisitos la función de reglar la repetida discrecionalidad²⁰.

En el marco del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, la discrecionalidad otorga facultades al Fiscal conducentes a archivar o suspender el proceso, en diversos supuestos, siempre y cuando se cumplan diversos presupuestos, requisitos o condiciones, que se denominan “elementos reglados”. Facultad que se extiende al juez de la Audiencia Preliminar en la fase intermedia.

y en la necesidad imperiosa de acudir a una alternativa que dé un giro de ciento ochenta grados a la relación entre la víctima y el Estado; una profunda revisión de la mentalidad tradicional sobre la función del sistema penal y los modos de afrontar las situaciones creadas por el delito. Más en profundidad, en el ámbito nacional: TAMARIT SUMALLA, J.M., “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, en VVAA, Tamarit (coord.), “La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones”, Granada Comares, 2012, pp. 3ss; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coord.) “Una mirada hacia la justicia restaurativa. Recuperando el derecho perdido” en Criminología y Justicia, nº 4 y CASTILLEJO MANZANARES, R, “Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas” (original facilitado por la autora) de próxima publicación.

¹⁹ Ley 4/2015, de 27 de abril.

²⁰ Desarrollada esencialmente por la doctrina administrativa, una buena aproximación en BACIGALUPO, M, “La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución”, Marcial Pons, 1997.

Las explicaciones que “justifican” esta nueva figura en la Exposición de Motivos resultan cuando menos confusas, y en algunos casos, como se verá, discutibles. En el segundo párrafo del apartado XXV se nos dice que *“la introducción limitada de la oportunidad no ha de ser entendida como mera discrecionalidad técnica en la interpretación del ámbito de aplicación de la norma penal, sino como verdadera plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad”*.

Dicha “justificación” resulta contradictoria, si se conecta con lo explicitado en los párrafos 6 y 7 del apartado XXV de la propia Exposición de Motivos (instrucciones generales de política criminal del FGE, unidad de actuación, igualdad en la aplicación de la ley penal, y adecuación al caso concreto).

Cierto que la política criminal es responsabilidad del Gobierno, y cierto también que en algunos ordenamientos se justifica la dependencia del MF de aquél por actuar como “brazo ejecutor” para su consecución. A mi juicio, sin embargo, para fundamentar los casos que luego se comprenden en los arts. 175, 176, 177, 178 y 179, no cabe apelar a dicho argumento, que correspondería a las diversas propuestas que en tal dirección pudieran hacerse en el marco del derecho penal. Por otra parte, diferenciar —negando— que se trata de casos de discrecionalidad técnica, choca con el control que luego propone el mismo texto en el art. 180 y sobre el que centraré mi atención al final de este trabajo²¹.

Por otra parte, la Exposición de Motivos, en el último párrafo del número XXV, aclara explícitamente, que con la regulación de los diferentes supuestos se quiere acabar con una realidad práctica que aplica el principio de oportunidad bajo la cobertura de otras figuras procesales de finalidad diversa. Y para “evitarlo” se quiere sustituir este régimen solapado y encubierto por un régimen jurídico completo, explicitando los casos, los requisitos necesarios y los límites legales que en ningún caso pueden franquearse y están sujetos a control judicial. Como veremos, esta justificación resulta un tanto insuficiente, y por otra parte, “ni siempre resulta una solución alternativa”, ni la configuración de la “discrecionalidad reglada” y el equilibrio de la misma con el control judicial resulta real en algunos supuestos.

²¹ Sobre el control judicial de la discrecionalidad, BARNES VÁZQUEZ, J, “Una nota sobre el análisis comparado: A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, Civitas, 1996.

Desde el punto de vista “pre-normativo” el art. 174 ALECRim, como “Reglas generales” prescribe que el procedimiento podrá concluir por razones de oportunidad a los fines de prevención que constituyen su fundamento. Esta primera mención al inicio del art. 174.1 no resulta especialmente esclarecedora, ni siquiera a la luz de las palabras contenidas en la Exposición de Motivos. Convendría una mejor explicación, sin duda. El párrafo termina con la plasmación de su carácter reglado: “Solo cabrá la aplicación de criterios de oportunidad en los casos y con los requisitos fijados en este capítulo”. Esta afirmación, perfectamente acorde con la limitación al principio general de legalidad que informa el proceso penal, muestra, no obstante, la contradicción de incorporar bajo ese paraguas conceptual a la conformidad y a la justicia restaurativa simultáneamente; algo a lo que ya me he referido previamente.

En un afán algo “reglamentista” para fijar las múltiples facultades reconocidas al Ministerio Fiscal, el segundo párrafo del artículo 174 prescribe que corresponde al Ministerio Fiscal apreciar las causas que permiten concluir el procedimiento por razones de oportunidad (art. 174,1 ALECRim); y paralelamente, que la persona investigada en ningún caso tiene derecho a instar la conclusión del procedimiento por razones de oportunidad. Más reafirmación aún de las importantes diferencias entre los tres repetidos instrumentos (oportunidad, conformidad y justicia restaurativa). En los dos últimos, el investigado, no tiene necesariamente la iniciativa, pero su concurso, junto al MF y la víctima, son determinantes aunque con objetivos diferenciables, tanto en el caso de la justicia restaurativa, como en el de la conformidad. Difícilmente cabría pensar, de otro lado, en un derecho a la aplicación de criterios discrecionales por parte de la persona investigada.

Innecesaria aunque cierta resulta la prescripción conforme a la cual, corresponde a la autoridad judicial el control del cumplimiento de los elementos reglados que permiten la aplicación del principio de oportunidad (art. 174.3 ALECRim). La apostilla “en la forma prevista en este capítulo” no se ajusta a la construcción dogmática y jurisprudencial sobre el control de la discrecionalidad, como se pondrá de relieve al hilo del contenido del art. 180 ALECRim²².

²² Una primera y didáctica aproximación en ESTEVE PARDO, J, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Marcial Pons, 10ª ed, pp. 103-111. Como se define: “Lo característico de la discrecionalidad es que ofrece toda una serie de opciones, que siempre que no rebasen el marco o margen de discrecionalidad fijado por la norma, resultan plenamente aceptables y conformes con el principio de legalidad, pues esa misma legalidad la que permite esa diversidad de opciones”.

Veamos caso por caso.

1. ARCHIVO TOTAL O PARCIAL EX ARTÍCULO 175 ALECRIM

En el caso de delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años, con multa cualquiera que sea su extensión o privación de derechos que no exceda de 10 años, el fiscal podrá decretar el archivo total o parcial de la investigación siempre que: a) la incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos que debe resultar mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en que esta se produjo, y b) la comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena (art. 175,1 ALECRim).

Cumplidos los límites señalados el fiscal puede decretar el archivo, si, además, se salvaguarda el derecho a obtener la reparación civil, y no se comete un nuevo delito en el plazo de prescripción de la infracción.

Aún así, cumpliéndose todas estos requisitos y presupuestos, el prelegislador entiende, que, atendiendo a evitar casos que proyecten aquella facultad sobre materias inadecuadas o constituyan supuestos incompatibles con la finalidad institucional del MF, se excluye el uso de esta potestad en tres supuestos: a) cuando el hecho se haya cometido con violencia o intimidación, b) el investigado haya sido condenado ya por delito de igual naturaleza o varios de distinta naturaleza o la víctima sea menor a trece años, o c) se trate de un delito de violencia de género o relacionado con la corrupción.

Como recalcaré en su momento, y para alcanzar el necesario equilibrio (afirma el redactor de la Exposición de Motivos) entre el uso de la discrecionalidad y el necesario control judicial de los elementos que la reglan, la concurrencia de la mayoría de circunstancias expuestas podrán ser objeto de revisión judicial, mediante recurso frente al decreto del fiscal. Pero no todas. La discrecionalidad no resulta revisable cuando se refiere a la valoración del fiscal sobre: a) la incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos que debe resultar mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en que esta se produjo, y b) la comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena.

2. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y POSIBLE SOBRESEIMIENTO

Previsto en el art. 176 ALECrím, presenta diferencias con el supuesto anterior. En primer lugar, no se trata de un archivo sino de una suspensión del procedimiento con posible sobreseimiento final. En segundo lugar, se amplía notablemente el ámbito penológico: hasta delitos con penas de hasta 5 años o cualesquiera otra pena de distinta naturaleza. En tercer lugar, en tanto la iniciativa de la suspensión también se atribuye al fiscal, el sobreseimiento, en su caso (esto es, cumplidas toda una serie de condiciones) o mejor su solicitud se extiende asimismo al interesado. Y en cuarto lugar, se da entrada a la víctima, tanto a la hora de decretar la suspensión (art. 176,2 c) como en la audiencia para acordar el sobreseimiento, si bien en términos no suficientemente claros, como veremos, en este segundo caso.

Además del límite penológico señalado, se añade la remisión a los requisitos fijados en el artículo anterior, es decir, que la comisión del delito no haya sido violenta o con intimidación, el investigado no debe haber sido condenado ya por delito de igual naturaleza o varios de distinta naturaleza o la víctima ser menor a trece años, o se trate de un delito de violencia de género o relacionado con la corrupción.

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 176 requiere específicamente, a) el reconocimiento de la responsabilidad a través del “reconocimiento de hechos” que se contempla en el art. 322 del ALECrím, b) el compromiso expreso de cumplir las obligaciones y reglas de conductas que luego se indicarán, y c) que la persona ofendida o perjudicada haya mostrado su conformidad con la suspensión y las obligaciones y reglas de conducta impuestas a la persona investigada.

Y también, que se cumplan las obligaciones o reglas de conducta que se señala el propio texto en el art. 176 1:

- a) indemnizar, satisfacer moralmente al ofendido o perjudicado,
- b) dar al ofendido o perjudicado satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente,
- c) entregar a instituciones la cantidad fijada para obras sociales o comunitarias
- d) no acudir a determinados lugares,
- e) no aproximarse a la víctima, familiares u otras personas que determine el fiscal, o no comunicarse con ellos,
- f) no ausentarse del lugar de residencia,

- g) comparecer en fiscalía o lugar fijado para informar de sus actividades y justificarlas,
- h) participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares
- i) someterse a deshabitación en el centro o servicio debidamente acreditado, sin abandonarlo, o
- j) cumplir los deberes que señale el fiscal para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad.

El plazo para el cumplimiento se fijará —por el fiscal, se sobreentiende— atendiendo a las circunstancias de la persona encausada, sin que pueda exceder de dos años (art. 176,4) siendo vigilado por él mismo, sin perjuicio de dictar las órdenes pertinentes a la policía judicial, y recabar el apoyo necesario de los servicios sociales y autoridades administrativas (art. 176,5).

Adicionalmente, la suspensión queda supeditada a que no se delinca en el plazo de dos años, espacio temporal en el que quedará en suspenso el cómputo de la prescripción (art. 176,2 3). Si se delinque, el fiscal solicitará del Juez de Garantías la reapertura del procedimiento (art. 176,7 ALECRim)²³.

Trascurridos dos años sin volver a delinquir y cumplidas las obligaciones o reglas de conductas en el tiempo establecido: el fiscal de oficio o a petición del interesado remitirá el procedimiento al Juez de Garantías para el sobreseimiento, previa audiencia a la víctima (art. 176.6 ALECRim). Y, una vez ante el Juez de Garantías, el Anteproyecto señala que se acordará el sobreseimiento con pleno efecto de cosa juzgada, siempre que, se sobreentiende, se hayan cumplido las obligaciones y reglas de conducta, aspecto cuyo control corresponde al fiscal, con las ayudas que recabe en su caso (art. 176,5 ALECRim).

Contrastando este precepto con el art. 180 ALECRim, constituyen aspectos revisables de la regulación o elementos reglados impugnables: el límite penológico, los requisitos incluidos en el art. 175,2 y 3 [no mediar violencia, reincidencia beneficio anterior de la oportunidad o víctima menor de 13 años y exclusión violencia de género y corrupción (art. 180,1,2,b)], y el reconocimiento de responsabilidad, el compromiso de cumplir las obligaciones y reglas de conducta, y la conformidad del ofendido con la suspensión y obligaciones o reglas de conducta, así como no delinquir durante dos años.

²³ Con plena sujeción al principio de legalidad. Afirmación que suscita dudas, por ejemplo, a si cabría una conformidad o la remisión a la justicia restaurativa, o quedan excluidas expresamente.

El Juez de Garantías efectuará un control previo, cuando se le remita el procedimiento en las condiciones ya señaladas, sin perjuicio del que se pueda efectuar en caso de recurso, ex art. 180,1 y 2 b ALECrím.

De forma más plausible, la víctima participa en dos momentos. La primera cuando muestra o no su conformidad con la suspensión y las obligaciones o reglas de conducta. No queda claro, empero el alcance de su conformidad, si abarca la elección de una u otra medida, pudiendo proponer alguna diferente entre las citadas o expresar si se da por satisfecha moralmente con la propuesta, o no es así²⁴. Y en segundo lugar, en la audiencia que le otorga el Juez de Garantías al recibir la petición de sobreseimiento con plenos efectos de cosa juzgada (art. 176.6 ALECrím), tampoco se especifica cual es el alcance de la intervención de la víctima. Si su oposición, por ejemplo, en caso de denuncia de la falta de incumplimiento de alguno de los elementos reglados conduciría —como en el caso de incumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta o de que se haya delinquirido durante dos años— a la reapertura del proceso. Piénsese, por ejemplo, del incumplimiento de alguno de los requisitos señalados en el apartado 2 del art. 176 ALECrím.

Sea cual sea el alcance de la intervención y manifestaciones de la víctima, quedan fuera del control mediante recurso: la elección de las diferentes obligaciones o reglas de conducta y su idoneidad al caso concreto, incluido que cumplir los demás deberes que el fiscal estime conveniente para su la rehabilitación del investigado, aún con su acuerdo, atentara contra su dignidad como persona (apartado j) art. 176,1 ALECrím).

3. TERCER SUPUESTO: APLICACIÓN DE LA OPORTUNIDAD EN LA FASE INTERMEDIA

Con el título “Aplicación de la oportunidad en la fase intermedia”, el art. 177 ALECrím efectúa una remisión general y poco desarrollada de los dos casos examinados, cuando parece claro que se trata de hipótesis a duras penas parangonables.

En primer lugar, no nos encontramos de un caso de discrecionalidad cuando se refiere a la remisión del 177.1 ALECrím al Juez de la Audiencia Preliminar, ya que precisa de que “lo soliciten todas las partes personadas” y no corresponde a una decisión personal del director de la investigación; parece más bien un caso de acuerdo entre las partes, más semejante a la

²⁴ El apartado b) entre las obligaciones o reglas de conducta prescribe “dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada o suficiente”.

conformidad. La diferencia en esta hipótesis se centra en el cumplimiento de “las razones de oportunidad señaladas en los artículos anteriores”. A este respecto, aunque no se especifique, la mención en el párrafo 2 del cumplimiento de las obligaciones de las reglas de conducta, pudiera hacer pensar que la remisión lo es al art. 175 ALECRim; sin embargo, se suscita la duda de poder archivar el proceso en la fase intermedia, si sorprendentemente se pensara que concurre alguna de las circunstancias contempladas en el art. 175,1 ALECRim²⁵, en cuyo supuesto la conjugación con lo dispuesto en el art. 177.2 y 3 resultaría difícil²⁶. De ahí, que deba entenderse que la remisión debe ser al art. 176, y quizás —para justificar el uso del plural— al art. 174 ALECRim.

La prescripción sobre la imposibilidad de una nueva aplicación del principio de oportunidad, en el caso de comisión de nuevo delito o incumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta reproduce el interrogante sobre si sería posible una conformidad o la remisión a alguna modalidad de justicia restaurativa.

Finalmente, la remisión del art. 180 a esta modalidad en el primero de sus párrafos plantea que no se trata de un decreto sino de auto lo que dicta el Juez de la Audiencia Preliminar, y por ende, resulta inaplicable la remisión que se hace al procedimiento del art. 322 del propio Anteproyecto para la revisión sobre el incumplimiento de los elementos reglados. Y, unido a ello, si cabe hablar de potestades regladas cuando se tramita ante y por un órgano jurisdiccional y lo solicitan las partes. La oportunidad se sometería a condiciones, requisitos o presupuestos, pero no al ejercicio de una discrecionalidad reglada que casa mal con el ejercicio de la potestad judicial. Y cuya revisión debería efectuarse en todo caso a través de los recursos previstos para los órganos jurisdiccionales.

²⁵ Incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos mínima o insignificante dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que este se produjo, culpabilidad que pueda reputarse mínima resultando la imposición de la pena irrelevante a efectos de “utilidad pública o comisión de la infracción que hubiera causado a su autor un perjuicio grave que hiciera innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de pena alguna.

²⁶ Sí resultarían aplicables, como en el caso del art. 176, la imposibilidad de aplicar las reglas de oportunidad en delitos de violencia de género o relacionados con la corrupción; y la limitación cuando se trate de comisión con violencia o intimidación, condena anterior por el mismo delito de idéntica naturaleza o varios del mismo tipo, haberse beneficiado anteriormente de la aplicación de alguno de los supuestos de oportunidad establecidos o ser la víctima menor de trece años.

4. ARCHIVO EN RELACIÓN CON LA PERSECUCIÓN DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL. ASPECTOS GENERALES

Junto a estos casos de archivo o suspensión por causa de oportunidad, tres en realidad, se incorpora —señala la Exposición de Motivos— “un supuesto adicional” de oportunidad relacionado con la persecución de organizaciones criminales. Se pretende —señala textualmente: “evitar con ello que el desarrollo de una investigación relativa a una infracción de menor importancia ponga en grave peligro el curso de un procedimiento más complejo relacionado con una red de criminalidad organizada”. Para continuar: “Precisamente en relación con las actividades de las organizaciones criminales, se establece un supuesto de oportunidad asociado a la figura del arrepentido”²⁷.

A mi juicio, empero, se trata de dos casos diversos, cuyo punto común es el tipo de delictivo (y no del todo), pero difícilmente en el por qué de la llamada oportunidad.

En el primero (art. 178 ALECRim) se permite archivar una investigación por resultar imprescindible para salvaguardar la tramitación de otro proceso en curso. En el segundo (Art. 179 ALECRim), el archivo responde a premiar la colaboración activa contra una organización criminal. El ámbito objetivo de aplicación varía (terrorismo y organización criminal en el supuesto del art. 178, sólo organización criminal en el del 179) y también las garantías en juego (sólo se exige que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles en la hipótesis del art. 179 y no en la del 178), así como el control judicial, ausente en el supuesto del art. 178 del repetido ALECRim.

5. CUARTO SUPUESTO: ARCHIVO PARA PRESERVAR LA INVESTIGACIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Esta aplicación del principio de oportunidad se orienta, más que a acelerar o eludir la investigación, a hacerla posible, mediante archivar otra en curso, en la medida en que la que se quiere salvaguardar haya sido declarada secreta y exista proporción entre la necesidad de preservación de la investigación del procedimiento en curso y la relevancia del delito cuyo

²⁷ Este supuesto —continúa— se sujeta nuevamente a claros límites reglados y a condiciones que aseguran que la decisión de oportunidad solo será efectiva cuando el arrepentimiento sea real, la colaboración prestada sea activa y sustancial y siempre que las víctimas del delito cometido hayan sido resarcidas”.

procedimiento se archiva, que debe referirse al crimen organizado (una organización criminal).

El ámbito objetivo de aplicación se extiende a los delitos de terrorismo, si bien nada se dice en el articulado sobre la escasa relevancia de la causa que se archiva. Tan sólo que la causa en peligro debe referirse a un delito de terrorismo o a actividades de una organización criminal (art. 178.1 ALE-Crim). Nada más. Ninguna explicación sobre la causa que se archiva, quizás definitivamente, más allá de generar un riesgo para la investigación de otra en curso. Esta situación impide tener en cuenta la existencia de la mencionada proporcionalidad y dificulta enormemente la garantía de aplicación en condiciones de igualdad, circunstancias ambas relevantes a los efectos de un control judicial de los elementos discrecionalidad, que quizás por eso no se contempla en el Anteproyecto.

El archivo es reservado y secreto para las restantes partes del primer proceso y potencialmente del segundo; algo factible en la medida en que el primer apartado del art. 178 requiere, como se ha adelantado, que la causa cuya tramitación está en riesgo ha sido declarada secreta. Obviamente, la víctima no tiene conocimiento, ni se le da traslado alguno, al contrario de lo que sí acaece en el caso del art. 176.

Como elemento equilibrador —aunque a mi juicio imperfecto— el decreto del fiscal archivando la causa se debe ser remitido al Juez de Garantías, inmediatamente, junto con los documentos acreditativos del riesgo para la tramitación del primer delito; surtiendo efecto mientras no sea revocado. El imperativo temporal “inmediatamente” debería concretarse en plazos específicos. Primero, por mera exigencia de seguridad jurídica, y en segundo lugar, por el riesgo que comporta el mantenimiento de efectos en tanto no sea revocado. Parece claro, que si el archivo encuentra su razón de ser en razones de urgencia, esta misma circunstancia debe obligar a la remisión del decreto en el plazo más breve posible —entre veinticuatro o cuarenta horas, por ejemplo.

El Juez de Garantías a la vista de la documentación aportada y tras valorar —muy en barbecho realmente porque no conocerá los pormenores del proceso causa del archivo de la investigación en curso, ni la existencia del riesgo o la proporción entre la necesidad del archivo y sus consecuencias en uno y otro proceso— debe confirmar o revocar el archivo. La información que puede recabar del MF, con ser determinante a tal efecto, no será objeto de contraste alguno, ya que nadie más conoce de la investigación del proceso archivado.

Este anómalo archivo finaliza cuando deja de existir el riesgo que lo originó o se alza el secreto de la primera causa. En tal hipótesis, el fiscal ha de solicitar del juez la reapertura del procedimiento, que este acordará salvo prescripción de la infracción constitutiva de su objeto (art. 178.4 ALECrím).

En una aproximación valorativa caben destacar dos aspectos: a) el riesgo que para el derecho de defensa (inexistente en realidad) constituye este supuesto, así como para la intervención de la víctima, imposibilitada por el secreto de este archivo y cuya única garantía reside en el control que de dichos aspectos llevara a cabo el Juez de Garantías; y b) que no quede en suspenso el cómputo del plazo de prescripción del delito, ya que, aunque se desconozca el archivo, y por ende no quepa aprovecharse maliciosamente del mismo durante el tiempo de prescripción, tampoco resulta razonable encontrarse con el “regalo” de la prescripción, con el único fundamento de que se ha estado velando por la investigación de una organización criminal, sin consideración alguna, además, a la importancia de la pena de que se trate; algo objetivo y ajeno a ningún tiempo de premio por colaboración o cualquier otra circunstancia de este orden.

Destacar, finalmente, que se trata del único supuesto donde se quiebra en su totalidad el equilibrio entre el buen uso de las facultades discrecionales por parte del fiscal y el control judicial. Ninguno de los aspectos contemplados en el artículo 178 ALECrím se configura entre los elementos reglados impugnables; de hecho, ni el propio precepto consta en la mención general de los casos susceptibles de control judicial mediante recurso que señala el párrafo primero del repetido del artículo 180 ALECrím. Es dudoso que el control ejercido por el Juez de Garantías en los términos expuestos sea suficiente para reequilibrar esta carencia. Ni siquiera cuando contempla la revocación del archivo (178,4 ALECrím). Los poderes del fiscal en este caso carecen de contrapeso.

6. QUINTO SUPUESTO. ARCHIVO POR COLABORACIÓN ACTIVA CONTRA UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Esta modalidad otorga al fiscal la facultad de archivar, y eventualmente, dejar sin respuesta penal alguna el delito y al investigado, cuando se trata de delitos castigados con penas de hasta seis años (no casos de “criminalidad de bagatela” precisamente) y organizaciones criminales (art. 179 ALECrím).

Deben concurrir, además, las siguientes circunstancias: el colaborador ha de haber abandonado su actividad delictiva y presentarse a la autoridad (el fiscal, se entiende), confesar los hechos en que haya participado,

y colaborar activamente para impedir la producción del delito (aquél cuya comisión ha abandonado), o coadyuvar eficazmente en la obtención de pruebas decisivas para identificar o capturar otras personas responsables (coimputados, lógicamente) o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

El archivo se condiciona, finalmente, a que el investigado no frustre con su conducta la efectividad de la colaboración prestada, ni reanude la actividad delictiva.

Nótese que se trata, en realidad, de un supuesto de “arrepentimiento” y “colaboración premiada” que opera a instancias del colaborador, y en el que la discrecionalidad del fiscal se proyecta sobre valorar, tanto si el arrepentimiento como la colaboración son “eficaces”²⁸, y siendo así, “podrá” —prescribe el 179,1 ALECRim— archivar (en realidad provisionalmente) la causa de que se trate a los efectos que eventualmente se produzcan como se señala a continuación.

Esta modalidad de “colaboración premiada”, se incorpora así al “principio de oportunidad”, alcanzando su objetivo legal, cuando, transcurridos cinco años (uno menos que la pena que habría podido alcanzar), ni se haya reiniciado la actividad delictiva abandonada, ni se haya vuelto a colaborar con la organización criminal. En esta circunstancia el fiscal podrá interesar el sobreseimiento definitivo, con pleno efecto de cosa juzgada, afirma textualmente el art. 179,4 ALECRim.

Se cubre un hueco normativo procesal, ciertamente, hasta ahora ínsito en el campo de derecho penal: desde las excusas absolutorias hasta las atenuantes de diverso tipo²⁹. Sin embargo, suscita importantes recelos, singularmente en los aspectos que señalaré seguidamente.

En primer término, no se percibe ni rastro del equilibrio con el control judicial de estas facultades discrecionales, más que regladas condicionadas,

²⁸ El criterio de “eficacia” es determinante a la hora de valorar la colaboración. Al igual que su mayor prontitud reafirma su valor. A mayor prontitud mayor premio. Así se viene estableciendo por doctrina y jurisprudencia en un marco normativo ciertamente huérfano de legislación procesal. Cfr. ORTIZ PRADILLO, J.C. “Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimatos, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz” (2018), Wolters Kluwer, “passim”, ARMENTA DEU, T (2021) “Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios”, pp. 178-199, OCHOA ROMERO, R.A, (2008) “La negociación de la responsabilidad penal en el ámbito del crimen organizado: el caso del arrepentido colaborador de la justicia”, *Ars Iuris*, vol. 40, p. 118 ss.

²⁹ Entre otros muchos, MIR PUIG, “Comentarios al art. 434 CP” en CORCOI, M y MIR PUIG, S, “Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015”, “Tirant lo Blanch. GARRO, E y ASÚA BATARRITA, A, (2008) “Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitarista”, Tirant lo Blanch.

de las que se habla en la Exposición de Motivos. Ni, claro está comunicación o participación alguna de la víctima. Pero además, en segundo término, surge un importante riesgo a la hora de facilitar casos altamente preocupantes desde el punto de vista de las garantías propias de un Estado de Derecho, como los que la reciente experiencia en Iberoamérica nos han mostrado (el caso Odebrecht, destacadamente)³⁰.

Conceder este amplio margen de discrecionalidad ha demostrado un altísimo riesgo, casi certeza, de que el archivo derive de la concesión de beneficios que se sustentan sobre declaraciones altamente sospechosas que han suscitado graves escándalos políticos y sociales en diversos países, sin intervención, ni control o contrapeso alguno, ni judicial, como en el caso anterior, ni de la víctima (aunque fuera limitado en el del art. 176). La lucha contra la corrupción podría generar riesgos paralelos, como los que se aventuran a continuación.

El fiscal pacta con el colaborador (arrepentido) que declare como testigo y no como coacusado (su situación en realidad) con todas las ventajas que comporta, como parte del premio por su colaboración. Siendo así, se alteran los medios probatorios a tenor de lo dispuesto en los artículos 623 y 693 del propio Anteproyecto, que disponen expresamente que las declaraciones del colaborador se efectuarán como testigo (con las características propias del mismo) y no como coimputado. La falta de publicidad y contradicción cierran el círculo de la impunidad y del completo olvido de las bases esenciales que sustentan el principio de legalidad al que se sujeta el Ministerio Fiscal³¹.

³⁰ Es imposible dar noticia, ni siquiera aproximada del alcance del caso Odebrecht que abarcó importantes delitos de corrupción a lo largo de treinta años en más de diez países de Iberoamérica. Su descubrimiento se inició en investigaciones del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, pero la persecución en cada país se topó con continuos casos de delaciones y negociaciones de arrepentidos con la Fiscalía que condujeron a la postre en dimisiones de Gobiernos enteros como en el caso del Perú. Basta acudir a Google para encontrar innumerables links que pormenorizan el alcance del mismo. Un ejemplo, entre muchos, en <https://www.lavanguardia.com/internacional/20190429/461921477085/corrupcion-america-latina-odebrecht-lava-jato.html>

³¹ Un estudio sobre eventuales disfunciones en CAMPANER MUÑOZ, J (2014), “La cultura del mínimo esfuerzo probatorio: reflexiones sobre la heteroincrimación y las garantías constitucionales del proceso penal” en AAVV, “Derecho procesal garantista y constitucional: proceso, garantía y libertad”, Medellín, Corporación Universitaria Remigton. ZARAGOZA AGUADO, J., “La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el ordenamiento jurídico español. Ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 19/1994: las declaraciones de los coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de éstas cuestiones en el derecho a un proceso con todas las garantías” en “Revista de derecho y proceso penal”, número 7, 2002, pp. 67-86; y LOZANO EIROA, M., “Las declaraciones de los coimputados”, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. También, STS 376/2017, de 24 de mayo. El Tribunal Constitucional ha declarado, que garantizar la contradicción o audiencia implica que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para contravenir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no necesariamente el derecho a obtener respuesta, menos si quien no contesta ejercita su derecho a no hacerlo (SSTC 80/2003, de abril, ratificada por el TEDH (caso Mínguez Villar

IV. IMPUGNACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS ELEMENTOS REGLADOS

1. SOBRE LA DISCRECIONALIDAD Y SU CONTROL EN GENERAL

El control judicial de los elementos reglados, no es algo nuevo, sino que se traslada de una doctrina y jurisprudencia —mayoritariamente administrativa— conforme a la cual, sin perjuicio de que la discrecionalidad, por su propia naturaleza, no resulta susceptible de control judicial, se extiende en un plano dogmático y de seguridad jurídica “todo lo que está en el ordenamiento jurídico”³². Esta aparente contradicción nace en realidad de la sumisión al imperio de la Ley, pero también de la existencia de técnicas o fórmulas que permiten ese control judicial en los aspectos que veremos seguidamente³³. Es entre estas técnicas de reducción de la discrecionalidad donde debe incluirse lo que se denomina “impugnación por incumplimiento de los elementos reglados” en el art. 180 ALECRim, sin que se excluya, claro está, otros aspectos que componen las citadas técnicas reductoras

De hecho, la muy desordenada exposición que se efectúa en dicho precepto, debería completarse con el efecto de las repetidas técnicas reductoras, la mayoría presentes aunque muy mal enunciadas, y otras ausentes, pero que formarán parte del control judicial, en todo caso. Se trata de las siguientes:

1) La observación de las normas y los principios del procedimiento.

Se comprenderían aquí las referencias a los artículos 176, 177 y 179 que comprende el art. 180.1, amén, por ejemplo de la concurrencia de las normas de competencia y procedimiento, en general;

c.España, de 1 de marzo de 2005); 142/2006, de 8 de mayo y 220/2009, de 21 de diciembre). En tanto el TEDH, a la hora de pronunciarse sobre la validez de la declaración del testigo ausente, recuerda que admitirlo, “per se”, no infringe el art. 6 CEDH, sino que deberá ponderarse otros elementos como la concurrencia de otras garantías en la práctica del testimonio o la fiabilidad del mismo (SSTEDH Luca c. Italia, de 27 de febrero de 2001; Craxi c. Italia, de 5 de diciembre de 2002 y Kaste y Mathisen c. Noruega, de 9 de noviembre de 2006). Con esta doctrina se percibe un giro en la percepción de la contradicción, como una garantía asociada al derecho de defensa del acusado, que pasa a contemplarse ahora como un medio más de evaluación de la credibilidad del testimonio y de obtención de la verdad procesal, del que puede prescindirse si concurren otros instrumentos, cfr. ORTIZ PRADILLO, J.C, El difícil encaje del delator en el proceso penal” en *Diario La Ley*, número 5860, de 12 de junio de 2015, pp. 1-10, y ALCÁ CER GUIRAO, R., “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH” InDret 4/2013, p. 13

³² BELTRÁN DE FELIPE, M, “Discrecionalidad administrativa y Constitución” (1995), Tecnos.

³³ IGARTUA SALAVERRÍA, J, (1996) “Principio de legalidad, conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa” REDA, nº 92. ORTIZ HERRERA, S, “El control judicial de las potestades discrecionales de la Administración en el Estado Social y Democrático de Derecho” (1998), Madrid. Más recientemente, ESTEVE PARDO, J, “Lecciones de derecho administrativo” (2021), 10ª edición, p. 104.

2) La constatación y verificación de los hechos determinantes.

Es decir, lo que trasladado a nuestras categorías serían la concurrencia de presupuestos, como las penas previstas (dos años, cinco o seis años, etcétera) y los diversos condicionantes que se han ido explicando en cada supuesto específico. Los que se especifican “con más pena que gloria” en el art. 180.2 por las razones que señalaré después.

3) El control del fin de la potestad.

Relativo a supuestos en que se ha cumplido con las formas pero no se endereza a la final perseguida por el legislador al otorgar esta potestad. Algo que podría suceder en los supuestos contemplados en el art. 175.1,a), b) y c), incurriendo en su caso en el vicio de desviación de poder³⁴;

4) Los principios generales del derecho que, por ejemplo, obliga a guardar escrupulosamente la igualdad, y podría arrumbarse si cualquiera de las potestades se ejercitaran sin respetar la igualdad o justificarla en atención al caso concreto (arts. 175.1,a),b) y c) o los mismos apartados del art. 176³⁵. Y,

5) Las instrucciones o circulares

Pese a su proyección normativa interna, la propia Exposición de Motivos menciona expresamente: “que el fiscal responsable de la investigación actuará aquí de acuerdo con las instrucciones generales de política criminal establecidas desde Fiscalía General del Estado. Estas instrucciones han de asegurar, (...) que el ejercicio de esta potestad se ajuste al principio de unidad de actuación, y que por tanto se preserve la igualdad en la aplicación de la ley penal también en estos supuestos de renuncia estatal a la exigencia de la pena”³⁶.

2. LA IMPUGNACIÓN DE ELEMENTOS REGLADOS DEL ARTÍCULO 180 ALECRIM

Centrándonos ahora en la redacción del art. 180, se indica quienes podrán impugnar: personas ofendidas y perjudicadas por el delito y las acusaciones personadas. Ostentando la competencia funcional el Juez de Garantías, salvo el caso, entiendo, de la oportunidad en el periodo intermedio, a menos que se entienda como un caso de reforma, que no parece ser el caso.

Se circunscriben los supuestos a los previstos en el art. 176, 177 y 179. La omisión del contemplado en el art. 175 parece involuntaria si ponemos

³⁴ Se produciría tal vicio cuando el fiscal ejercitara cualquiera de las potestades reconocidos enderezado a un fin diferente a aquel por el que se le atribuyó y en la que se justifican.

³⁵ Véase el texto de la siguiente nota en lo relativo al mecanismo para preservar la igualdad.

³⁶ Apartado once del número XXV.

en relación el primer párrafo con el segundo del propio artículo 180, donde sí se menciona el art. 175. La exclusión de impugnación de la hipótesis del artículo 178 ya ha sido criticada previamente.

En cuanto a lo que se denomina en el precepto “elementos reglados susceptibles de control”, conforman un abanico de cuestiones que singularizan estos llamados “elementos reglados”, que siéndolo, no pueden ser los únicos susceptibles de control, por el razonamiento anteriormente expuesto en torno al control judicial de la discrecionalidad.

Descendiendo al detalle, los *elementos que permiten el control judicial* del marco de ejercicio de la discrecionalidad se extiende a:

Decretos dictados en los casos de suspensión del procedimiento, archivo/suspensión, la fase intermedia, y colaboración activa (180,1 ALECRim). Queda fuera, por tanto, el archivo para preservar la investigación (178)³⁷.

Y en el seno de estos preceptos: los límites de la pena en cada caso concreto; los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del art. 175, es decir, los casos prohibidos o (comisión con violencia o intimidación; investigado condenado por delito de igual naturaleza o reincidente por más de uno de diferente naturaleza, persona que ya se ha beneficiado de la aplicación de algún supuesto de oportunidad, o víctima menor de 13 años, así como años o constituir delito de violencia de género o relacionado con la corrupción). Al igual que los establecidos en el art. 176, 2 y 3, es decir: el reconocimiento de responsabilidad, compromiso de cumplir las obligaciones y reglas de conducta establecidas en el plazo fijado, y conformidad de la persona ofendida con la suspensión y las obligaciones o reglas de conducta. Y, el abandono de la actividad delictiva, la realidad de la colaboración exigida y la satisfacción de las responsabilidades civiles en el caso del art. 179.

Si comparamos el conjunto de estos elementos revisables y el conjunto de aquellos que propician los diversos casos de terminación por oportunidad percibiremos que existen algunos excluidos de revisión, impidiendo así que tanto la víctima como otro acusador impugnen en atención a justificado interés en un pronunciamiento judicial al respecto. Así sucede:

a) En el supuesto de archivo por oportunidad de delitos hasta 2 años³⁸: con la “mínima incidencia del hecho punible” sobre los bienes o intereses legalmente protegidos, dado el tiempo transcurrido desde la comisión o las circunstancias en que se produjo, la “mínima culpabilidad del responsable”

³⁷ La omisión del art. 175,1 parece errónea a tenor de lo dispuesto en el art. 180,2 ALECRim.

³⁸ Art. 175 ALECRim.

y que la imposición de la pena no reporte utilidad pública, o el perjuicio grave que la comisión ha originado al autor, de manera que es innecesario o desproporcionado la imposición de una pena

b) En los casos de suspensión del procedimiento³⁹: con la elección de cual de las posibles obligaciones o reglas de conducta resulta más adecuada: indemnizar al ofendido en la cantidad determinada, dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada o suficiente, entregar al Estado o instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad fijada para obras sociales o comunitarias, no acudir a determinados lugares, no aproximarse a la víctima o familiares o no comunicarse con ellos, no ausentarse del lugar donde resida, comparecer personalmente en Fiscalía o servicio de la Administración para informar actividades o justificarlas, participara en programas formativos, someterse a tratamiento de deshabitación o cumplir los deberes que el fiscal estime conveniente para su rehabilitación, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad. Parece claro que en muchos de estos casos, la víctima que habrá asentido o negado la adecuación de estas obligaciones o reglas de conducta debiera poder impugnar su correcto cumplimiento u omisión. Y,

c) En el supuesto del art. 179 (archivo por colaboración activa), al quedar inexplicablemente fuera de la posibilidad de impugnación: la confesión de los hechos, o que se coadyuve eficazmente a la obtención de las pruebas decisivas para identificar o capturar a los responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que ha pertenecido o con las que ha colaborado, aspecto éste último que podría entrar de lleno en una eventual desviación de poder (179,1,b y 180,2).

3. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN

El procedimiento de impugnación remite al artículo 585 del ALECrím, precepto que contempla la “Impugnación de los decretos del fiscal”. Conforme al mismo:

Los decretos dictados por el fiscal durante el procedimiento de investigación solo podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías en los supuestos expresamente establecidos en esta ley.

La impugnación deberá realizarse por escrito firmado por abogado dentro de los cinco días siguientes a la notificación del decreto dictado por el

³⁹ Art. 176 ALECrím.

fiscal. En el escrito se expondrán los motivos en que la impugnación se funda, se designarán los particulares que han de tenerse en cuenta para resolverla y a él se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las peticiones formuladas.

Admitida a trámite la impugnación, el LAJ dará traslado de esta al fiscal y a las demás partes personadas, por un plazo común de cinco días, para que aleguen por escrito lo que estimen conveniente, designen otros particulares que deban ser considerados y presenten los documentos justificativos de sus pretensiones.

El juez tendrá acceso a los particulares designados y, si fuera necesario, solicitará de las partes las informaciones o aclaraciones complementarias que precise, resolviendo sin más trámite la impugnación formulada dentro de los cinco días siguientes.

El auto que revoca el archivo por oportunidad, por entender que no concurren los “elementos reglados” ordenará la continuación del procedimiento (art. 180.4 ALECRim)

Contra el auto que resuelva la impugnación del decreto del fiscal no podrán las partes interponer recurso alguno (art. 180.5).

Dos consideraciones finales: en primer lugar, recordar que esta previsión olvida totalmente que el archivo por oportunidad en la fase intermedia será resuelta por el Juez de Garantías y por tanto, ni se tratará de un decreto, ni debiera ser revisado por el mismo Juez de Garantía. Y de no ser este el caso, debiera preverse.

Y en último lugar, que teniendo en cuenta la delicada materia que se ha expuesto, los riesgos descritos, amén de los inherentes a esta importante restricción de los márgenes de seguridad jurídica que conlleva el principio de legalidad, resulta inexplicable que el auto que resuelve la impugnación del decreto del fiscal no pueda ser objeto de recurso alguno.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cualquier conclusión sobre esta delicada materia, que reafirma en algunos casos e innova en otros el conjunto del sistema de enjuiciamiento criminal de nuestro país, precisa de conocer previamente el alcance y texto concreto de otras normas, como el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal o la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otros.

A partir de esta incertidumbre, y el riesgo de error valorativo que comporta, al resultar condicionado por cómo se configure la figura del Minis-

terio Fiscal, puede concluirse, que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal en el concreto tema analizado, “mecanismos alternativos a la acción penal” —según la correcta mención en la Exposición de Motivos, que luego se olvida en el articulado— resulta positiva en cuanto regula, incorporando al ordenamiento jurídico, algunas prácticas desarrolladas en la realidad diaria sin cobertura legal.

Ocurre que al hacerlo no afina el tiro y pierde la oportunidad —nunca mejor dicho— de articular correctamente lo que no deja de ser una brecha en un principio tan relevante como el principio de legalidad, con una técnica mejorable, equilibrando realmente los desajustes con un control judicial, parcial o inexistente en algunos casos, que obvia o incluye muy limitadamente la intervención de una víctima llamada a ocupar un lugar más central en concordancia con la preeminencia que le otorga el Estatuto de la Víctima del delito.

En una apretada y condicionada síntesis, puede afirmarse que de los cinco supuestos incorporados al Anteproyecto, el archivo por oportunidad del artículo 175, siendo una de las opciones más claras por la inclusión de la verdadera discrecionalidad del fiscal, adolece de defectos que perjudican la finalidad buscada, restándole posibilidades para una aplicación suficientemente garantista. Algo que se acrecienta en el supuesto de archivo en la fase intermedia del art. 177, especialmente por la existencia de relevantes lagunas. Por el contrario, la suspensión y eventual posterior sobreseimiento del art. 176, constituye una propuesta acertada, que sólo precisa de algunas correcciones para equilibrar el ejercicio de potestad y control judicial, por un lado, y participación de la víctima, por otro.

Los dos supuestos dedicados al archivo para preservar una investigación en curso y premiar al arrepentido y colaborador provocan honda preocupación. En el primer supuesto por la falta absoluta de publicidad y posterior posibilidad de impugnación de cualquiera de los elementos reglados, en los que figuran importantes decisiones que el fiscal adoptará con el único control —insuficiente a mi juicio— del Juez de Garantías. En el segundo, por constituir un auténtico semillero de problemas, no sólo en el seno del proceso, sino más allá, por el uso indiscriminado y muy poco controlado de facultades opacas, susceptibles de ser utilizadas incurriendo en aquella corrupción cuya lucha teóricamente justifica.

En resumen. La apuesta reformadora merece un panorama más completo y una labor legislativa más cuidadosa que integre los aspectos orgánicos. Una regulación más atenta al equilibrio de facultades discrecionales y con-

trol judicial, por una parte, y a la participación de la víctima, por otra. Como sucede con la regulación de la justicia restaurativa, el cambio tan relevante que constituirían en el conjunto del modelo procesal penal exige más atención, rigor y garantías.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M, (1998), “El principio de consenso: la conformidad en el proceso penal español”, Cedecs.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH” InDret 4/2013
- ARISTÓTELES, “Política”, ed de Julian Marias y Maria Araujo, I.E.P, Madrid, 1951, Libro III, Cap. 16
- ARMENTA DEU, T, “Principio de legalidad vs. Principio de oportunidad: una ponderación necesaria” (2013) en AAVV (J. Picó Junoy, dir.), “Principios y Garantías Procesales (Liber Amicorum en homenaje a la Prof. Victoria Berzosa)”, Bosch Editor
- “La víctima como parte procesal, justicia restaurativa y mediación penal: conexiones y paradojas” en AAVV (SOLETO y CARRASCOSA, dir) “Justicia restaurativa. Una justicia para las víctimas”, (2019) Tirant lo Blanch
 - “El principio de oportunidad: manifestaciones e instituciones conexas” en AAVV “Un juez para la democracia” (libro homenaje a Perfecto Andrés Ibañez) coord. E. Pomares Cintas, J.L. Fuentes Osorio G. Portillo Contreras. Fernando Velasquez (dir)
 - “Derivas de la justicia” (2021). Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios”
- BACIGALUPO, “Descriminalización y prevención”, en revista “Poder Judicial” nº especial, 1987
- BARNES VÁZQUEZ, J, “Una nota sobre el análisis comparado: A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, Cívitas, 1996
- BELTRÁN DE FELIPE, M, “Discrecionalidad administrativa y Constitución” (1995), Tecnos
- CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J.C. (dirs.) y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., (coord.), “El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos”, Lustel, 2021.
- CAMPANER MUÑOZ, J, “La cultura del mínimo esfuerzo probatorio: reflexiones sobre la heteroincrimación y las garantías constitucionales del proceso penal” en AAVV, “Derecho procesal garantista y constitucional: proceso, garantía y libertad”, Medellín, Corporación Universitaria Remigton, 2014.
- ESCAMILLA, M y SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coord.) “Una mirada hacia la justicia restaurativa. Recuperando el derecho perdido” en Criminología y Justicia, nº 4
- ESTEVE PARDO, J, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Marcial Pons, 10ª ed, 2021.

- FEUERBACH, “Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Techts”, (1801), 14ª ed, anotada por Hitterhaier”, lessen, 1847
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T.R, “Curso de derecho administrativo”, 1,3ª ed, Cívitas, Madrid, 1979
- GARRO, E y ASÚA BATARRITA, A, (2008) “Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitarista”, Tirant lo Blanch
- KANT, I, “Metaphysische Aufggründe der Rechtlehre”, primera parte de la “Metaphysik der Sitten” (1797), traducción francesa de J.Tissot, “Librairie de landgrange”, París, 1953
- LAMARCA PÉREZ, C., nos conduce por la “La formación histórica y significado político de la legalidad penal”, en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 1987
- LOZANO EIROA, M., “Las declaraciones de los coimputados”, Aranzadi, Cizur Menor, 2013
- OCHOA ROMERO, R.A., (2008) “La negociación de la responsabilidad penal en el ámbito del crimen organizado: el caso del arrepentido colaborador de la justicia”, Ars Iuris, vol. 40
- ORTIZ HERRERA, S., “El control judicial de las potestades discrecionales de la Administración en el Estado Social y Democrático de Derecho” (1998)
- ORTIZ PRADILLO, J.C. “Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimatos, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz” (2018), Wolters Kluwer
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G, voz “Legalidad (Principio de)”, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XIV, F.Seix, Barcelona 1979
- ROUSSEAU, J.J, “Du contrat social ou Principes du Droit Public (1762)”, ed. de S.Maso, “Escritos de combate”, Alfaguara, Madrid, 1979, p. 494
- RUMBLE, W, “American Legal Realism”, Cornell University Press, Itaca, New York, 1960
- TAMARIT SUMALLA, J.M, (2012) “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, en VVAA, Tamarit (coord.), “La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones”, Granada Comares,
- ZARAGOZA AGUADO, J., “La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el ordenamiento jurídico español. Ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 19/1994: las declaraciones de los coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de éstas cuestiones en el derecho a un proceso con todas las garantías” en “Revista de derecho y proceso penal”, número 7, 2002.

HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA PROYECTADA REFORMA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL ALOECRIM 2020¹

Towards a paradigm shift in the proposed reform of non-custodial preventive measures in ALOECRIM 2020

Ágata M^a SANZ HERMIDA

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Castilla-La Mancha
Agata.Sanz@uclm.es

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. 1. El cambio de paradigma: el principio de *favor libertatis*. 2. Cuestiones de naturaleza sistemática. II. CARACTERES Y PRESUPUESTOS GENERALES DE ADOPCIÓN. III. EL NUEVO MARCO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL: MEJORAS Y NOVEDADES. 1. El amplio elenco de medidas complementarias. 2. Medidas que imponen obligaciones positivas para el encausado. 2.1. La prestación de garantía o caución (arts. 218-220 ALOECRIM). 2.2. Los medios telemáticos de localización (art. 221 ALOECRIM). 2.3. Obligación de presentación y de comunicación de cambio de residencia o lugar de trabajo (art. 222 ALOECRIM). 3. Medidas que imponen prohibiciones u obligaciones negativas para el encausado. 3.1. Prohibiciones de ausentarse de lugar de residencia o de un determinado territorio y prohibición de salida del territorio español y de la UE (arts. 223-224 ALOECRIM). 3.2. La protección de la víctima y/o terceros como finalidad de la medida: prohibiciones de aproximación o comunicación (art. 225 ALOECRIM), de acudir a determinados territorio, lugares o establecimientos (art. 226 ALOECRIM); de residir en determinados lugares (art. 227 ALOECRIM). 4. La custodia (art. 228 ALOECRIM). 5. Medidas que suponen la suspensión de derechos. 5.1. La suspensión de cargo u oficio público. 5.2. La suspensión de facultades inherentes a la patria potestad. 5.3. La suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas. 5.4 La intervención del permiso de conducir. IV. CONSIDERACION FINAL. V. BIBLIOGRAFÍA

¹ El texto de esta contribución se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+i de título “Crisis del Derecho penal en el Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias”, (Referencia SB-PLY/17/180501/000223), dirigido por el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo, del que soy miembro del equipo de investigación y se basa en la ponencia presentada con el título “Libertad provisional. Caución, medidas restrictivas de la libertad y otras medidas restrictivas de derechos” dentro del ciclo “Seminarios sobre el Anteproyecto de LECRIM – Medidas cautelares (I)”, organizado por la Universidad de Elche, el 13 de mayo de 2021.

Resumen: El ALOECRIM de 2020 proyecta una nueva regulación del proceso penal con la pretensión de ser un instrumento acorde con los postulados garantistas propios del Estado de Derecho lo que, desde el punto de vista de las medidas cautelares personales requiere, entre otros, partir del principio de *favor libertatis*. Esta declaración de intenciones resulta enormemente positiva, ya que además de favorecer una filosofía más garantista de las medidas a adoptar durante el desarrollo del proceso penal puede ayudar, de manera correlativa, a limitar el uso de la prisión provisional. La regulación proyectada presenta importantes novedades como la introducción de la medida de localización permanente a través de medios electrónicos o la custodia, sin perjuicio de las mejoras sustanciales en la regulación de otras medidas restrictivas de derechos fundamentales. No obstante, subsisten algunos problemas de sistemática y ciertas omisiones a las que necesariamente se debe dar respuesta durante la tramitación parlamentaria.

Abstract: The ALOECRIM of 2020 projects a new regulation of criminal proceedings with the aim of being an instrument in accordance with the postulates of the Rule of Law, which, from the point of view of personal precautionary measures, requires, among other things, the principle of *favor libertatis*. This declaration of intent is enormously positive, since, in addition to favoring a more protective philosophy of the measures to be adopted during criminal proceedings, it may help to limit the use of custody. The projected regulation introduces the measure of permanent location by electronic monitoring or custody, as well as other substantial improvements in the restriction of fundamental rights. However, there are still some systematic problems and certain omissions that must necessarily be addressed during the parliamentary discussion.

Palabras clave: proceso penal; medidas cautelares; medidas restrictivas de derechos fundamentales; medidas de protección; libertad provisional; caución; custodia; medios telemáticos de localización; suspensión de derechos fundamentales.

Keywords: criminal proceedings; precautionary measures; restrictions on the fundamental rights exercise; protective measures; provisional liberty; bail; caution; custody; electronic monitoring; suspension of fundamental rights.

ABREVIATURAS:

AFDUA:	<i>Anuario de la facultad de derecho de la Universidad de Alcalá</i>
ALOECRIM:	Anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020
ALECRIM 2011:	Anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2011
CDFUE:	Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea
CE:	Constitución española
CEDH:	Convenio para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950
DA:	disposición adicional
DF:	disposición final
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
EM:	exposición de motivos

EOMF:	Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal
LO:	Ley orgánica
LOPJ:	Ley orgánica del Poder Judicial
PCPP 2013:	Propuesta de Código procesal penal de 2013
PIDCP:	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966
RAPDPUE:	<i>Revista de la Asociación de Profesores de Derecho procesal de las Universidades Españolas</i>
ReDCE:	<i>Revista de Derecho Constitucional Europeo</i>
RGDP:	<i>Revista general de Derecho penal</i>
RGDPPr:	<i>Revista general de Derecho procesal</i>
RP:	RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el <i>Reglamento penitenciario</i>

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El reciente ALOECRIM de 2020 vuelve a poner sobre la mesa la demandada reforma de nuestro sistema de justicia penal a través de una norma que busca adaptarse en todos sus extremos al momento actual y a la necesidad de cumplir todos los fines del proceso penal, lo que supone, por un lado, proteger los derechos de todos los sujetos implicados (derechos del encausado, de las víctimas de delitos, de las personas vulnerables necesitadas de especial protección y el interés de la sociedad en general) y por otro, dotar al proceso de instrumentos eficaces y de cauces procesales ágiles que permitan la investigación y el enjuiciamiento de los delitos en un tiempo razonable y proporcionado a la gravedad de los mismos y las circunstancias concurrentes, sin merma de las garantías procesales vigentes y con respeto a los principios característicos del Estado de Derecho².

Este nuevo texto está llamado a ser la culminación de un proceso iniciado hace una década y que parecía no encontrar punto de llegada, del que dan buena muestra los dos predecesores, el ALECRim 2011 y la PCPP de 2013, cuyos frutos sólo se incorporaron de manera fragmentaria en las

² Por ello, en la memoria de impacto de la ALOECrim, de 26 de enero de 2021 (consultable en 210126 MAIN LECRIM 2020 INFORMACION PUBLICA.pdf (mjusticia.gob.es) se señala que se supera así el paradigma decimonónico procesal, poniendo fin a las más de setenta y nueve modificaciones que ha sufrido nuestra LECrim, más de 50 tras la promulgación de la CE de 1978, adecuando nuestro modelo al momento presente, lo que, entre otros aspectos significa: (1) reforzar el principio de imparcialidad judicial y el derecho de defensa; (2) adecuar nuestro modelo procesal al entorno europeo, adjudicando la dirección de la instrucción penal al MF; (3) regular las más avanzadas técnicas de investigación penal; (4) reforzar los derechos de las víctimas y de las personas vulnerables; (4) introducir el principio de oportunidad reglada, entre otras medidas.

importantes reformas de 2015³. No obstante, el camino aún se antoja largo y bastante incierto, no sólo por la necesidad de contar con el beneplácito de quienes serán emplazados a informar y a aprobar la propuesta normativa —que, en la parte de ley orgánica, requiere además de mayorías parlamentarias reforzadas— sino, en su caso, por la posposición de su entrada en vigor a más de un lustro desde su aprobación (en concreto, 6 años según la DF 8^a) y por la necesidad de acompañarse de diversas reformas legislativas de otros sectores del ordenamiento⁴, para los que se marca un paso que, no obstante su acotación temporal, a la vista de otros precedentes⁵, apenas da razones para un optimismo marcadamente moderado.

El ALOECRIM dedica el Libro II a las medidas cautelares y, dentro de éste, el título I, a las disposiciones generales —y, por tanto, de aplicación a todas las medidas reguladas en esta parte—; el Título II, a las medidas cautelares personales; el título III, a las medidas cautelares reales; el título IV, a las especialidades en los delitos contra la Hacienda Pública y el Título V, a las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas y otras entidades. Por lo que se refiere en concreto a nuestro objeto de estudio, las medidas cautelares personales limitativas de la libertad y otras medidas restrictivas de derechos, su regulación se encuentra en el capítulo II, también encabezadas por unas disposiciones generales (Capítulo II), a las que subsiguen un elenco tasado de medidas restrictivas de la libertad y de otros derechos y que finalizan con unas disposiciones comunes (sección 5^a) y la orden de protección (sección 6^a), medida esta última que no será objeto de análisis

³ Se trata de las importantísimas reformas de la LO 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*. Sobre la reforma, *cf.* MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 2015, *passim*.

⁴ Se apela así a una necesaria reforma de la LOPJ y de la ley de demarcación y planta judicial en un plazo de 3 años que, además, debe implantarse escalonadamente (DF 1^a); a la reforma del EOMF en el plazo de un año (DF 2^a); a una nueva reforma del CP y leyes penales especiales en el plazo de un año (DF 3^a); a un proyecto de ley de testigos y colaboradores con la administración de justicia en el plazo de un año (DF 4^a); y, como cláusula abierta de cierre (aunque sistemáticamente precede a la anterior), a la reforma de cuantas leyes resulten contrarias a las disposiciones del ALOECrim o que precisen una adaptación a la misma (DF 3^a repetida). Llama la atención, por otra parte, que no se haya aprovechado la ocasión para integrar las especialidades de la protección de testigos y colaboradores con la administración de justicia en la ley y se refiera a la modificación de la vigente normativa de 1994.

⁵ Resulta innecesario hacer un listado exhaustivo de las veces que el Legislador español ha previsto la necesidad de reformas u otras medidas complementarias que, sin embargo, nunca han visto la luz. Sólo a título de ejemplo en nuestras normas procesales baste tener en cuenta lo que había dispuesto en el art. 1.2 y 4 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en su versión original que, en lo relativo al posible enjuiciamiento de los mayores de 18 años y menores de 21, nunca entró en vigor; o lo dispuesto en la DF 16^a de la LEC que mantiene en vigor, por más de dos décadas, el régimen “transitorio” de recursos extraordinarios.

en este estudio⁶. Dos ideas sirven como punto de inicio del análisis de los artículos que conforman esta parte: el principio de *favor libertatis* como elemento vertebrador de estas medidas, lo que debería imprimir un importante cambio de paradigma en nuestro modelo de justicia penal. Y, en segundo lugar, la opción sistemática empleada que parte de acoger, bajo el manto de las medidas cautelares, a medidas de distinta naturaleza y fines para facilitar su concreción a las circunstancias concurrentes sin merma de garantías, lo que requiere de una adecuada regulación.

1. EL CAMBIO DE PARADIGMA: EL PRINCIPIO DE *FAVOR LIBERTATIS*

Uno de los caracteres fundamentales de la nueva regulación es la pretensión de ser un instrumento acorde con los postulados garantistas propios del Estado de Derecho lo que, desde el punto de vista de las medidas cautelares personales requiere, entre otros, partir del principio de *favor libertatis*, en virtud del cual, la libertad debe ser regla general y cualquier restricción de la misma, la excepción. Esta declaración de intenciones gravita en las distintas disposiciones que regulan la libertad provisional y otras medidas restrictivas de derechos. Baste tomar en consideración las palabras del legislador expresadas en la EM al señalar que la futura regulación se aparta del modelo vigente centrado en la privación de libertad⁷, poniéndose especial cuidado en no utilizar la expresión de medidas “alternativas a la prisión”⁸ que, como resulta obvio, sería también una forma de mantener esa preponderancia de la privación de libertad.

Y esta proposición se lleva al enunciado del primer artículo de la regulación de la libertad provisional, el art. 216, al afirmarse en el primero de sus apartados que “la persona investigada, presumida inocente, permanece en libertad” en inspiración, según se señala en la EM, en lo dispuesto en el Código penal napoleónico, y culmina con el párrafo tercero del citado artículo, subrayando que sólo cuando las restricciones que se regulan en este capítulo “ *fueran insuficientes, se podrá acordar la prisión preventiva siempre que se cumplan las previsiones legales que habiliten la adopción de tal medida*” a la que se califica, por si hubiera alguna duda, de “*excepcional*”.

⁶ Para un estudio detallado de la regulación de esta medida en el ALOECRIM, cfr. CASTILLEJO MANZANARES, 2020, *passim*

⁷ Ejemplo representativo es lo dispuesto en el art. 529 LECrim que, al referirse a la libertad provisional señala “cuando no se hubiera acordado la prisión provisional del investigado o encausado...”

⁸ A diferencia de lo que se había hecho en la propuesta de Código procesal penal de 2013, en cuyo artículo 181 se relacionaba el elenco de medidas “alternativas a la prisión” distinguiéndose entre aquellas relativas a la disponibilidad del encausado, las atinentes a la protección de la víctima o las dirigidas a neutralizar la peligrosidad del encausado.

Desde el punto de vista jurídico no hubiera hecho falta un enunciado de esta naturaleza puesto que no es más que la expresión de lo dispuesto en nuestro marco constitucional al que estamos todos sujetos, donde se reconoce la libertad como uno de los valores del ordenamiento (art. 1.1 CE) y un derecho fundamental (art. 17 CE)⁹ que deben ser conjugados, por lo que al objeto de esta contribución se refiere, con la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). No obstante, tiene una clarísima intención y utilidad práctica como forma de contribuir a reforzar la cultura de la libertad y un cambio de mentalidad, sin duda necesario, tanto en los denominados “operadores jurídicos”, como en la propia sociedad. Se trata, por tanto, de consolidar la filosofía con la que deben aplicarse los preceptos reguladores de las medidas cautelares a la luz de las garantías constitucionales, como se demandaba desde hace años por la doctrina (RAMOS MÉNDEZ, 2016, p. 321; BARONA VILAR, 2021a, p. 321).

Por otro lado, este necesario sesgo a favor de la libertad es acorde con los tratados y convenios internacionales en materia de protección de derechos humanos de los que España es parte y a cuya interpretación estamos sujetos (art. 10.2 CE), lo que supone una particular vinculación a lo dispuesto en el art. 3 de la DUDH, el art. 5 del CEDH, el art. 9 del PIDCP, el art. 6 CDFUE, así como otros instrumentos normativos internacionales más específicos que postulan la privación de libertad como *ultima ratio*, ya se lleve a cabo con carácter cautelar, ya como pena, tanto en el ámbito de las Naciones Unidas¹⁰,

⁹ En un Estado social y democrático de **Derecho como el nuestro, como señala el TC**, la **libertad** personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) sino además un **derecho** fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. En este contexto, la **libertad** de los ciudadanos es la regla general y no la excepción (SsTC 107/1984, de 23 de noviembre; 115/1987, de 7 de julio o, entre otras 147/2000, de 29 de mayo). De ahí el carácter excepcional inherente a la **prisión provisional**, por oposición a la **libertad** como regla general (STC 147/2000, de 29 de mayo), por lo que la interpretación de las normas reguladoras de aquélla debe sustentarse sobre la primacía del *favor libertatis* o *in dubio pro libertate* (SSTC 88/1988, de 9 de mayo; 98/2002, de 29 de abril; 81/2004, de 5 de mayo; y 95/2007, de 7 de mayo; 210/2013, de 16 de diciembre, entre otras).

¹⁰ *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General, en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, en cuyo apdo. 2.3 se señala “A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, **desde la fase anterior al juicio** hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas” (la negrita es nuestra). En el mismo sentido existen otros instrumentos de las NN.UU. como las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), adoptadas por la Asamblea General, en su Resolución 2010/16; o las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General, en su Resolución 40/33)

como en el ámbito del Consejo de Europa¹¹. Es más, recientemente el Consejo de la UE, en diversas declaraciones¹², ha expresado su abierta apuesta por medidas y sanciones no privativas de libertad alternativas al internamiento por considerar que contribuyen a la rehabilitación y reinserción social del delincuente, a la vez que reducen la reincidencia, contribuyen a la seguridad pública y favorecen también la tutela y protección de las víctimas.

Este punto de partida, pues, resulta enormemente positivo, ya que además de favorecer una filosofía más garantista de las medidas a adoptar durante el desarrollo del proceso penal puede ayudar, de manera correlativa, a limitar el uso de la prisión provisional que, en muchas ocasiones como ha señalado la doctrina y expresamente se afirmaba en la EM de la PCPP, se erige en un auténtico instrumento de pena anticipada (cfr. RAMOS MÉNDEZ, 2016, p. 323; ABADÍAS SELMA, 2020, BELLIDO PENADÉS, 2015, p. 388).

2. CUESTIONES DE NATURALEZA SISTEMÁTICA

Llama la atención la sistemática utilizada por el legislador en el capítulo dedicado a la libertad provisional por diversos motivos. En primer lugar, porque pese a la expresa apuesta por la libertad como regla general, el capítulo II se inserta dentro del Libro II dedicado a las “medidas cautelares” y, en concreto, dentro del Título II (medidas cautelares personales) cuyo primer capítulo está dedicado a la detención y es inmediatamente anterior al capítulo III que regula la prisión provisional. De este modo, la libertad provisional y otras medidas limitativas de la libertad o restrictivas de derechos se encuentra regulada entre dos medidas privativas de libertad, la detención

¹¹ Recomendación Rec (2006)2 del Comité de ministros de los Estados Miembros sobre las *Reglas Penitenciarias Europeas*, adoptada por la Comisión de Ministros, de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros. Sin perjuicio de otros instrumentos como Convenio Europeo sobre la Vigilancia de las Personas Condenadas o Liberadas Condicionalmente; la Recomendación Rec(92)16 sobre las normas europeas relativas a las sanciones y medidas comunitarias; la Recomendación Rec(92)17 sobre la coherencia de las condenas; la Recomendación Rec(97)12 sobre el personal encargado de la aplicación de las sanciones y medidas; la Recomendación Rec(99)22 sobre el hacinamiento en las prisiones y la inflación de la población penitenciaria; la Recomendación Rec(2000)22 sobre la mejora de la aplicación de las normas europeas sobre las sanciones y medidas comunitarias; la Recomendación Rec(2003)22 sobre la libertad condicional; la Recomendación CM/Rec(2008)11 sobre las Reglas europeas para delincuentes juveniles sujetos a sanciones o medidas; la Recomendación CM/Rec(2010)1 sobre las Reglas de Libertad Condicional del Consejo de Europa; la Recomendación CM/Rec(2012)5 sobre el Código Deontológico Europeo para el Personal Penitenciario, entre otras

¹² Conclusiones del Consejo sobre las medidas alternativas al internamiento: Utilización de medidas y sanciones no privativas de libertad en la justicia penal (2019/C 422/06), y, anteriormente, Conclusiones del Consejo de 8 de marzo de 2018: “Promoción del uso de alternativas a las sanciones coercitivas para los delincuentes consumidores de drogas” (doc. 6931/18), la Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga (2013-2020)

—por provisionalísima que sea, es privación de libertad— y la prisión provisional, cuando hubiera resultado más acorde con el principio favorable a la libertad, establecer una progresividad de menos a más en la regulación de estas medidas partiendo de las limitativas de la libertad y de otros derechos hacia las privativas de libertad (detención y prisión provisional)¹³.

En segundo lugar, tal y como se ha señalado anteriormente, todas las medidas del capítulo II están dentro de las “medidas cautelares” pese a la distinta naturaleza y finalidad que pueden tener. En efecto, en la EM se hace una renuncia expresa a una ordenación en función de la naturaleza de las medidas apartándose de quienes, dentro de la doctrina procesal, habían reclamado una necesaria distinción entre las medidas cautelares en sentido estricto, es decir, aquellos cuyos fines vienen esencialmente encaminados al buen fin del proceso, de otro tipo de medidas que, en el moderno Estado de Derecho resultan necesarias, pero que cumplen otras finalidades como la protección de los derechos de las víctimas u otros fines del proceso, y que reciben distintas denominaciones como *medidas de protección, otras medidas o resoluciones provisionales*¹⁴ (en expresiones de GIMENO SENDRA, 2018, pp. 448; del mismo autor, 2009, pp. 1-2); *medidas neutralizadoras de la peligrosidad del delincuente* (utilizando la denominación de la PCPP de 2011), *medidas preventivas y medidas interdictivas* (BARONA VILAR, 2021a, pp. 321 y ss.); *o medidas de protección de la víctima y de la sociedad* (MORENO CATENA, 2021a, p. 321).

En la EM se fundamenta esta elección en la dificultad que tiene, en algunos casos, concretar las finalidades de cada una de las medidas propuestas, ya que en ocasiones una misma medida puede servir para alcanzar distintos

¹³ Siguiendo, en este sentido a RAMOS MÉNDEZ (2016, p. 326) respecto a la lectura constitucional que debe hacerse de las medidas cautelares. No obstante, la ordenación del ALECRIM podría explicarse desde aquellas posiciones doctrinales que conciben la detención como medida “precautelar”, lo que de algún modo justificaría la ubicación sistemática que se le ha dado, naturaleza jurídica sostenida, entre otros, por BARONA VILAR (2021a), p. 321. A este respecto, ASECIO MELLADO puntualiza que el ALOECRIM “asume sin reservas el carácter cautelar de la medida, aunque en ella, como ya ha sido aceptado comúnmente, se ordenen fines más próximos a la prevención e, incluso, a la investigación en sí misma considerada”. ASECIO MELLADO, (2021), p. 228.

¹⁴ Entre ellas, según GIMENO SENDRA se incluyen las prohibiciones de residencia, los controles policiales de alcoholemia, las inspecciones e intervenciones corporales, la sustitución de la prisión provisional de un drogadicto por el cumplimiento de un programa de deshabituación, la privación, en la instrucción, del permiso de conducción, la suspensión provisional de la función o cargo público del procesado en situación de prisión provisional y sospechoso de pertenecer a una organización terrorista (art. 384 bis), la clausura temporal de una empresa y suspensión temporal de las actividades de una sociedad, así como el secuestro de las publicaciones con la consiguiente prohibición de difusión de las noticias constitutivas de delitos cometidos a través de medios o soportes mecánicos de difusión. GIMENO SENDRA, 2009, p. 4.

fines¹⁵. En efecto, una misma restricción provisional de la libertad puede estar orientada, en un supuesto concreto, a fines muy diversos, como la protección de los bienes jurídicos de la víctima y/o la fácil localización del investigado a los efectos de asegurar el adecuado desarrollo del proceso. De este modo, como se matiza en la EM, *más que recurrir a una clasificación dogmáticamente cerrada de medidas heterogéneas e incompatibles, reservadas exclusivamente a un fin específico, la nueva regulación pretende ofrecer un amplio abanico de medidas compatibles y combinables que puedan utilizarse para fines muy diversos, siempre que estén expresamente reconocidos en la ley.*

En tercer lugar, por lo que a los aspectos sistemáticos se refiere, llama la atención la distinta ubicación dada a los instrumentos europeos de cooperación, en concreto, a la resolución europea sobre medidas alternativas a la prisión provisional, en la sección 5ª (disposiciones comunes), art. 236, y a la orden europea de protección, en la sección 6ª, dedicada a la orden de protección española. Incurre así el legislador en un importante error sistemático al confundir el ámbito de aplicación de la orden de protección europea con el de la orden de protección española, dada la absoluta identidad de nombre. Sin embargo, no es así (en el mismo sentido, CASTILLEJO MANZANARES, 2021, p. 278).

En efecto, conviene recordar que la euroorden de protección fue consecuencia de la *Iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección*¹⁶, presentada durante la presidencia española en el primer semestre del año 2010, cuyo objetivo fundamental era lograr el reconocimiento en todo territorio de la UE de las órdenes de protección sobre víctimas de violencia de género dictadas en cualquier Estado miembro. Se pretendía alcanzar un nivel de protección ejemplar para estas víctimas al plantear la instauración un mecanismo de cooperación en la UE, garantizando la libertad de circulación y una elevada protección de derechos fundamentales de las víctimas de es-

¹⁵ De hecho, una de las críticas que se habían realizado a la PCPP de 2013, era la clasificación de estas medidas que atendía a las distintas finalidades que pueden cumplir, señalándose que, si bien este tipo de sistematización podía tener un carácter didáctico, desde el punto de vista de la técnica procesal no resultaba adecuada pues una medida puede cumplir varias finalidades. GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA, 2020, p. 414.

¹⁶ *Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Hungría, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección.* El 7 de enero de 2010, el Coreper tomó nota de la presentación de la citada (PE-DONS 2/10 + ADD 1 + ADD 2; DO C 69, de 18 de marzo de 2010).

tos delitos¹⁷. No obstante, los problemas para su aprobación no se dejaron esperar y la propuesta fue objeto de intensos debates y un largo periodo de negociaciones (RODRÍGUEZ LAÍN, 2012) sobre la oportunidad de que fuera proyectado únicamente para las víctimas de violencia de género y sobre su viabilidad, dada la diversidad de regulaciones existentes en los distintos Estados miembros¹⁸. El consenso se logró sólo a partir de la realización de importantes modificaciones que llegaron prácticamente a desnaturalizar la propuesta original al escindirla en dos instrumentos jurídicos complementarios: el Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento y del Consejo, de 12 de junio de 2013 *relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil* y Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, *sobre la orden europea de protección*¹⁹, cuyo objetivo es el reconocimiento y ejecución de medidas de protección civil, en el primero, y de las órdenes de protección en el ámbito penal, en el segundo. La euroorden de protección tal y como fue aprobada presentaba una sustancial diferencia respecto al modelo inicial propuesto: se ampliaba el ámbito de protección subjetiva al posibilitarse su aplicación no sólo a las víctimas de violencia de género, sino también a cualquier víctima de un delito²⁰.

¹⁷ El terreno para su discusión a nivel europeo había sido previamente abonado con la aprobación de sendas Resoluciones del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, *sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* y, de 10 de febrero de 2010, *sobre igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea* en las que se llamaba a los Estados a mejorar y reforzar sus políticas nacionales para prevenir y luchar contra las diversas manifestaciones de violencia sobre la mujer, a la vez que se hacía referencia, no sólo a la necesidad de acciones internas, sino también a actuaciones conjuntas que favorezcan su tutela transnacional, al que siguieron otras resoluciones como la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, *sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea*

¹⁸ El debate inicial tuvo lugar el 23 de abril de 2010 y en él se pudieron apreciar claramente las distintas posiciones —políticas y jurídicas— al respecto: sólo parecía haber un cierto acuerdo sobre la conveniencia de establecer un vehículo a nivel europeo que mejorara la protección de las víctimas de delitos, en especial, de aquellas especialmente vulnerables como las víctimas de violencia de género, pero más allá de esta afirmación el tipo de instrumento, el alcance de las medidas y la base jurídica, aparecían claramente discutidas. La posición más crítica fue la mantenida por la Comisaria de Justicia, Viviane Reding para quien la base jurídica a que se hacía referencia en la Iniciativa era insuficiente, subrayando la necesidad de debatir más pausadamente una propuesta de semejante calado debido a las dificultades de reconciliar los diferentes sistemas judiciales y administrativos de la UE en este ámbito, por lo que llegó a amenazar con llevar el texto ante el Tribunal de Justicia de la Unión si se seguía adelante con el mismo.

¹⁹ Para un estudio más detallado me remito a lo que ya expuse anteriormente SANZ HERMIDA, A. (2013), pp. 81-106 y, sobre la trasposición de la Directiva al Derecho española, cfr. CUETO MORENO, C., “La orden europea de protección. Su trasposición en el proyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE”, en *ReDCE*. Año 11. Núm. 21. Enero-junio/2014, pp. 221-260

²⁰ Se sigue así, en parte, el camino trazado por el *Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales, aprobado por Resolución del Consejo de la Unión Europea el 10 de junio de 2011*, que propone las siguientes acciones a adoptar: Una *Directiva que sustituya a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001 relativa al estatu-*

De acuerdo con las consideraciones que se acaban de realizar, la euroorden de protección debe ser incluida, por su ámbito de aplicación, dentro de las disposiciones generales, a continuación de lo dispuesto en el art. 236 ALOECRIM.

Por último, hay que tener en cuenta que la regulación de estos preceptos debe ser completada por las especialidades establecidas en ésta u otras leyes para sujetos particularmente vulnerables o necesitados de protección. Así, por lo que se refiere a las personas con discapacidad, es necesario tomar en consideración las particularidades previstas para la libertad provisional (art. 74 ALOECRIM); mientras que en el caso de que la persona encausada sea un menor de edad sujeto al régimen de responsabilidad previsto en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, se estará a lo dispuesto en los arts. 28 y 29 de la citada Ley²¹.

II. CARACTERES Y PRESUPUESTOS GENERALES DE ADOPCIÓN

Una de las aspiraciones de cualquier Estado de Derecho en esta materia es lograr que el sistema de justicia penal, tal y como se prescribe en el apartado 2.3 de las Reglas de Tokio, establezca un amplio catálogo de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia con el fin de “asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión”, teniendo en cuenta además la necesidad de que el número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles estén “determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”. Interpretada esta disposición de conformidad con el marco de garantías que ofrece el Estado de Derecho, se pueden concretar los límites comunes de cualquier restricción de la libertad: (1) la medida

to de la víctima en el proceso penal (Medida A); Recomendación o recomendaciones sobre las medidas de orden práctico o mejores prácticas en relación con la Directiva prevista en la Medida A (medida B); Un Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección de víctimas adoptadas en materia civil (medida C); Revisión de la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos (medida D); Necesidades específicas de las víctimas (medida E); así como lo dispuesto previamente en el Programa de Estocolmo para la consolidación de la libertad, seguridad y justicia, aprobado por el Consejo Europeo en su reunión de los días 10 y 11 de noviembre de 2009 – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/C 115/01) entre otros, en los puntos 2.3.4. —“víctimas de delitos, incluidos los de terrorismo”—, 3.1. —“fomentar la aplicación del reconocimiento mutuo”—, a los que se ha hecho referencia con anterioridad.

²¹ Para un estudio de las mismas me remito a trabajos anteriores SANZ HERMIDA, Á., (2016), pp. 265-281.

ha de ser necesaria y resultar justificada a la luz de los valores del Estado, siendo el principio *favor libertatis* el que debe orientar su imposición; (2) debe existir una previsión legal suficiente conforme a los principios de *lex praevia, certa y stricta* y que respete el núcleo esencial del derecho; (3) la limitación debe adoptarse por decisión judicial motivada que respete el principio de proporcionalidad.

El art. 216.1) ALOECRIM se refiere a la justificación teleológica de toda medida cautelar, señalando que la medida debe ser **necesaria** para conseguir alguna de las finalidades constitucionalmente legítimas a que se refiere el citado artículo, como asegurar la disponibilidad del encausado en el proceso; proteger los bienes jurídicos de la víctima o de terceros; evitar la continuidad delictiva; evitar el aprovechamiento de los efectos del delito; o asegurar “otros fines legítimos” en la forma y condiciones establecidos en la ley (entre los que se encuentran, por ejemplo, garantizar la protección del menor o persona con capacidad judicialmente modificada, como se señala en el art. 230.1 ALOECRIM).

El principio de legalidad, como requisito indispensable para la restricción de cualquier derecho fundamental, aparece mencionado de forma diferente en tres preceptos, por un lado, dentro de los principios constitucionales del proceso, en los arts. 1 (principio de legalidad procesal) y 6, inspirado en la regulación contenida en la propuesta de CPP, bajo la rúbrica *Principios de habilitación legal, calidad de la ley y proporcionalidad*²², y, por otro lado, en el art. 186 ALOECRIM, ya dentro de las disposiciones relativas a las medidas cautelares. Por lo que se refiere al concreto objeto de este estudio, hay algunos aspectos que resultan destacables con relación a su desarrollo:

1. Se parte del principio de tipicidad de las medidas, ya que, como se ha señalado, sólo tienen esta consideración las legalmente previstas, debiendo considerarse el listado como un *numerus clausus*. En cada

²² La propuesta de CCP se refería, en el art. 13 a la “prohibición de exceso”, para afirmar que las medidas restrictivas de derechos solo resultarán admisibles cuando no resulten excesivas y cumplan con todos los requisitos de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, sin que puedan acordarse medidas diferentes a las previstas en la Ley que, por este motivo, están prohibidas; deben acordarse exclusivamente para la consecución de las finalidades para las que se encuentran legalmente previstas; deben ser idóneas para alcanzar sus fines y adecuadas a los mismos en las circunstancias del caso en su contenido, medida, duración y en su ámbito subjetivo de aplicación; Será preferida la medida menos gravosa que sea suficientemente eficaz; Las medidas serán proporcionadas, de forma que, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la realización de la ponderación de los intereses en conflicto la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho

una de las medidas, como se verá, aparecen además regulados los presupuestos de hecho, requisitos habilitantes y las consecuencias de cada modalidad de restricción. A este respecto, una de las principales características del ALOECRIM es que no sólo mantiene, sino que incluso amplía el catálogo de medidas cautelares personales, introduciendo medidas como la localización por medios telemáticos (que es nueva para este Código, aunque se encontraba regulada en otros instrumentos jurídicos españoles, como se verá más adelante) o la custodia (PINTO PALACIOS, 2021, p. 10) y además trata de mejorar o perfeccionar la normativa existente en lo relativo a los requisitos de aplicación, lo que contribuye a evitar que las lagunas legales tengan que colmarse a través de protocolos, circulares, instrucciones u otros instrumentos de distinto valor jurídico, como ha sucedido en otros casos (AGUILERA MORALES, 2009, p. 3).

2. Se crea con ello un marco amplio cuya concreción está sujeta al respeto del principio de proporcionalidad, lo que significa que, en la selección de la medida debe existir una adecuación cualitativa y cuantitativa al fin perseguido —idoneidad—, sin que exista una medida alternativa menos gravosa para el sujeto pasivo de la misma —necesidad— y que resulte proporcionada en sentido estricto (como se recoge en los arts. 6, 187 y 216.2 ALOECRIM) sin perjuicio de la necesaria flexibilidad en la selección para adecuarlas a las circunstancias concretas, tomando en cuenta “la gravedad del delito, las circunstancias personales del sujeto, el tiempo transcurrido desde el acaecimiento de los hechos objeto de la causa y la proximidad del acto del juicio oral” (art. 216.2 ALOECRIM)²³.

Resulta además clara la necesidad de autorización judicial para la adopción de cualesquiera de las medidas a que se está haciendo referencia (jurisdiccionalidad de la medida). Con este objeto, el art. 216.1 atribuye, como no podía ser de otro modo, al órgano jurisdiccional la competencia para la adopción de las medidas cautelares y de protección a que se refiere este estudio²⁴, de forma rogada, a instancia del MF o de otra parte acusadora. La resolución judicial por la que se acuerde deberá ser motivada, lo que

²³ Siguiendo, por otro lado, la doctrina constitucional sobre la necesidad de motivación suficiente y razonable de las resoluciones judiciales que restringen en derecho a la libertad, debiendo realizar una valoración individualizada de las circunstancias concurrentes. Cfr. SsTC 29/2019, de 28 de febrero; 179/2005, de 4 de julio; 147/2000, de 29 de mayo).

²⁴ Sin perjuicio de las excepciones previstas en caso de detención policial o por orden del MF en los casos previstos en los arts. 190 y 192, o de la posible intervención por el MF, por razones de urgencia, de bienes y efectos para garantizar la efectividad del decomiso en los casos previstos en el art. 282.

impone, como subraya el TC, que sea “*suficiente y razonable*, entendiendo por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, *ponderando adecuadamente los intereses en juego*—la libertad de la persona cuya inocencia se presume y la realización de la administración de la justicia penal— a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la medida”, debiendo expresar asimismo el *presupuesto de la medida* y el *fin constitucionalmente legítimo perseguido* (cfr. STC 179/2011, de 21 de noviembre y jurisprudencia citada, entre otras).

Junto a ello, el art. 234 regula algunos aspectos del contenido de la resolución judicial por la que se acuerde la medida y que vienen referidos a la determinación del plazo de revisión o la periodicidad con la que deben ser revisadas (art. 234.1)²⁵; el establecimiento de las medidas de control que resulten necesarias; o la necesidad de informar al sujeto pasivo de la medida de que el incumplimiento de la medida puede dar lugar a la adopción de otras más gravosas, “incluidas, en su caso, la prisión provisional” (art. 234.3 ALOECRIM).

La imposición de la medida está, por otro lado, sujeta al cumplimiento de los presupuestos generales o comunes a todas estas medidas, es decir, a la existencia de una imputación (*fumus boni iuris*) que, en palabras del legislador, se concreta en “la existencia de **indicios de participación en un delito**” (art. 216.1.a) ALOECRIM). Y, por otro, al *periculum in mora* que, en función de la finalidad de la medida puede ser de muy distinto calado, alcanzando también el *periculum in damnum* o *in libertatis* (AGUILERA MORALES, 2009, p. 4), de modo que el órgano jurisdiccional, como ya se ha apuntado, debe razonar en su decisión la necesidad de adoptar esta medida conforme al marco jurídico señalado.

Asimismo, en la regulación del Anteproyecto se pueden apreciar otros caracteres de las medidas. Así, por lo que se refiere a la homogeneidad, el ALOECRIM no contiene una previsión similar a las Reglas de Tokio en el sentido de que las medidas sean determinadas de manera que “resulte coherente con las penas”. Sin embargo, en el caso de algunas medidas

²⁵ Las medidas de control deberán ser ejecutadas por la policía, pudiendo ser obligada la persona encausada a comunicar los lugares y horarios donde de ordinario podrá ser hallada, así como señalar las formas de comunicación que permitan localizarla. La policía judicial deberá dar cuenta al MF de cualquier incidencia habida durante el seguimiento de las medidas (art. 235 ALOECRIM); (4) la medida debe ser tendencialmente homogénea con la pena.

limitativas de derechos²⁶ esta necesaria homogeneidad —más bien, identidad— sí es expresamente recogida en el ALOECRIM, tanto en lo relativo a la suspensión de cargo u oficio público o de profesión, industria, oficio o comercio (art. 229.1), como para la suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes (art. 230.1). No obstante, en el resto de los casos el amplio elenco de medidas reguladas posibilita realizar los ajustes razonables para cumplir con lo dispuesto en las Reglas de Tokio, bien por la identidad o proximidad entre la medida y la pena que pudiera corresponder, bien al menos de modo que resulte “coherente” con la pena²⁷.

El carácter provisional y temporal de las medidas y, por tanto, las posibilidades de modificación, revocación y extinción en función del mantenimiento o no de las circunstancias que dieron lugar a su adopción y del desarrollo del proceso, gravita en toda la regulación, como se irá señalando en los apartados correspondientes.

Finalmente, en la determinación de las medidas hay que tener en cuenta un límite infranqueable o absoluto y es la inviolabilidad de la dignidad humana (de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1CE) que, si bien no se recoge en las disposiciones relativas a la libertad provisional, si aparece lógicamente mencionado como principio general de la restricción de los derechos fundamentales en el 4.2 ALOECRIM, como una de las manifestaciones de todo proceso penal constitucional.

III. EL NUEVO MARCO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL: MEJORAS Y NOVEDADES

1. EL AMPLIO ELENCO DE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

Como se ha señalado, el art. 216, partiendo de la libertad como regla general, posibilita su posible restricción siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos legalmente establecidos en atención a la gravedad

²⁶ Como señala TERRADILLOS BASOCO, con relación a las penas, la tipología guarda estrecha relación con el delito cometido, de modo que pueden constituir un instrumento útil de naturaleza preventivo-especial, lo que entendemos que resulta igualmente predicable para las medidas cautelares o de protección. TERRADILLOS BASOCO, Juan “Penas privativas de otros derechos. Penas accesorias. Pena de multa”, en DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (coords.). *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, Experiencia, 2016, pp. 477-497, esp. p. 477.

²⁷ En este contexto hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 59 CP conforme al cual cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada

del delito, las circunstancias personales del sujeto, el tiempo transcurrido desde el acaecimiento de los hechos y la proximidad del acto del juicio oral y con respecto al principio de proporcionalidad en virtud del cual, entre otros aspectos, se debe considerar que no existe una medida menos gravosa que pueda resultar igualmente útil (art. 216.2).

La libertad provisional es, por tanto, una medida cautelar intermedia — en expresión del TC— entre la prisión provisional y la completa libertad, que “trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente. Dicha medida está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...) que puede acordarse con o sin fianza (art. 529), debiendo el inculpado prestar obligación *apud acta* de comparecer en los días que le fueren señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 530)” (STC 85/1989, 10 de mayo).

De estas consideraciones se deduce claramente que, cuando un sujeto se encuentra en libertad “provisional” tiene limitado este derecho por el cumplimiento de una contracautela (fianza o, en expresión de la ALOECRIM, caución), de la obligación periódica de comparecencia o la limitación de derechos (GIMENO SENDRA, 2018, pp. 492-493), medidas que aparecen enumeradas en el art. 217. Dadas las múltiples finalidades que pueden cumplir algunas de ellas, a los solos efectos expositivos, pueden sistematizarse del siguiente modo²⁸:

- a. Medidas que imponen obligaciones positivas: supuestos previstos en el art. 217 a), b), c) y d).
- b. Medidas que imponen prohibiciones u obligaciones negativas: supuestos previstos en los apartados e) f), g), h) i), j) del art. 217.
- c. La custodia (art. 217k) que, como se verá, tiene características singulares respecto de las anteriores.
- d. Medidas que suponen suspensión de derechos: conforme a lo previsto en el art. 217l), m), n) o ñ).

Desde esta perspectiva, la libertad provisional se configura como una medida cautelar “proteica” —en expresión de MORENO CATENA, 2021b, p. 362— que admite diferentes combinaciones de medidas o diversas inten-

²⁸ Se distinguen, a los solos efectos expositivos, entre medidas que imponen obligaciones positivas y que la ley denomina directamente “obligaciones” de aquellas que, en realidad, se refieren a obligaciones negativas (prohibiciones) siguiendo la distinción realizada por GIMENO SENDRA, 2016, pp. 468 y ss.

sidades en función de las circunstancias del caso y con respeto al principio de proporcionalidad, tal y como se verá a continuación.

2. MEDIDAS QUE IMPONEN OBLIGACIONES POSITIVAS PARA EL ENCAUSADO

2.1. *La prestación de garantía o caución (arts. 218-220 ALOECRIM)*

Otra de las novedades del ALOECRIM es el cambio de denominación que se da a lo que tradicionalmente en el proceso penal, a diferencia del civil, se denominaba “fianza” y que, en el Anteproyecto, como se hacía tanto en el ALECRIM 2011 (arts. 179.1^a) y 2 y 180-182), como en la PCPP (arts. 182-184), se sustituye por “**caución**”. Se trata de una obligación cuya finalidad esencial garantizar la sujeción de la persona encausada en el proceso, a través de la constitución de una garantía de naturaleza económica. Tiene por tanto una naturaleza cautelar, que busca asegurar la sujeción del imputado a la acción de la justicia.

De ahí que, para determinar su procedencia, junto con el cumplimiento de los presupuestos a que se refiere el art. 216.1 y de los requisitos específicos mencionados en el art. 218.3 (necesidad, gravedad del delito, grado de ejecución y participación de la persona encausada), deba considerarse la “capacidad económica de la persona encausada” (art. 218.3). En este contexto, la modalidad y cuantía establecida por el órgano jurisdiccional debe ser de entidad suficiente como para lograr la finalidad para la que ha sido acordada (evitar que el sujeto encausado eluda la acción de la justicia) pero a la vez accesible, es decir, que no resulte desproporcionada o arbitraria valorando la capacidad económica del encausado. En todo caso, como señala el TC, la legitimidad de las resoluciones judiciales que acuerdan su imposición no depende de su adecuación a la libre disposición de bienes, sino a la libertad personal. Dichas decisiones han de expresarse a través de una resolución judicial motivada, que ha de ser “suficiente y razonable”, entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego —la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal, en atención a los fines que hemos reseñado, por otro—(cfr. STC 179/2011; 14/2000; 169/2001, entre otras).

Para hacer efectiva la caución el art. 218.4 ALOECRIM dispone, con una redacción poco afortunada, que el juez o tribunal podrá acordar “indistintamente”:

- Libertad provisional con obligación de caución
- Prisión provisional con obligación de caución

En efecto, dicho precepto debe ser interpretado en el contexto del artículo completo y de los principios y garantías de las medidas limitativas de derechos fundamentales. Se trata de dos supuestos sustancialmente diferentes, ya que en el primero, el sujeto encausado se encuentra en libertad, de modo que si no presta caución en la forma y el plazo establecidos, es posible la adopción de otra medida cautelar que resulte procedente, incluidas las que comporten privación de libertad (art. 218.4 y 1). Sin embargo, en el segundo caso, la caución se erige en condición que le permite eludir la prisión provisional, lo que significa que deben concurrir los presupuestos para adoptar esta decisión y el sujeto permanecerá en esa situación hasta que haga efectiva la caución en los términos que se hayan acordado. Parece, por ello, conveniente eliminar el término “indistintamente”, ya que con ello no pierde sentido la regulación y se evitan interpretaciones confusas.

La caución se puede prestar en cualquiera de las formas establecidas en la LEC, personalmente o por tercero y su incumplimiento conlleva la realización de la caución previa audiencia a las partes, sin perjuicio de ordenar eventualmente la detención del encausado, así como de su sustitución por otra medida cautelar que, en atención a las circunstancias del caso, resulte adecuada.

El art. 220 se refiere a la cancelación que, de modo similar al régimen vigente, procede: a) cuando se ordene la prisión provisional; b) cuando se decrete el archivo de actuaciones; c) cuando se dicte auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria; d) cuando se presente voluntariamente la persona penada para cumplir condena; e) por fallecimiento del sujeto pasivo.

2.2. Los medios telemáticos de localización (art. 221 ALOECRIM)

La inclusión de los medios telemáticos de localización y vigilancia del encausado como medida cautelar constituye una novedad de la ALOECRIM, ya que no se encuentran previstos en el vigente texto procesal penal. Eso no significa que sea una medida desconocida en nuestro ordenamiento. Muy al contrario, es una de las posibilidades previstas en materia de protección de las víctimas de violencia de género, como se dispone en el artículo 63.4 de la LO 1/2004; en los arts. 48.4 CP y 106.1a) CP²⁹ y también es utilizada

²⁹ La pena de localización permanente fue introducida por la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, como forma de “dar una res-

en el sistema penitenciario³⁰. Sin embargo, la regulación de estos preceptos es parca (como señala, en relación con el art. 106.1a) CP, ACALE SÁNCHEZ, 2016, pp. 531-531), sin incluir particulares disposiciones sobre los requisitos o presupuestos para la adopción de esta medida, lo que no resulta adecuado para nuestro marco de garantías y de ahí la conveniencia en abordar su completa regulación entre las disposiciones relativas a la libertad provisional (NIEVA FENOLL, 2019, p. 270).

Siguiendo la delimitación dada por el Consejo de Europa en la **Recomendación CM/Rec (2014)4, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a la vigilancia electrónica**³¹, dentro de la expresión medios telemáticos de localización o seguimiento se pueden englobar las distintas formas de vigilancia a través de un monitor de localización, movimiento o comportamiento específico de las personas en el marco de la justicia penal. Estos dispositivos utilizan distintas tecnologías como la radio frecuencia, biometría o seguimiento por satélite (GPS activo o pasivo) y sus orígenes y aplicación en el ámbito penitenciario se remontan a los años 60 en los EE.UU., al que siguieron otros ordenamientos como Canadá o Australia y otros países de Europa³².

Es indudable la potencial virtualidad que pueden proporcionar estos mecanismos de localización telemática en el proceso penal, como las pulseras electrónicas, bien como medida cautelar o en el momento de ejecución de la pena³³, ya que ofrecen un alto grado de seguridad a las víctimas, a la que

puesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología”.

³⁰ El artículo 86.4 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el *Reglamento penitenciario*, se refiere a la posibilidad de que el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados, proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.

³¹ El fin de esta recomendación es definir los principios básicos relativos a los aspectos éticos y normas profesionales que permitan a las autoridades nacionales proporcionar un uso justo, proporcional y efectivo de las diferentes formas de supervisión electrónica en el marco de un proceso penal con pleno respeto a los derechos de las personas concernidas.

³² Sobre los orígenes y evolución de estos sistemas cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2009, PP. 2-12 y sobre el funcionamiento y control por las fuerzas y cuerpos de seguridad, PALOP BELLOCH, M, 2016, *passim*

³³ De manera detallada, la Recomendación CM/Rec (2014)4 subraya su enorme utilidad durante la fase de instrucción del proceso penal; como condición para suspender o ejecutar una pena de prisión; como medio autónomo de supervisión de la ejecución de una sanción o medida penal en la comunidad; en combinación con otras intervenciones de libertad condicional; como medida previa a la puesta en libertad de los presos; en el marco de la libertad condicional; como medida de orientación y supervisión intensiva para determinados tipos de delincuentes tras su salida de prisión; como medio de control de los movimientos internos de los delincuentes en prisión y/o dentro del perímetro de las prisiones abier-

vez que sirven como mecanismo “disuasorio” para el encausado (vertiente preventiva)³⁴ y también pueden tener un marcado efecto como medio para la resocialización del mismo (GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2005, p, 26). Es, además, sin duda, una medida que puede contribuir de manera eficaz a reducir el recurso a las medidas privativas de libertad. Sin embargo, su utilización en España es todavía muy baja (particularmente en la violencia de género, MAGRO SERVET, 2019; ARENAS GARCÍA, 2016, p. 70).

No obstante, el uso de este tipo de tecnologías requiere de un escrupuloso respeto al principio de legalidad y al resto de garantías inherentes a cualquier restricción de derechos fundamentales, debiendo ser utilizadas de manera debidamente reglada y proporcionada con el fin de reducir las eventuales repercusiones que pueden tener sobre la vida privada y familiar de la persona sometida a la medida de vigilancia y de los terceros afectados. Y es que ciertamente en estos casos no solo se produce una restricción de la libertad, sino una afectación de otros derechos fundamentales que no puede ser desconocida, entre ellos, el derecho a la intimidad (art. 18 CE) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)³⁵, tomando en consideración además que no puede rebasarse el límite infranqueable de la inviolabilidad de la dignidad humana (art. 4.2 ALOECRIM).

De ahí las particulares prevenciones que han de ser legalmente previstas y el especial cuidado que debe poner el órgano jurisdiccional en el momento

tas; como medio para proteger a determinadas víctimas de delitos frente a sospechosos o delincuentes individuales. A la virtualidad del uso de estos medios en los casos de violencia de género, tanto durante la instrucción como en fase de ejecución, se refiere MAGRO SERVET (2017), p. 3.

³⁴ Si bien, algunos estudios consideran que su eficacia como instrumento de prevención de la reincidencia en relación con otros instrumentos menos “invasivos” de derechos fundamentales no es necesariamente mayor. A este respecto, cfr. BONTA/WALLACE CAPRETTA/ROONEY, “Can electronic monitoring make a difference? An evaluation of three Canadian programs”, en *Crime and Delinquency*, January 2000, 46 (1), pp. 61-75, p. 71

³⁵ No coincidimos con la posición sostenida a este respecto por MAGRO SERVET cuando señala que no existe un derecho de oposición por parte del encausado “ya que es medida menos gravosa que la privación de libertad” y lo mismo para el penado, mientras dura la pena de alejamiento impuesta por el Tribunal penal, dada la preceptividad de su imposición por la vía del art. 57.2 CP (MAGRO SERVET, 2019, p. 6). En estos casos, como se ha señalado, la ponderación de derechos y la selección de medidas o, en su caso, penas, debe tomar en consideración la afectación de esos otros derechos, por lo que sí sería posible la oposición del sujeto pasivo, sin perjuicio de que esta decisión pueda conllevar adoptar una medida más restrictiva o incluso, privativa de libertad, si resulta adecuada y proporcionada a las circunstancias del caso. Esto es lo que, por otra parte, se deduce de lo dispuesto en el art. 86.4 de nuestro *Reglamento penitenciario*, cuya aplicación requiere, en primer lugar, de la iniciativa de la Junta de Tratamiento que, sobre la base del informe del equipo técnico, se pronunciará sobre su procedencia y, en caso de que se acuerde el uso de un dispositivo electrónico, se requerirá además “la aceptación y el compromiso expresos” por parte del interno, y se señala en la “*Actualización de la Instrucción sobre la aplicación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario*” elaborada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, de 26 de abril de 2019.]

de su adopción, sin perjuicio de los controles durante su ejecución y, como veremos, de la necesaria revisión periódica de su utilización. Por ello, entre los principios básicos para la determinación de esta medida, según la citada Recomendación CM/Rec (2014)⁴ es necesario observar: (1) el respeto al principio de legalidad (para la determinación de los tipos, duración y modalidades de ejecución de la vigilancia electrónica); (2) su imposición por decisión judicial; (3) la estricta sujeción al principio de proporcionalidad en la concreción del tipo, modalidades de ejecución y duración, tomando en cuenta la gravedad del delito y circunstancias individuales del sujeto pasivo, que deberán ser revisadas periódicamente, la repercusión en los derechos e intereses de las familias y de terceros, sin incurrir en ningún tipo de discriminación en su adopción³⁶; (4) o el respeto a las garantías en el tratamiento de datos personales, por destacar algunos de ellos.

Así pues, el proyectado art. 221 ALOECRIM amplía el ámbito de aplicación de estas medidas más allá de la violencia de género y no sólo como instrumento de protección de los derechos de las víctimas, sino también como forma de asegurar la presencia del encausado (art. 221.1 ALOECRIM), sin perjuicio de su utilidad para prevenir delitos por el carácter disuasorio que puede tener en el sujeto pasivo. Tiene, por tanto, una doble naturaleza, bien como medida cautelar, bien como medida de protección de las víctimas de delitos y consiste, en la obligación del encausado de estar siempre localizable, de forma continua o discontinua, mediante dispositivos telemáticos que permitan el seguimiento permanente (arts. 217.1.b) y 221.1 ALOECRIM)

Por lo que se refiere a los presupuestos para su adopción y de conformidad con lo establecido en la Recomendación CM/Rec (2014)⁴, se requiere, como primera condición, el consentimiento³⁷, expreso e informado, del encausado (art. 221.2) que debe tener en cuenta que, si rehúsa, “las partes podrán instar otras medidas más gravosas con la misma finalidad”. Es particularmente importante la necesidad de garantizar debidamente el derecho a la información de la persona encausada y que vendrá referido a los siguientes aspectos: (1) información de la obligación de permitir la instalación de los dispositivos, mantenerlos en funcionamiento y llevarlos consigo en los casos y condiciones que se determinan (art. 221.2); (2) del

³⁶ Entre las críticas que se hace al exponencial incremento de su uso en los EE.UU., se señala que es una medida desproporcionadamente aplicada para la población de color. Cfr. *Guidelines for respecting the rights of individuals on electronic monitors*, accesible en Challenging Ecarcerations Guidelines for Respecting Rights (mediajustice.org)

³⁷ Consentimiento que también el apdo 3.4 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)* requiere como presupuesto para la adopción de cualquier medida no privativa de libertad que imponga una obligación al delincuente.

funcionamiento de los equipos y condiciones de mantenimiento y uso (art. 221.2); (3) información sobre el tratamiento y conservación de los datos obtenidos (art. 221.4) y el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión y portabilidad (art. 221.7).

Aunque la ley se refiere sólo al consentimiento informado del encausado en este precepto, de igual modo, como señala el Consejo de Europa en la citada Recomendación, si la vigilancia electrónica se acuerda en el marco de un dispositivo de protección de la víctima es esencial contar previamente con el consentimiento de la misma y asegurarse de que es informada y comprende las posibilidades y límites de la tecnología. Por ello, y aunque ya en otro precepto, el art. 225, al regular la prohibición de comunicación o aproximación, señala que, cuando esta medida vaya acompañada, para su control, de un sistema telemático que permita la localización de la víctima o terceros afectados, se requerirá que presten su consentimiento.

La decisión del órgano jurisdiccional sobre el tipo y modo de ejecución deberá ser proporcionada, en su duración y grado de intromisión, a la gravedad del delito, tener en cuenta la situación personal del investigado y demás presupuestos a que se refieren, con carácter general, los apartados 1 y 2 del art. 216 y 234 de la ALOECRIM, prestando particular atención a la periodicidad con el que la medida debe ser reexaminada (art. 234.1), con el fin de reducir al máximo las injerencias en la vida privada del sujeto pasivo, constituyendo un límite absoluto el respeto a la inviolabilidad de la dignidad del encausado (art. 4.2 ALOECRIM).

Evidentemente, cuando hablamos de utilización de medios electrónicos, un aspecto fundamental de la regulación necesariamente debe venir referido a la protección de datos, que se regula en los apartados 4 a 7 del artículo 221, más de la mitad del precepto, lo que sirve de muestra para reflejar el interés del Legislador en este aspecto.

1. Se determina la información objeto de tratamiento que debe ser registrada, evitando que la injerencia pueda ser excesiva, debido a las enormes posibilidades (incluso de mediciones biométricas) que pueden presentar estos dispositivos en la actualidad y la potencial evolución a nuevas utilidades, concretándose de manera específica los datos objeto de tratamiento (identidad de la persona sometida a la medida; juez que la ha acordado; domicilio designado a efectos de localización; periodo estipulado de la medida; datos identificativos de los dispositivos de localización utilizados; posiciones, coordenadas

- y datos de geolocalización facilitados por el sistema de seguimiento; incidencias en el control o seguimiento de la medida (art. 221.4).
2. También se regulan los aspectos relativos al registro y conservación, especificándose que deben estar siempre a disposición del fiscal y del órgano judicial. Se garantiza asimismo el derecho de defensa del sujeto pasivo, permitiendo que su abogado pueda solicitar al fiscal la información a que se refiere el ar. 221.5.
 3. Como colofón a las específicas previsiones de protección de datos se regulan los aspectos relativos al acceso, rectificación, supresión y portabilidad (art. 221.7) y a la cancelación de esos datos. En particular, procede la cancelación cuando la conservación de los datos no resulte necesaria o cuando el proceso se resuelva de forma definitiva, “salvo que hubiera sido ordenada su conservación en otro procedimiento”. Dada esta previsión y aunque no se señala expresamente en el anteproyecto, el derecho a la información del encausado debe comprender la posible utilización de los datos en estos procesos. Por otro lado, para cumplir con el principio de legalidad, se deberían introducir expresamente los casos en los que puede producirse esta utilización, pues de lo contrario no resultaría legítima la medida.

No se incluye, pese a lo dispuesto en la Recomendación europea, un sistema de sanciones para el caso de que se haga un uso indebido de la utilización o el tratamiento de datos, lo que hubiera contribuido a una mayor calidad de la regulación y al fortalecimiento de las garantías.

Finalmente, tampoco se señala nada en caso de que el sujeto pasivo lleve a cabo actuaciones tendentes a que el aparato resulte inoperativo, dado que no es el instrumento adecuado para ello, lo que no significa que carezca de consecuencias jurídicas. A este respecto hay que tener en cuenta que el incumplimiento constituye una modalidad específica de quebrantamiento de condena, prevista en el art. 468.3CP con las consecuencias a esta situación vinculadas³⁸.

2.3. Obligación de presentación y de comunicación de cambio de residencia o lugar de trabajo (Art. 222 ALOECRIM)

El art. 222.1 ALOECRIM se refiere a la comparecencia *apud acta* ante el MF o la Policía judicial. Se trata de una medida de naturaleza cautelar

³⁸ Apartado 3 añadido por el artículo único 233 de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que introduce esta previsión penológica zanjando así la discusión jurisprudencial mantenida durante muchos años de si el incumplimiento en estos casos debía considerarse como quebrantamiento de condena o delito de desobediencia. Sobre estos aspectos, cfr. MAGRO SERVET (2019), pp. 9-10.

y accesoria (MORENO CATENA, 2021b, p. 364) cuyo fin es garantizar la sujeción del encausado al proceso y que consiste en una limitación de la libertad condicionada al deber de comparecencia y a la atención de todo llamamiento judicial (STS 2366/2019, de 3 de julio y jurisprudencia citada).

De conformidad con lo señalado en el Acuerdo Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de diciembre de 2013, “la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al art. 59 del Código Penal, atendiendo al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”.

La regulación propuesta en el ALOECRIM completa lo previsto en el vigente art. 530 LECrim, concretando los elementos que deben ser tomados en consideración para su determinación, así como la periodicidad de las comparecencias como el lugar de residencia del investigado, su actividad laboral y sus circunstancias personales y familiares (art. 221.1 ALOECRIM).

También con la finalidad de tener localizada a la persona encausada, el art. 221.2 dispone la obligación de indicar el lugar donde puede ser localizada durante el proceso, cualquier cambio de trabajo o domicilio o la indicación de dirección del correo electrónica.

3. MEDIDAS QUE IMPONEN PROHIBICIONES U OBLIGACIONES NEGATIVAS PARA EL ENCAUSADO

3.1. Prohibiciones de ausentarse de lugar de residencia o de un determinado territorio y prohibición de salida del territorio español y de la UE (arts. 223-224 ALOECRIM)

Con una finalidad esencialmente cautelar, de asegurar la presencia del encausado en el proceso (GIMENO SENDRA, 2018, p. 494) se regulan las prohibiciones de ausentarse del lugar de residencia, de un determinado territorio o de salida del territorio nacional o de la UE, salvo autorización judicial expresa, por motivos justificados, concedida previa audiencia a las partes, a instancia del encausado, medidas alternativas recomendadas en diversos instrumentos internacionales como la Recomendación Rec (2006) 13, de 27 de septiembre, del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre el uso de la prisión preventiva, condiciones para llevarla a cabo y previsión de salvaguardas frente a los abusos*³⁹.

³⁹ Que, a su vez, tiene en cuenta otros instrumentos europeos como Recomendación Rec (2006) 2, de 11 de enero, del Comité de ministros sobre las *Reglas Penitenciarias Europeas*; Recomendación Rec

Por lo que se refiere a la prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio, la decisión judicial deberá concretar el ámbito territorial al que se extiende la prohibición (art. 222.1), ponderando la actividad laboral e intereses personales y familiares de la persona encausada (art. 222.2).

La prohibición de abandonar el territorio nacional y la retirada de pasaporte fue una medida que, durante mucho tiempo ha sido controvertida en nuestro ordenamiento debido a la falta de cobertura legal, como señaló el TC en la STC 169/2001, de 16 julio⁴⁰ y que dio lugar a la redacción actual del art. 530, operada por la reforma de la LO 13/2003, que de manera absolutamente genérica se refiere a la posibilidad de que el juez pueda acordar motivadamente la retirada del pasaporte, por lo que la previsión legal continúa siendo muy débil (en el mismo sentido, MORENO CATENA, 2021b, p. 366).

Ante esta parca e insuficiente regulación, el art. 224 ALOECRIM supone una mejora sustancial de esta medida, destacando los siguientes aspectos:

- La decisión judicial que acuerde esta medida debe necesariamente establecer medidas de control como la retirada de pasaporte o documento identificativo que posibilitara, en su caso, la salida del país.
- Permite excepciones ya que, a instancia del interesado y previa audiencia de las partes, se pueden conceder autorizaciones temporales para ausentarse cuando se acrediten graves motivos familiares o laborales, con caución suficiente⁴¹.
- Esta medida se pondrá además en conocimiento de la administración encargada del paso de fronteras.

(99) 22, de 30 de septiembre, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre *el hacinamiento en las prisiones y la inflación de la población penitenciaria*; la Recomendación N° R (80) 11, de 27 de junio, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre *la prisión preventiva* y la Resolución (65) 11, de 9 de abril, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre *la prisión preventiva*.

⁴⁰ En dicha sentencia, recaída en el conocido como “caso Scilingo”, las partes alegaban, como cobertura legal de esta previsión, el art. 8.3 de la Ley 4/1985, de Extradición Pasiva; los arts. 10 y 11 de la Ley 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana; el art. 5.3 del CEDH; las normas que regulan la prisión provisional, en la medida en que autorizaban al Juez para la imposición de la medida más gravosa —la privación de libertad—, consideraban que también servía para cubrir otra restricción de un aspecto de la libertad; el art. 8.3 de la Ley de Extradición Pasiva; el art. 11 en relación con el art. 10.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana; así como otras normas en materia de extranjería. Sin embargo, el TC señaló que ninguna de estas normas, ni siquiera las de la LECrim que habilitan específicamente para adoptar la medida cautelar más restrictiva del derecho a la libertad personal, la prisión provisional, podían servir para dar cobertura legal para que los órganos judiciales pudieran acordar medidas cautelares menos restrictivas. *Ese conjunto de disposiciones no aporta la suficiente previsión normativa, que la exigencia constitucional de certeza del Derecho y de protección de la libertad personal requiere*“

⁴¹ Como se había reclamado por la doctrina al referirse a esta regulación en la PCPP. Cfr. GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA, 2015, p. 426.

3.2. La protección de la víctima y/o terceros como finalidad de la medida: prohibiciones de aproximación o comunicación (art. 225), de acudir a determinados territorio, lugares o establecimientos (art. 226); de residir en determinados lugares (art. 227)

Los arts. 225 a 227 regulan diversas medidas, ya conocidas en nuestro ordenamiento jurídico y que tienen como fin esencial la protección de la víctima del delito, prevenir el riesgo de atentados contra la misma o personas con las que esté íntimamente ligada, así como posibles daños en su patrimonio o bienes. Estas medidas están previstas en el vigente art. 544 bis LECrim y, guardan homogeneidad con las penas previstas en los arts. 33 y 57 CP; pudiendo ser acordada como medida complementaria de la medida de seguridad de libertad vigilada del art. 106.1 en relación con el art. 105 CP y como condición para la suspensión de la ejecución de la pena (art. 83.1 CP).

La introducción de este tipo de prohibiciones en nuestro ordenamiento se produjo con la LO 14/1999⁴² con el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de violencia doméstica, mediante la previsión de una medida que permite el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que podrá acordarse entre las primeras diligencias. Dada su finalidad, no puede afirmarse que sea una medida cautelar, sino una medida de protección excepcional, dado que afecta a derechos fundamentales y cuyo cumplimiento exige, además, de medios materiales y personales importantes si se quiere garantizar su efectivo control y vigilancia de su cumplimiento (MORENO CATENA, 2021c, p. 377; GIMENO SENDRA, 2018, p. 495).

La regulación propuesta, de forma similar a lo previsto en el art. 544bis LECrim, prevé cuatro tipos de prohibiciones u obligaciones negativas: la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas (art. 225); la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (art. 226) y la prohibición de residir en determinados lugares (art. 227). Todas y cada una de estas medidas son autónomas, lo que no impide que puedan adoptarse varias conjuntamente, dada su complementariedad.

⁴² LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECrim; y complementada con las reformas de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional y LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

Se pueden destacar las siguientes novedades y aspectos positivos de la reforma, que vienen a colmar la brevedad de la regulación vigente:

- a. El fin común de estas medidas es la protección de las víctimas o persona con la que esté íntimamente vinculada, para evitar atentar contra su vida, integridad física o moral, libertad o seguridad, libertad e indemnidad sexuales, intimidad, derecho a la propia imagen o inviolabilidad del domicilio. No obstante, en el caso de la prohibición de aproximación o vinculación se añade la finalidad preventiva de evitar que se pueda causar daño en los bienes o patrimonio de la víctima o tercero, mientras que en el caso de la prohibición de aproximación o de residencia, la de “evitar encuentros con la víctima u otras personas con las que esté íntimamente vinculada”.
- b. Se mejora la regulación en relación con el contenido de la resolución judicial por la que se acuerden estas medidas, debiendo:
 - a. En el caso de la prohibición de aproximación, fijar la distancia de la prohibición, tomando en consideración siempre el lugar de residencia de la persona encausada, su lugar de trabajo y la ubicación de los lugares a los que se prohíbe acudir.
 - b. En el caso de la prohibición de acudir a determinados lugares o transitar por ellos, determinar el ámbito espacial y temporal a los que se extiende la prohibición, especificando las distancias, periodicidad y horarios de vigencia, tomando en consideración las circunstancias personales, laborales y familiares del encausado.
 - c. En el caso de la prohibición de residencia, tomar en cuenta las circunstancias personales, laborales y familiares del encausado.

No se incluye, sin embargo, ninguna referencia a su duración máxima ni, con carácter general, al necesario control periódico del cumplimiento de estas medidas. A este respecto, debe constituir un límite absoluto el tiempo máximo que, como pena podría imponerse (MORENO CATENA, 2021c, p. 379), estando en todo caso vinculada la duración a la pendencia del proceso y al respeto de los presupuestos generales que ya han sido señalados, debiendo particularmente, justificarse la necesidad del mantenimiento de la misma. Solo en el caso de la prohibición de aproximación o comunicación, el art. 225.3 se refiere al posible control a través de medios telemáticos, a cuyo objeto se requiere, como se ha señalado anteriormente, el consentimiento de la víctima.

Es preciso destacar que uno de los problemas principales a los que se enfrenta la adopción de este tipo de medidas es a su incumplimiento, tanto por el agresor, como por la víctima, ya en los supuestos en los que el incumplimiento obedece a la voluntad exclusiva de una de las partes, ya en aquellos en los que existe un acuerdo o al menos el consentimiento de la víctima, o bien cuando dicho incumplimiento se produce de manera absolutamente fortuita, en cuyo caso habrá que acreditar las circunstancias que permitan controlar tal extremo (MAGRO SERVET, 2013, *passim*). El vigente art. 544 bis, en su párrafo 4 se refiere a posibles incumplimientos por el encausado, lo que puede dar lugar a la adopción de otra medida cautelar más restrictiva, incluida la prisión provisional, previa audiencia del inculpado, siendo además, a este respecto, la jurisprudencia del TS muy estricta, al señalar que el delito de quebrantamiento se comete cuando se viola una orden de alejamiento aún con el consentimiento de la víctima (STS de 19 de enero de 2007 y de 29 de enero de 2009; Acuerdo de Pleno no jurisdiccional. Sala Segunda, de 25 de noviembre de 2008). Para mejorar esta situación, el ALOECRIM especifica expresamente que “no se considerarán incumplimientos de estas medidas *los encuentros involuntarios*, como los *casuales o imprevistos* en lugares distintos a los prohibidos” (art. 225.2 ALOECRIM).

4. LA CUSTODIA (ART. 228 ALOECRIM)

Se trata de una auténtica novedad en nuestro ordenamiento que también había sido incluida en propuestas anteriores (art. 189 ALECRIM 2011 y 198 PCPP) y que, conforme a lo establecido en el art. 228, consiste en que el encausado puesto en libertad “esté sujeto al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que a tal fin designe y acepte hacerse cargo de la custodia”.

Esta medida, tal y como aparece regulada en el anteproyecto, casa mal con las exigencias del principio de legalidad al contener importantes omisiones referidas a los casos en los que correspondería aplicar esta medida, a las características o requisitos de la persona o entidad que pueden hacerse cargo, a las condiciones o a la duración de esta medida, si bien sí se regulan las responsabilidades que asume la persona o entidad custodiadora, así como las consecuencias derivadas de que la persona encausada incumpla con esta medida.

Por lo que se refiere a los supuestos en los que cabría su adopción y tomando en cuenta su homogeneidad con la medida prevista en el CP de custodia familiar (arts. 96.3.4 y 105.1b), parece que sería una medida adecuada

para los casos en los que el sujeto encausado haya cometido el delito en alguna de las circunstancias que pueden dar lugar a la exención (completa o incompleta) de responsabilidad a las que se refieren los apartados 1, 2 y 3 del art. 20 del CP, es decir, personas en las que concurre alguna anomalía o alteración psíquica, se encontraban en estado de intoxicación plena o sufren de graves alteraciones en la percepción, en los términos descritos en los citados apartados. Ello se deduce de una interpretación sistemática de lo dispuesto en el art. 96.3 y 105.1b) que, a su vez se remite a lo previsto en los arts. 101, 102 y 103 CP, por lo que a estos aspectos se refiere. Esta conclusión viene, además, parcialmente refrendada por lo previsto en el art. 74.3 del ALOECRIM que establece la posible adopción de esta medida en casos de discapacidad.

Partiendo de ese amplio ámbito subjetivo de aplicación, se puede delimitar la persona o institución que podría asumir la custodia que puede ser tanto un “familiar” —de conformidad con lo dispuesto en 105.1b) CP— como “institucional” o por un tercero que esté dispuesto a asumir la señalada custodia, según se desprende de los arts. 74.3 y 228.1 ALOECRIM y, en cierto modo, es una forma de “comunitarización” en la ejecución de esta medida que queda bajo la vigilancia de familiares, terceros u otras instituciones.

Por lo que se refiere a las características de esta medida, cabe destacar:

1. Es una medida restrictiva —que no privativa— del derecho a la libertad, en la que una persona o institución acepta hacerse cargo de la custodia del sujeto pasivo de la medida.
2. Es una medida complementaria a la libertad provisional que, además, puede conllevar el cumplimiento de otras obligaciones a que se refiere el art. 217 ALOECRIM
3. La medida de custodia puede acordarse con una finalidad múltiple tanto cautelar (asegurar la presencia de la persona encausada); como medida de protección de terceros o preventiva (evitar la comisión de un nuevo y concreto delito relacionado con el que es objeto del proceso)⁴³.

⁴³ De este modo el legislador refuerza la necesidad de observar las garantías inherentes a la adopción de las medidas cautelares que, por lo que se refiere a este supuesto, exigen por un lado la existencia de una imputación (atribución previa de un concreto delito) y, por otro, un “pronóstico de peligrosidad”, pero no al margen de la existencia de un hecho previo, como se hacía con la aplicación de medidas de seguridad en el caso de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, vulnerando el principio de presunción de inocencia, sino sobre la base de la atribución de la comisión previa de un delito, valorando en atención a las circunstancias concurrentes, la posibilidad de que vuelva a delinquir.

4. Está sometida a controles periódicos lo que supone, por un lado, el deber del responsable de la custodia de informar sobre el desarrollo de la misma (art. 228.2) o, en su caso, de los incumplimientos (art. 228.3). Y, por otro, el MF es la autoridad competente para el seguimiento de la medida y recepción de los informes cuya periodicidad debe concretar, sin que pueda ser superior a un mes (art. 228.3 ALOECRIM).
5. El responsable de la custodia debe aceptar expresamente hacerse cargo de la custodia (art. 228.1) lo que requiere que reciba una adecuada información sobre sus deberes y los límites a que está sometido ya que no podrá suponer ejercicio de poderes coactivos (art. 228.2.b).

En cuanto a los deberes del responsable de la custodia, le corresponde (228.2 ALOECRIM):

- a) Procurar que la persona encausada observe las obligaciones o prohibiciones que, en su caso, le hayan sido impuestas;
- b) Velar por que la persona encausada se comporte de forma acorde con las finalidades que motivaron la adopción de la medida. Con este fin, la persona responsable de la custodia determinará las medidas y reglas de conducta que estime pertinentes, sin que las mismas puedan suponer en ningún caso el ejercicio de poderes coactivos.
- c) Deber de informar periódicamente sobre el desarrollo de la medida, dando cuenta del grado de cumplimiento y del ajuste de la conducta del encausado al logro de las finalidades para la que se acordó.

El apartado tercero de este artículo termina con una referencia al incumplimiento, señalando el deber de la persona responsable de la custodia de informar al MF sobre el mismo, si bien no se señala nada más respecto de las posibles consecuencias. Parece razonable entender, no obstante, que sería una circunstancia que puede justificar la sustitución de la medida por otra que resulte necesaria y adecuada a las circunstancias del caso concreto.

5. MEDIDAS QUE SUPONEN LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS

Los arts. 229 a 232 recogen distintas medidas limitativas de derechos como la suspensión de cargo u oficio público o de profesión, industria, oficio o comercio; la suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes; la suspensión del derecho de tenencia y porte de armas y la intervención del permiso de conducción.

Se trata de medidas muy heterogéneas cuyos puntos en común, como se intitula la sección es que (1) son limitativas de derechos y (2) la existencia de un el deber de comunicación de estas medidas a la persona o instituciones competentes para hacer efectivo su cumplimiento y/o personas afectadas (art. 232 ALOECRIM).

5.1. La suspensión de cargo u oficio público

La medida de suspensión de cargo u oficio público o de profesión, industria, oficio o comercio se regula en el art. 229, atribuyéndole naturaleza cautelar, para los procedimientos por delitos que lleven aparejada una pena homogénea y siempre que la medida resulte necesaria para prevenir el riesgo de comisión de hechos delictivos concretos relacionados con el que es objeto del proceso. Esta medida se encontraba prevista en el art. 384 bis LECRim, sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas como el art. 90 del Estatuto Básico del Empleado Público, arts. 383 y 384 LOPJ o 60 EOMF.

5.2. La suspensión de facultades inherentes a la patria potestad

El art. 230 ALOECRIM regula la suspensión de facultades inherentes a la patria potestad, guarda, y custodia, tutela, curatela, acogimiento y administración de bienes. Se trata de medidas limitativas de derechos que aparecen parcialmente recogidas en el art. 544 quinquies introducido por Ley 4/2015, de 25 de abril, con el fin de proteger a la víctima menor de edad⁴⁴

⁴⁴ Teniendo en cuenta sus necesidades especiales de protección de conformidad con lo dispuesto en el art. 39 CE y art. 3 de la LOPJM que recuerda y subraya que *los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.* Ya en el año 2005, las *Directrices de Naciones Unidas sobre justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* recomendaban a los Estados adoptar medidas adecuadas de protección para los menores víctimas en todas las fases del proceso penal, entre ellas, autorizar *la presentación y consideración de sus opiniones* en las actuaciones que les afecten, así como otras medidas complementarias como *reconocer su situación de vulnerabilidad; informarles de sus derechos; prestarles la debida asistencia* durante todo el proceso; *proteger debidamente su intimidad e identidad; velar por su seguridad* frente a intimidaciones y represalias; o finalmente, *evitar dilaciones innecesarias* en las causas y en la ejecución de las resoluciones por las que se conceda su derecho a la reparación; medidas recogidas en la Ley 4/2015, que regula el estatuto jurídico de la víctima y que considera tanto al menor como a la persona con discapacidad sujetos necesitados de especial protección. De ahí que la reciente LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia introduzca medidas en todos los ámbitos para la protección adecuada del menor.

o con capacidad judicialmente modificada⁴⁵ en los supuestos del art. 57 CP (MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 2015, pp. 168-169; RAMOS MÉNDEZ, 2016, p. 55) y que también están previstas en el art. 65 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral frente a la violencia de género⁴⁶. Estas medidas resultan homogéneas con las penas previstas en el art. 46 CP (inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento) o la privación de la patria potestad que está prevista como pena principal en los casos del art. 192, mientras que en el resto funciona como pena accesoria (TERRADILLOS BASOCO, 2016, p. 481).

La regulación del art. 544 quinquies fue ya objeto de crítica por el CGPJ en su informe a la Ley del estatuto jurídico de la víctima, particularmente por la previsión del apartado 3 del art. 544 quinquies donde se dispone que “una vez concluido el procedimiento el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil”. Se señalaba que la extensión temporal más allá del proceso iba en contra de la naturaleza cautelar de la medida, lo que algunos han justificado en la naturaleza civil de este tipo de medidas o en la finalidad de protección de la misma (POLO GARCÍA, 2016, pp. 5-6). No obstante, aun considerando que esta medida puede presentar una naturaleza diferente, no solo cautelar (como expresamente se recoge en el art. 230.1) sino esencialmente de naturaleza protectora, teniendo en cuenta que se adopta en un proceso penal como consecuencia de la comisión de un delito y que se trata de una medida limitativa de derechos y complementaria a la libertad provisional, los presu-

⁴⁵ Esta previsión debe enmarcarse, además, dentro del conjunto de reformas normativas cuya finalidad es adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 cuyo último exponente es la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁴⁶ En la modificación de este precepto por LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se apelaba en la EM a las mayores necesidades de proteger a los menores, dado que “es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma”

puestos de adopción y límites deben ser observados con el mismo rigor que si se le atribuye naturaleza cautelar.

El art. 230 posibilita que, a través de esta medida, el Juez pueda acordar tres tipos de restricciones diferentes respecto de los derechos del encausado:

1. La suspensión de las facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes propios o ajenos, cualquiera que sea el título que le habilite, lo que supone privar al titular de las facultades inherentes a su función, subsistiendo los derechos y facultades que, en relación con su ejercicio, corresponden al menor o a la persona con discapacidad. La resolución judicial que acuerde esta medida deberá:
 - a. Concretar su alcance
 - b. Motivar especialmente que esta medida resulta necesaria para prevenir el riesgo de que la persona a la que se aplica la medida pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima o cometer otros hechos delictivos concretos
2. Suspender o modificar el régimen en vigor de visitas o comunicaciones con el no conviviente o con otro familiar cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o persona con la capacidad judicialmente modificada
3. Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o cualquier otra función tutelar o de protección sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del MF o de las entidades públicas correspondientes

Resulta enormemente positivo que el legislador haya previsto que, en estos casos y antes de su imposición se deba dar audiencia preceptiva al otro progenitor y al menor o persona con discapacidad, si fuera posible atendiendo a su edad, madurez y demás circunstancias personales, así como a las personas o entidades que ejerzan la institución de que se trata (art. 230.5). Se reconoce así tanto al menor como a la persona con discapacidad⁴⁷ el ejercicio del derecho a ser oído en los asuntos que les conciernen.

⁴⁷ Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones, tal y como se señala en la EM de la ley

Junto a ello y aunque la ley no lo señale expresamente, el órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración la necesidad de brindar una protección especial del interés del menor⁴⁸ (o persona con discapacidad), estándar jurídico que debe operar como criterio interpretativo esencial y elemento de ponderación a tomar en cuenta en estos casos, desde una triple perspectiva⁴⁹:

1. Como derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución.
2. Como principio general de carácter interpretativo, lo que significa optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.
3. Pero además, en último lugar, como una norma de procedimiento.

En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral⁵⁰ (SANZ HERMIDA, 2016, 2912 y ss.)

5.3. La suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas

Por su parte, el art. 231 se refiere a la suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas: protección de la víctima y también finalidad preventiva para evitar que el encausado pueda actuar contra bienes de la víctima o cometer otros hechos delictivos concretos relacionados con el delito objeto del proceso. Esta medida actualmente está recogida con carácter cautelar en el art. 67 LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, si bien la norma proyectada poco más añade a lo dispuesto en dicho precepto. Supone la intervención del arma, la licencia y la guía de pertenencia. Nuevamente no se señala nada sobre el plazo por el que se puede acordar la medida de modo que en ningún caso podrá rebasar el plazo máximo de la medida penal homogénea siempre que el proceso continúe

8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica

⁴⁸ Estándar jurídico reconocido y desarrollado en el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor —en adelante, LOPJM—

⁴⁹ Precisamente, la reforma de la LO 8/2015, también modifica el contenido del art. 2 de la LOPJM, intentando mejorar y concretar el contenido del interés superior del menor de conformidad con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, así como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño

⁵⁰ Exposición de Motivos de la LO 8/2015, de 22 de julio.

abierto y siempre que resulte acreditada su necesidad, junto con el resto de los presupuestos de las medidas limitativas de derechos fundamentales.

5.4. La intervención del permiso de conducir

Finalmente, el art. 232 ALOECRIM regula la intervención del permiso de conducir vehículos de motor y ciclomotores, actualmente regulado en el art. 529bis LECrim. A diferencia de la regulación vigente, que es bastante parca, la norma proyectada permite incluso acordar la retención inmediata del permiso de conducir, así como la inmovilización e intervención inmediata del vehículo por la policía en caso de delito flagrante, dando cuenta inmediata al MF que valorará dejar sin efecto la medida o instar al juez la adopción de otras medidas.

Se trata de una medida, de naturaleza preventiva —de defensa o protección de la sociedad, según MORENO CATENA, 2021c, p. 370—, prevista para delitos relacionados con la conducción de vehículos a motor o ciclomotores que consiste en acordar la intervención del permiso de conducción, requiriendo al investigado para que se abstenga de conducir en tanto subsista la medida, con la prevención de incurrir, en caso de no hacerlo, en la conducta prevista en el art. 556 CP (resistencia o desobediencia a la autoridad). Acordada la medida, lleva consigo la retirada de los documentos respectivos y la comunicación a los organismos administrativos correspondientes.

Desafortunadamente el prelegislador no ha aprovechado para regular algunos otros aspectos como los límites temporales a que está sujeta esta medida que, como se ha señalado en ocasiones anteriores, no podrá superar el tiempo que pueda corresponder a la correlativa pena, estando en todo caso sujeta a la pendencia del proceso y cumplimiento de los presupuestos para su adopción, particularmente a su necesidad.

Tampoco se señalan los criterios concretos que debe tener el órgano competente en su adopción, si bien, en el caso de las facultades de la policía judicial para delitos flagrantes, parece que debe acreditarse una situación de urgencia y necesidad para acordar esta medida (p.e., el conductor se encontraba en estado de embriaguez, representando un peligro real para la conducción) y, en otro caso, que se trate de una medida necesaria, sin que exista medida menos restrictiva con la que se logre la misma finalidad y, en este ámbito en particular, entre las circunstancias particulares a valorar, resulta conveniente que se considere la incidencia que la privación del permiso de conducir puede representar en la esfera personal y laboral del sujeto (por ejemplo, cuando el vehículo sea el medio necesario para el ejercicio de la profesión que ostente, etc).

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

La regulación proyectada en el ALOECRIM de las medidas cautelares personales persigue ser un instrumento acorde con los postulados garantistas propios del Estado de Derecho lo que requiere, entre otros, partir del principio de *favor libertatis*. Esta declaración de intenciones resulta enormemente positiva, ya que además de favorecer una filosofía más garantista de las medidas a adoptar durante el desarrollo del proceso penal puede ayudar, de manera correlativa, a limitar el uso de la prisión provisional. La regulación proyectada presenta importantes novedades como la introducción de la medida de localización permanente a través de medios electrónicos o la custodia, sin perjuicio de las mejoras sustanciales para el resto de medidas restrictivas de derechos fundamentales. No obstante, subsisten algunos problemas de sistemática y ciertas omisiones que han sido advertidas a lo largo de este trabajo a las que necesariamente se debe dar respuesta durante la tramitación parlamentaria para cumplir debidamente con las exigencias del modelo de Estado de Derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M., “La tutela cautelar de las víctimas de violencia de género a la luz de su ‘regulación’ legal”, en *Actualidad Laboral*, n. 22, Quincena 16 al 31 de diciembre de 2009, pp. 1-16.
- ARENAS GARCÍA, L., “La eficacia de la vigilancia electrónica en la violencia de género. Análisis criminológico”, en *International e-Journal of Criminal Science*, Research Report 1, Número 10 (2016), pp. 1-107.
- ASENCIO MELLADO, J.M., “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Parte general de las medidas cautelares. La detención”, en *RA-PDPUE*, 2021, n. 3, pp. 226-255.
- BARONA VILAR, S., “Las medidas cautelares”, en MARTÍNEZ GARÍA/BARONA VILAR/PLACHANDELL GARGALLO/ETXEBARRÍA GURIDI/ESPARZA LEIBAR/GÓMEZ COLOMER, *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021a, pp. 319-338.
- BARONA VILAR, S., “Medidas cautelares específicas”, en MARTÍNEZ GARÍA/BARONA VILAR/PLACHANDELL GARGALLO/ETXEBARRÍA GURIDI/ESPARZA LEIBAR/GÓMEZ COLOMER, *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021b, pp. 339-364.
- BELLIDO PENEDÉS, R., “La prisión provisional y las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado en el proceso penal”, en MORENO CATENA (dir.)/RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMÉNEZ (coords), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*.

- Jornadas sobre el borrador de nuevo Código Procesal Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 369-394.
- BONTA/WALLACE CAPRETTA/ROONEY, “Can electronic monitoring make a difference? An evaluation of three Canadian programs”, en *Crime and Delinquency*, January 2000, 46 (1), pp. 61-75.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “La orden de protección en el Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal”, *RAPDPUE*, 2021, n. 3, pp. 256-290.
- CUETO MORENO, C., “La orden europea de protección. Su trasposición en el proyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE”, en *ReDCE*. Año 11. Núm. 21. Enero-junio/2014, pp. 221-260.
- DELGADO CAMPOS, R., “El riesgo de victimización a menores en el ámbito judicial por privaciones de patria potestad u órdenes de alejamiento de larga duración sin contactos supervisados”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, vo. 22, 2012, pp. 55-65.
- GIMENO SENDRA, V., “Crisis de las medidas cautelares penales y el auge de las medidas provisionales”, en *La Ley*, 2009, nº 7249, pp. 1-15.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho procesal penal*, Madrid, Castillo de Luna Ediciones, 2018.
- GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA, “Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva en el borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal”, en MORENO CATENA (dir.)/RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMÉNEZ (coords), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de nuevo Código Procesal Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 402-439.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de medios telemáticos”, en *RGDP* 11(2009), pp. 1-35.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “Cárcel electrónica *versus* prisión preventiva”, en *AFDUA*, 2005. N. 2004-2005, pp. 51-86.
- MAGRO SERVET, V., “La valoración del riesgo en la instalación de pulseras electrónicas en la violencia de género”, en *La Ley Penal*, 2017, n. 128, pp. 1-8.
- MAGRO SERVET, V., “La necesidad de potenciar el uso de los dispositivos electrónicos para las víctimas de violencia de género”, *La Ley*, 2019, 9383, pp. 1-10.
- MAGRO SERVET, V., “Encuentros casuales en la orden de alejamiento y quebrantamiento de condena”, *La Ley penal*, 2013, n. 105, pp. 1-4.
- MAGRO SERVET, V., “Privación de patria potestad y Proceso penal”, en *Práctica de Tribunales*, nº 134, septiembre-octubre 2018, Especial “Medidas judiciales respecto de los hijos en procesos”, pp. 1-8.
- MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal*, Madrid, Castillo de Luna, 2015.
- MORENO CATENA, V., “Las medidas cautelares. La detención”, en MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, (2021a), pp. 319-342.

- MORENO CATENA, V., “La prisión provisional y la libertad provisional”, MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, (2021b), pp. 343-368.
- MORENO CATENA, V., “Otras medidas cautelares y medidas de protección”, en MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, (2021c), pp. 369-384.
- MORENO CATENA (dir.)/RUIZ LÓPEZ/LÓPEZ JIMÉNEZ (coords), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de nuevo Código Procesal Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal penal III. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- OTERO GONZÁLEZ, P., *El control telemático de los penados. Análisis jurídico, económico y social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- PALOP BELLOCH, M., “El sistema de control de las fuerzas de seguridad del Estado mediante pulseras electrónicas”, en *RGDP*, 39 (2016), pp. 1-24.
- PINTO PALACIOS, F., “La futura LECrim a examen. Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020”, en *Diario La Ley*, 2021, nº 9843, pp. 1-17.
- POLO GARCÍA, S., “Adopción de medidas civiles de familia en la orden de protección de violencia de género”, en *LA LEY Derecho de familia* nº 12, octubre-diciembre 2016, “Protección del menor en situaciones de violencia de género”, pp. 1-7.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal. Duodécima lectura constitucional*, Barcelona, Atelier, 2016.
- RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., “La orden europea de protección”, *Diario La Ley*, 2012, n. 5109, pp. 1-4
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. “La prisión preventiva: ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad”, en *Diario La Ley*, 1984, nº 2.
- SANZ HERMIDA, Á. M., “Hacia una tutela transnacional de las víctimas de delitos. Luces y sombras de la nueva Orden Europea de Protección”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.)/SANZ HERMIDA-ORTIZ PRADILLO (coords.), *Problemas actuales de la justicia penal*, Madrid, Colex, 2013, pp. 81-106.
- SANZ HERMIDA, Á. M., “Capítulo II. Medidas cautelares”, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Comentarios a la ley penal del menor. (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, Madrid, Lustel, 2007, pp. 265-281.
- SANZ HERMIDA, Á.M., “El derecho del niño a ser oído. A propósito de las recientes reformas en el sistema legislativo español y su incidencia en la declaración del menor como víctima del delito”, en DIÉZ PICAZO JIMÉNEZ/VEGAS TORRES (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 2911-2932
- TERRADILLOS BASOCO, Juan “Penas privativas de otros derechos. Penas accesorias. Pena de multa”, en DEMETRIO CRESPO/RODRÍGUEZ YAGÜE (coords.). *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, Experiencia, 2016, pp. 477-497.

EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

The criminal inquiry in the first draft Criminal Procedural Law of 2020

Jordi NIEVA FENOLL

Catedrático de Derecho Procesal

Universitat de Barcelona

nievafenoll@gmail.com

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿SE ARRASTRA EL SISTEMA INQUISITIVO? III. LA INVESTIGACIÓN, ¿ES DE LA POLICÍA, DEL FISCAL O DEL JUEZ? IV. ARCHIVO/SOBRESEIMIENTO. V. ¿ES NECESARIO EL PERÍODO INTERMEDIO? VI. REFLEXIONES FINALES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 implica un cambio histórico drástico en la dirección de la instrucción, que pasa del juez de instrucción al ministerio fiscal. Con todo, su misión final no acaba de ser nítida por dejar el anteproyecto muchas funciones a la policía y a los llamados “jueces de garantías”. Por otra parte, el anteproyecto representa una oportunidad desaprovechada de escapar de una vez del antiguo sistema inquisitivo y abrazar definitivamente y por completo el sistema acusatorio.

Abstract: The first draft Criminal Procedure Law of 2020 implies a drastic historical change in the direction of the criminal inquiry, which goes from the investigating judge to the public prosecutor. However, its final mission is not clear because the first draft confers many tasks to the police and the so-called “judges of guarantees”. On the other hand, the first draft represents a missed opportunity to completely escape the old inquisitorial system and fully and definitively embrace the accusatorial system.

Palabras clave: Instrucción penal, proceso penal, imputación, sistema inquisitivo, sistema acusatorio

Keywords: criminal inquiry, criminal procedure, indictment, inquisitorial system, accusatorial system

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 posee una resiliencia verdaderamente sorprendente. El anteproyecto de 2020 es la quinta tentativa de reforma integral tras las de 1891, 1906, 2011 y 2013. Hasta ahora los cuatro

intentos previos fracasaron, y nada asegura el éxito de este quinto ensayo a la fecha de escribir estas líneas.

El texto de 2020 se parece bastante al de 2011, sobre todo —pero no solamente— en lo que parece ser la intención principal de la reforma, que es atribuir la instrucción al ministerio fiscal. El resto solamente son reordenaciones, aportes doctrinales, alguna actualización científica o tecnológica, y en el fondo poco más.

Lamento ser tan severo en estas líneas previas porque legislar no es nada fácil, y mucho menos si pretende acometerse la reforma integral de un código de semejante envergadura. Por ello, cualquiera que lo intente, solamente por haber hecho el esfuerzo mental de conseguirlo, merece un tremendo respeto.

Pero a renglón seguido también debe decirse que no se puede legislar por legislar, o justificar la reforma simplemente en que la ley es vieja, porque esa no es una razón, sino la mismísima falacia *ad novitatem*. Más antiguas son las leyes de enjuiciamiento alemanas —datan de 1877—, y siguen siendo objeto de inspiración y estudio de muchos juristas del mundo. Ni siquiera parece haber un movimiento que plantee su sustitución, sino simplemente su reforma paulatina para adaptarlas a los tiempos. De hecho, a esas leyes actualmente sólo les faltaría una reenumeración de los preceptos —hay demasiados intermedios—, una cierta reordenación de su esquema general, ya algo anticuado, y la supresión de algunas normas fuera de época, como las referentes al juramento en la prueba testifical. Pero por lo demás, los textos legales siguen sirviendo eficazmente a la justicia alemana, pese a haber cumplido ya 144 años, que se dice pronto.

Por demás, casi tan antiguo es el Código Civil español —1889—, y no ha parecido haber tantos ministros de justicia interesados en su sustitución por una norma más adaptada a la realidad comercial actual. Claro está, José Canalejas no firmó una inolvidable exposición de motivos como la Manuel Alonso Martínez a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Quién sabe si por la nostalgia de esa ejemplar —y breve— exposición, ha sentido el prelegislador la necesidad de redactar al anteproyecto una exposición de motivos de nada menos que 100 páginas justas.

Indico todo lo anterior, insisto, con todo el respeto, pero no sin algo de ironía porque incluso para una ley centenaria, tres proyectos de reforma en los últimos diez años son demasiados, y que haya sucedido tal cosa es llamativo. Pero en realidad lo expongo porque creo que tanto en este anteproyecto como en los anteriores, se está perdiendo la ocasión para operar

un auténtico y necesario cambio de modelo a fin de mirar realmente hacia el siglo XXII, cuando todos los juristas que actualmente estamos en activo probablemente hayamos fallecido.

Y es que pese a los esfuerzos casi sobrehumanos del legislador de 1882, el sistema actual es tributario del modelo inquisitivo, que además no se ha superado en la enorme mayoría de lugares del mundo. La instrucción sigue siendo extensísima, además de que se traduce por voluntad de todos sus participantes en una suerte de falsa primera instancia¹. La desean los jueces de instrucción para hacer lo que realmente han sido formados para hacer: una sentencia disfrazada de auto de imputación formal para abrir el juicio oral. La desean también los abogados de los reos, que intentan así librar a su cliente cuanto antes, evitando que se abra el juicio oral, sabedores de que los jueces de ese juicio se dejan influir demasiado por el parecer del juez de instrucción, que al fin y al cabo es su compañero. En ese esquema, además, el ministerio fiscal suele estar ausente durante toda la instrucción, pese a que en los últimos años ha ganado actividad, no sin algún contratiempo de bastante consideración². En definitiva, que todo parece conspirar para que este modelo caduco, auténtica rémora del antiguo sistema inquisitivo, se mantenga *sine die*, insisto que no solamente en España.

En las líneas que seguirán voy a dar cuenta de este estado de cosas que se mantiene y profundiza en este anteproyecto, y que concluirá, aún sin formularla al final, con una pregunta un tanto desesperanzada que tal vez nadie responderá. ¿Sólo para hacer que el ministerio fiscal fuera el director de la instrucción, merecía la pena todo este anteproyecto? Naturalmente no. Copiar el modelo alemán, italiano o portugués actuales, que ya copiaban a su vez el sistema estadounidense en este sentido, no tiene demasiada razón de ser si sólo se pretende eso, copiar, sin valorar el impacto benéfico o no del cambio de modelo y dar razones del mismo, que desde luego las hay, pero hay que explicarlas. Había que hacer, por tanto, algo más aprovechando la reforma. Las líneas que seguirán pretenden explicarlo.

Con todo, el anteproyecto posee indudables aciertos, y uno de ellos que no va a ser objeto de comentario, pero debe destacarse, es la generalizada abolición de la impugnabilidad en la instrucción. Dispone el art. 585 que sólo serán recurribles los decretos del fiscal en los supuestos expresamente establecidos por la ley. Ciertamente, esa impugnabilidad ha demorado

¹ Lo expliqué en NIEVA FENOLL, J., "La instrucción como falsa "primera instancia" del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo", *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, n. 1, 2019, pp. 39 y ss.

² STS 980/2016, 11-1-2017.

tradicionalmente hasta límites irracionales algunas instrucciones, porque era un regalo en manos de abogados bien financiados que sólo querían retrasar el proceso. Aunque en realidad era otro legado del proceso medieval que arrastró el sistema inquisitivo: las apelaciones interlocutorias y otros incidentes, también interlocutorios. Con este proyecto se acaban definitivamente esos enojosos y habitualmente chicanosos recursos y se aleja así el anteproyecto del sistema inquisitivo. Ojalá hubiera culminado también esa labor en otros terrenos.

II. ¿SE ARRASTRA EL SISTEMA INQUISITIVO?

Es un muy mal presagio que el art. 522 diga literalmente que el objeto de la investigación es “*esclarecer los hechos y las circunstancias del delito y averiguar quiénes son responsables de su comisión*”. Y es un pésimo augurio porque esos cometidos, aunque coincidan con los enunciados desde 1882 en el art. 299 de la ley vigente, no son los de la instrucción, sino más bien los de la sentencia que se pronuncia tras la celebración del juicio oral. En la instrucción no debe esclarecerse nada y mucho menos señalar a los culpables de unos hechos, sino que hay que asegurar los vestigios relacionados con el delito para que, con ese acervo indiciario, sean los jueces del juicio oral los que digan cómo sucedieron los hechos y determinen a sus responsables.

Por tanto, es obvio que en este precepto se está arrastrando una mentalidad, lo que se agrava si se piensa que el encargado de esa misión ya no va a ser un juez, sino el ministerio fiscal. Es decir, quien en su caso va a formular acusación. Es, en definitiva, si se me permite un tono más coloquial, como si la instrucción sólo fuera a servir para confirmar que, tal y como dice la policía, efectivamente se ha cometido un delito y que su responsable ha sido X, tal y como constará en la acusación y debe constar en la sentencia...

Lo anterior podría ser solamente, como decía, un mal presagio. Sin embargo, por desgracia se ve confirmado con la redacción del art. 546: Dicho precepto, refiriéndose al atestado, obliga a los policías a que expresen “*con la mayor exactitud las diligencias de averiguación practicadas y su resultado*”. El hecho de que se hagan constar las diligencias de investigación es obligado, pero que la policía deba interpretar esas diligencias expresando su “resultado”, y no el juez del juicio oral, es algo que por frecuente que sea, invita a la comodidad a fiscales y jueces, descansando su labor jurídica de evaluadores de los vestigios en los hombros de la policía, lo que hace que la influencia de este cuerpo en el devenir y destino del proceso sea demasiado

intensa, lo que no es sino insistir en este esquema inquisitivo que parece no querer abandonarse.

Lo correcto —y el art. 547 va más en este sentido— es que la policía detalle lo que ha hecho, pero sin expresar conclusiones sobre el acaecimiento de los hechos. La policía, sin duda, debe expresar hipótesis de investigación, sobre todo mientras la instrucción está abierta, a fin de que se practiquen las diligencias que sea menester para que lleguen al juicio oral esas hipótesis que los jueces deberán comprobar con el sustento indiciario necesario. Pero lo que no es aceptable es avanzar acontecimientos. Y si el atestado policial va a acabar siendo, una vez más, el documento que determinará el escrito de acusación, como sucede tantas veces, su influencia en la sentencia será también notable. La única labor de la policía en el atestado no es decir que “A ha matado a B, como lo demuestran las diligencias practicadas”, sino que “las diligencias practicadas han determinado la existencia de sangre de A sobre B, presentando A laceraciones compatibles con una lucha”. La diferencia es notable, como se puede entender sin mayor dificultad.

Más allá de eso, tampoco es una buena noticia que los arts. 578 y ss dispongan que el ministerio fiscal, con el concurso del juez de garantías, pueda declarar el secreto de las actuaciones *sine die*. Claro está, ciertamente por un plazo determinado, como dan a entender los preceptos de esta parte de la ley. Pero como digo, sin un *dies ad quem* máximo previsto legalmente, lo que supone un retroceso con respecto a lo establecido en la normativa vigente en el art. 302, al depender todo de la mayor o menor generosidad con el principio de publicidad —y a la postre con el derecho de defensa— de jueces y fiscales.

Igual que tampoco parece muy coherente con un sistema auténticamente acusatorio que el art. 524 prohíba muy correctamente la *inquisitio generalis* al evitar las investigaciones prospectivas, pero después los arts. 537 y 538 no se ocupen de poner auténticos límites a las investigaciones policiales y al origen de la *notitia criminis*, que van a poder seguir siendo clandestinas y hasta a veces aleatorias, como en la actualidad, actuando la policía en esta fase preinvestigativa con absoluta independencia de lo que digan jueces y fiscales. Es bastante indicativo al respecto el art. 537.1, diciendo que los policías “*siempre que tengan conocimiento de un hecho que pueda ser constitutivo de infracción penal perseguible de oficio procederán por su propia autoridad a comprobarlo*”. Se alude así a una desconocida fuente de conocimiento que recuerda demasiado a la denostada, por antidemocrática, “*inteligencia policial*”, por más que sea citada a veces por la jurisprudencia.

Y por si quedaba alguna duda, el artículo 538.2 remacha que los agentes cesarán en su labor investigadora por orden del fiscal —lo que es más correcto— o “a requerimiento de las unidades de Policía Judicial”, lo que refuerza el carácter autónomo y en buena medida incontrolado de la labor policial, tal y como la concibe el anteproyecto.

Lo adecuado hubiera sido que el articulado hubiera seguido la orientación del art. 525, cuando prevé que el ministerio fiscal pueda disponer el inicio de una investigación de oficio. Ella hubiera supuesto restar algo de autonomía a la policía, incluso aunque ni siquiera ese poder oficial sea algo ideal, puesto que puede padecer de los mismos problemas de imparcialidad que la actual incoación de oficio de los jueces, que es otro resto del antiguo sistema inquisitivo que ni siquiera está previsto expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en realidad, más allá de algunas veladas referencias demasiado superficiales³.

Pero lo que quiero expresar es que las labores de policía y fiscalía hubieran debido ensamblarse como un todo, haciendo que la tarea policial estuviera siempre dirigida por los fiscales, de manera que los agentes no pudieran obrar al margen de los mismos o, si se hace inevitable, dándoles inmediata cuenta de sus actuaciones urgentes. Al contrario, para el anteproyecto “policía” y “fiscalía” siguen siendo dos mundos separados. Y si lo que se deseaba era potenciar la labor de la fiscalía como directora de la instrucción (art. 521), bueno hubiera sido eliminar cualquier atisbo de autonomía investigadora e, insisto, en buena medida clandestina de la policía.

Al contrario, lo que sucede es que el proyecto arrastra demasiados elementos del presente, y sobre todo del pasado, para poder ser considerado un modelo que apuesta decididamente por el sistema acusatorio. Tanto es así que se sigue aludiendo a la víctima como “acusación particular” (art. 566), lo que también era típico del sistema inquisitivo, que pese a su conducción oficial conservó este curioso resto de la antigua regulación romana, que respetaba, igual que en el proceso civil, la dualidad de partes⁴. Es cierto que el papel de la víctima como un acusador más es una peculiaridad del sistema español y que el prelegislador, en línea con las regulaciones europeas más influyentes, supedita ese papel a la autorización del juez de garantías (art. 587), aunque no parece que esta autorización vaya a suponer un obstáculo insuperable a su participación expansiva, y probablemente excesiva, en el proceso.

³ Vid. sobre el tema, NIEVA FENOLL, J., *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Barcelona 2001.

⁴ Vid. Partida VII, tít. I, Ley 1.

Quizás era el momento de superar concepciones muy anticuadas que mentalmente ligan todavía la justicia que se le hace a la víctima con la pena que se impone al reo. Por el contrario, hubiera debido reconocerse expresamente que en el castigo del reo la víctima no debe tener papel alguno, dado su espectacular e innegable sesgo punitivo en esta materia, que hace del ofendido un sujeto que, en el fondo, tiene más en su cabeza la idea de venganza que la de reparación, y que en absoluto suele tener en cuenta la pena como la oportunidad de reinserción del reo, que debe adaptarse a los avances de la misma. Es por ello que el protagonismo de la víctima en este sentido es inconveniente para los fines del proceso penal, dado que el castigo no repara y es ilegítimo que consuele, debiendo hoy en día buscarse la reparación de la víctima en otros terrenos que nada tengan que ver con el sufrimiento del reo⁵.

Como detalle secundario —tal vez no tanto— que subraya este carácter todavía demasiado inquisitivo del anteproyecto, cabe destacar la posibilidad, que el art. 564.2 confiere al fiscal, en torno a denegar la incorporación de documentos o informes que presente el reo cuando los considere “*absolutamente irrelevantes por resultar ajenos al objeto de la investigación*”.

Por mucho que el fiscal no sea un acusador y esté sometido al principio de imparcialidad, no puede olvidarse su frecuentísimo compromiso con la acusación que este proyecto no alcanza a combatir, y que se refuerza con esta posibilidad de seleccionar los materiales de defensa del reo. Por mucho que la decisión del fiscal sea impugnabile —que además no parece serlo a la luz de lo dispuesto en el art. 585—, hubiera sido bastante más fácil permitirle al reo aportar todo lo que quisiera, siendo después el órgano jurisdiccional del juicio oral quien haga la selección. Que quien va a estar destinado a hacer de contradictor del reo en el juicio oral deba tomar esa decisión, es poco menos que inaceptable desde la perspectiva del derecho de defensa.

De hecho, esta decisión de exclusión es peligrosa de por sí. Incluso si quien tomara la decisión última al respecto fuera el juez de garantías, no debe olvidarse que en varios países en los que ya existe este esquema, acostumbra a haber un inaceptable seguidismo entre fiscal y juez de garantías⁶, lo que puede hacer la defensa no imposible, pero sí mucho más

⁵ Sobre el tema, aun en sentido discrepante al indicado en el texto principal, vid. SOLÉ RIERA, J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona 1997, FERREIRO BAHAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid 2005, MARTÍN RÍOS, P., *Víctima y justicia penal*, Barcelona 2012.

⁶ Vid., por ejemplo, en Colombia, ARANGO H., M.I., “A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. (Comentario a la sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la CSJ, del 22 de septiembre de 2009, radicado 44103)”, *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 6, No. 75, julio-diciembre 2010, p. 231 y ss.

farragosa. El reo estaba ausente de todo el proceso inquisitivo salvo cuando se aprestaba o se le obligaba a declarar, dejándole en la inopia en el resto de ocasiones⁷. Ahora, con este precepto, parece seguirse una orientación parecida a fin de evitar que el reo “moleste” durante la instrucción. Si algún sentido tiene la imputación temprana del reo es precisamente impedir su indefensión. Si ahora se le deja estar pero se ponen peros a sus facultades de defensa, el resultado negativo puede ser el mismo. Este precepto debiera desaparecer del articulado.

Por último, aunque es una cuestión menor, resulta un tanto curioso que la regulación de la denuncia (arts. 526 a 529), con la excepción de la referencia al “alertador” —el *whistleblower*— (art. 528.6) sea tan compendiosa de la regulación de 1882. Pero lo que es inaceptable es que se siga estableciendo una obligación de denunciar sin auténtica sanción, pero sobre todo que se siga contando entre los exceptuados de este deber a menores e incapaces, que son antiguas inhabilidades para testificar del régimen de prueba legal⁸, hoy totalmente superadas. La referencia debiera suprimirse también, porque en ningún caso se va a perseguir a personas sin capacidad de obrar porque no hayan denunciado. Y al contrario, se transmite la idea de que menores e incapaces no son creíbles a la hora de denunciar, cuando son dos de las principales víctimas propiciatorias de un sinfín de delitos, y no solamente contra la libertad sexual. Con seguridad no fue esa la intención del prelegislador, pero convendría conjurar cualquier riesgo al respecto.

En conclusión, la regulación no pretende ser inquisitiva, qué duda cabe. Pero arrastra elementos del pasado y añade otros del presente que pueden servir para acusar al anteproyecto de este carácter, lo que merecería la pena corregir en una próxima revisión del texto.

III. LA INVESTIGACIÓN, ¿ES DE LA POLICÍA, DEL FISCAL O DEL JUEZ?

Uno de los puntos que suscitan más dudas del anteproyecto se centra en averiguar cuál es el modelo realmente escogido. Descartado que sea el juez de instrucción el director de la investigación, sólo queda la opción de que se descargue en el fiscal⁹ o en la policía, con mayor¹⁰ o menor intensidad¹¹,

⁷ JUAN Y COLOM, J., *Instrucción de escribanos*, Madrid 1795, p. 211.

⁸ Partida III, tít. XVI, Ley 9.

⁹ Vid. el modelo alemán en los §§ 160 y 161 StPO.

¹⁰ Vid. para el Reino Unido la Prosecution of Offences Act 1985.

¹¹ Vid., entre otros, el modelo rumano en los arts. 56 y 57 del Codul de procedur penal.

esa labor de dirección, siguiendo alguno de los tres modelos existentes en el panorama internacional o bien creando, por qué no, uno nuevo.

Sin embargo, en el anteproyecto no se opta por una línea clara al respecto. Por una parte, como ya vimos, se hace al ministerio fiscal director de la investigación en el art. 521 y hasta se le da la posibilidad de incoar de oficio con informaciones recibidas supuestamente también de oficio (art. 550.1).

Sin embargo, a la hora de detallar la tarea de investigación, el protagonismo es claramente para la policía, lo que no es negativo en sí mismo, pero como antes ya se vio, arroja dudas en cuando a la excesiva autonomía de este último cuerpo. Es cierto que la actividad independiente de la policía cesa cuando asume la dirección el ministerio fiscal (art. 536.2). Pero como ya se ha sugerido, hasta ese momento la actividad que puede desplegar la policía es muy amplia, tal vez demasiado. Por ejemplo, de propia autoridad puede tomar muestras genéticas (art. 539.4^a), recibir declaración al reo (art. 539.10^a), o bien emprender labores de vigilancia de personas, lugares o cosas (art. 539.14^a), entre otras muchas atribuciones que establece un extenso art. 539 y que por bien que coincidan con algunas de las actuales, no dejan de ser tal vez demasiado expansivas en la actualidad, según sea el modelo que quiera adoptarse, claro está.

Con todo, una buena noticia al respecto cabe hallarla en el art. 531, en el que se faculta a los fiscales para impartir instrucciones para establecer *“reglas, métodos y procedimientos de obligado cumplimiento para asegurar la sujeción de la actividad investigadora de la Policía Judicial a las normas y garantías procesales”*. Ojalá ello acabe de una vez por todas con el vicio de los “protocolos” policiales, que no son sino directrices internas de casi imposible control y conocimiento, que condicionan muchísimo la labor policial, que son excesivamente variables y que no pocas veces dan al traste con la debida protección de los derechos fundamentales, produciendo pruebas ilícitas.

Pero avanzando al art. 533, que se ocupa de la comunicación del ministerio fiscal con la policía, aunque establece órdenes directas en caso de urgencia o detenciones, se detecta un alejamiento incomprensible entre las dos figuras, impropio de un auténtico director de la investigación. Se confirma la sospecha en el art. 541, en el que se deja manga ancha a la policía y se dispone la comunicación con el fiscal por medio de “atestado”, siempre que haya sospechoso o deba intervenir el juez de garantías, o salvo que el ministerio fiscal disponga lo contrario (art. 544), o bien mediante “relación periódica” mientras no haya identificación del reo. También se detecta este

alejamiento en los arts. 548 y 549, en los que se regulan las “actuaciones ordenadas por el fiscal”, como si fueran algo tal vez no excepcional, pero desde luego no la norma general que, al contrario, parece ser la actuación policial autónoma, enterándose el ministerio fiscal de la labor de la policía desde su despacho y cuando se lo comunican. Mal director es aquel que habitualmente sólo supervisa cuando se lo advierten sus empleados... De ese modo, el resultado puede ser el mismo que el actual: dos mundos separados: el policial y el fiscal. Si para algo tenía que servir la reforma es para abolir las rutinas acomodaticias en la fiscalía, siempre a remolque de lo que va haciendo y quiere comunicar la policía.

Por añadidura, tampoco parece alejarse tanto el modelo propuesto por el anteproyecto del actualmente vigente, pese a que la dirección de la fiscalía sea una de sus propuestas estrella. Al contrario, muy buena parte de la legalidad de la actuación del ministerio fiscal se hace depender del juez de garantías, como ya advierte el art. 521.2. Pero no ya en el sentido de que el juez de garantías sea el garante del respeto por los derechos fundamentales durante la actividad instructora, sino que su labor va mucho, demasiado más allá. No hay, en primer lugar, demasiada claridad en cuanto a qué diligencias puede ordenar el ministerio fiscal, o incluso la policía, de propia autoridad, manteniéndose la dispersión actual al tener que acudir a la regulación de cada concreta diligencia, lo que no deja de resultar farragoso. Pero es que más allá de eso, una actuación que, siguiendo la orientación del art. 462, hubiera podido conferirse tan claramente al ministerio fiscal, como el incidente de aseguramiento de fuentes de prueba (arts. 591 a 593), se atribuye al juez de garantías por la creencia, realmente anticuada, de que los interrogatorios sólo pueden convertirse en prueba si se practican ante un juez, como manda la tradición, más que el Derecho.

Pero bien al contrario, sucede que cuando se teme que un testigo o perito no van a poder declarar en el juicio oral por peligro de muerte o discapacidad, teniendo en cuenta que ya no van a ser los jueces del juicio oral los que van a observar el interrogatorio, lo único que hay que hacer es celebrar el mismo con asistencia de ambas partes y grabarlo para que su resultado conste en el juicio oral y pueda ser valorado libremente por sus jueces. Aunque suene contraintuitivo decirlo, el papel del juez de garantías en este trámite no es esencial, siempre que se confíe mínimamente en la labor del ministerio fiscal y se dé por hecho que no va a impedir la actuación del abogado del reo, toda vez que su actuación va a quedar grabada. Pero es que si nos referimos al testigo menor de edad o discapacitado, la solución óptima ya no es, en nuestros días, que le interroge solamente el presidente del

tribunal (art. 672) o *mutatis mutandis* el juez de garantías, porque ninguno de los dos posee formación en psicología del testimonio, sino que practique ese interrogatorio quien sí tiene esa capacitación, es decir, un psicólogo del testimonio, no haciendo depender su intervención de la decisión discrecional del fiscal (469.4, 470.2.b y 486). De ese modo se habría cumplido cuanto dispone, de hecho, el art. 600 para el juicio oral.

En definitiva, se deja al ministerio fiscal en una posición secundaria y en todo caso precaria, vigilado además por esa reliquia histórica que es la acción popular (art. 568), por mucho que la reconozca de manera ingenua y pseudodemocrática nuestra Constitución, que además debe personarse ante el juez, y no ante el ministerio fiscal, cuando lo lógico es que se presentara ante el director de la investigación, y no ante quien le vigila. Tampoco se entiende, de hecho, por qué no se ha aprovechado para restringir drásticamente la acción popular más allá de las limitaciones de los arts. 121 y 122.

Tal vez lo que ocurre es que el anteproyecto no acomete las necesarias reformas para hacer del ministerio fiscal un órgano auténticamente independiente. Se conoce que esa misión se ha confiado a la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, pero ya que en la ley se habla de la inamovilidad del policía (arts. 534 y 535), no se entiende por qué se deja pendiente (art. 98) la inamovilidad del ministerio fiscal, que es una de las claves principales de esa independencia.

En síntesis, la posición del ministerio fiscal en el anteproyecto no es evidente, y preocupa que no lo sea, dado que requería superior precisión un cambio tan ambicioso como el propuesto, que aleja por fin a España del modelo francés del *juge d'instruction*, insólito actualmente en el mundo, y supera un avatar histórico que se debió en el siglo XIX a simples circunstancias económicas¹², por más partidarios que haya ganado este modelo en los últimos años por otras razones que, en realidad, tienen mucho que ver con la independencia del ministerio fiscal, tema que, insisto, tendría que haber sido de prioritario tratamiento en este anteproyecto, y no sólo en la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. ¿Qué sucedería si, por esas circunstancias rocambolescas que a veces afectan al poder legislativo, se aprobara el nuevo modelo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y quedara pendiente la reforma del Estatuto?

¹² Vid. arts. 22, 8 y ss del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, en los que se atribuía la instrucción al fiscal, pero los arts. 57, 59 y 61 establecían la posibilidad de que los jueces de instrucción asumieran la competencia —con la supervisión de los fiscales— que es lo que acabó sucediendo. Para España, vid. Santos de Isasa, *Estado de la Administración de Justicia en España*, RGLJ, 1884, tomo LXV, pp. 272-275, COLMEIRO, M., *Estado de la Administración de Justicia y reformas que parecen convenientes*, RGLJ, 1887, tomo LXXI, p. 446.

IV. ARCHIVO/SOBRESEIMIENTO

Como consta en la celebrada Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, una de las lacras contra las que expresamente quiso luchar la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue la “absolución de la instancia”, que dejaba la vida de los reos en un limbo idéntico al descrito por Kafka en *Der Prozeß*. Por ello se creó el sobreseimiento, que estaba llamado a ser solamente libre, como la absolución en todos los casos, tal y como dice solemnemente el art. 144 LECrim.

Pero se coló el “sobreseimiento provisional”, en España y en todas partes, como siniestro legado del sistema inquisitivo, haciendo del *non bis in idem* una auténtica quimera. Lo cierto es que esa absolución incondicional jamás ha gustado a punitivistas, negacionistas de la presunción de inocencia y otros paranoicos. Y es que la incongruencia del sobreseimiento “provisional” era y es máxima. El ordenamiento, en principio, impide volver a juzgar a alguien que ya ha sido absuelto tras un juicio oral, pero se le mantiene en la tortura de una instrucción inacabable si no alcanza ese estadio, o que se acaba porque se le pone ingenuamente un plazo (art. 574), pero que se concluye con sobreseimiento provisional para poder volver a la carga más adelante. El sobreseimiento provisional es la formalización del *bis in idem*, en realidad. Un *bis in idem* casi perpetuo.

El anteproyecto reincide en el mismo error y lo perpetúa, aún no en la línea de algunos recientes abolicionistas del *non bis in idem* en el mundo anglosajón¹³, pero casi, porque representa una nueva oportunidad perdida para acabar de una vez con este sinsentido. Se recupera una institución aparecida con la reforma del procedimiento abreviado de 1988, pero abolida con la reforma de 2003: el “archivo”, que reaparece junto al “sobreseimiento”.

El archivo es una resolución del ministerio fiscal que se dicta en supuestos muy diversos. En primer lugar, en caso de que los hechos carezcan manifiestamente de relevancia penal, haya exentos de responsabilidad criminal o se evidencie la inocencia del imputado (art. 590.5 en relación con el art. 586.2), equivale a un sobreseimiento libre.

Pero el archivo, con esa misma denominación —lo que puede provocar confusiones—, también puede ser una resolución equivalente al sobreseimiento provisional que puede adoptarse por muy diferentes razones, dado que se permite la reapertura de la instrucción si se decretó el archivo por razones de oportunidad (art. 175.5, 178.4, 179.3), o se produjo el archivo

¹³ Vid. ASHWORTH, A./REDMAYNE, M., *The Criminal Process*, Oxford 2010, pp. 397 y ss.

de la denuncia (art. 551), o no hay indicios de delito contra una persona determinada (art. 556.3), o no hay indicios racionales de comisión del hecho (art. 586). Pero insisto, una instrucción archivada se puede reabrir en todos esos casos, según dispone claramente el art. 590. Alguno de ellos es idéntico a los actuales supuestos de sobreseimiento libre, lo que supone un arrinconamiento de esta institución que hubiera sorprendido, sin duda, al legislador de 1882 por la evidente vuelta al pasado que supone.

De hecho, el sobreseimiento, que tiene efectos de cosa juzgada (art. 627) sólo procede tras la audiencia preliminar (art. 622), es decir, una vez formulada la acusación, si lo declara el juez de garantías por las causas del art. 622, lo que quiere decir que el fiscal que desea que la instrucción no acabe del todo, lo único que tiene que hacer es avanzar con un archivo, conjurando así ese riesgo, lo que resulta peligroso.

Es posible que esta regulación, que no deja de ser algo desordenada, sea fruto de varios debates entre personas más o menos abolicionistas del sobreseimiento provisional, o que incluso querían introducir facultades de oportunidad para la persecución de delitos en caso de que el reo colabore, lo que supone una influencia estadounidense notable aunque con una merma relevante del principio de legalidad que tal vez no sea tan aceptable como pueda parecer en un principio. Pero ese es otro tema en el que no puedo entrar ahora. Lo cierto es que observando en conjunto toda la normativa sobre el archivo y el sobreseimiento, no puede sino concluirse que no existía un criterio coherente sobre cuándo hacer que concluya definitiva o provisionalmente la instrucción.

V. ¿ES NECESARIO EL PERÍODO INTERMEDIO?

Acabo con una reflexión que va más allá de la parte del anteproyecto que me proponía comentar, pero a la que es obligatorio dedicarle algunas líneas. Probablemente la fase más enigmática de nuestros actuales sistemas procesales penales sea el llamado período intermedio¹⁴.

Se trata de una fase crucial para el destino del reo, pero que no acaba de tener demasiado sentido si se considera que la conclusión de la instrucción podría ser la acusación o el archivo decretados por el ministerio fiscal, sin más. De hecho, el anteproyecto avanza por ese camino abolicionista de la fase intermedia con la institución del archivo, como ya se ha visto, pero al

¹⁴ Sobre esta fase, ampliamente, ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación*, Barcelona 2007.

formularse acusación vuelve otra vez a la apertura de esa fase intermedia, que tiene que servir para que un juez haga de filtro de la instrucción, dictaminando si fueron suficientes las investigaciones llevadas a cabo, y habiéndolo sido, si procede acabarlo todo con el sobreseimiento o hay que validar la acusación y decretar la apertura del juicio oral.

No deja de ser sorprendente esa verificación de la acusación a cargo de un juez en un sistema acusatorio. Además, esa verificación tiene lugar tras un primer decreto de iniciación en el que se imputa por primera vez a la persona investigada (art. 550.2), así como tras una comparecencia ante el ministerio fiscal para traslado de cargos, que procedería tras varias investigaciones que permitan atribuir a una persona hechos delictivos (art. 557). El acta de dicha comparecencia se traspa al juez de garantías pero la imputación no es recurrible ante él (art. 558).

Es decir, se permite que el ministerio fiscal trabaje con las manos libres durante toda la instrucción, pero llega un momento en que se dispone la celebración de una audiencia preliminar (art. 617) ante un juez habitualmente encargado del enjuiciamiento pero que no integrará el tribunal que dicte la sentencia. En ese período intermedio, además de la verificación de la acusación, se procede a la depuración del material probatorio de pruebas ilícitas (art. 619)

Aunque es evidente que el esquema del anteproyecto intenta ser coherente y poner orden en la situación actual, lo cierto es que el resultado final es algo farragoso, porque no se entiende la existencia de tanta cautela con una acusación en un sistema acusatorio. Pero dicho esquema en absoluto es insólito en el panorama internacional, aunque lo lógico sería abrir el juicio oral una vez formulada la acusación, sin más trámites.

La razón de existencia de la fase intermedia no es demasiado conocida, pero debe ser explicada de una vez por todas. El actual “sistema acusatorio”, o al menos lo que conocemos bajo ese nombre, es la copia que se hizo en plena revolución francesa del proceso penal inglés del siglo XVIII. En dicho proceso, al igual que actualmente en EEUU, existían dos jurados, uno de acusación que databa del *Assize of Clarendon* de 1166¹⁵, y el jurado de juicio que fue instituido en la *Carta Magna Libertatum* de 1215.

Pues bien, lo que sucedió en 1166 es que se detectaron un buen número de acusaciones falsas por motivos propios de la época. Muchos hombres

¹⁵ Vid. HURNARD, N. D., “The Jury of Presentment and the Assize of Clarendon”, *English Historical Review*, 56 (223), 1941, pp. 374 y ss. Vid. también Hostettler, J., *A History of Criminal Justice in England and Wales*, 2009 pp. 46 y ss. GROOT, ROGER D., “The Jury of Presentment before 1215”, *The American Journal of Legal History*, vol. 26, No. 1 (Jan., 1982), pp. 1 y ss.

habían acudido a las cruzadas, el país salía de una guerra civil que se hizo dinástica, y como consecuencia de todo ello en el reino de Inglaterra abundaban los pillajes y las ocupaciones de terrenos ajenos, lo que generaba muchas acusaciones, algunas de ellas ventajistas, aprovechando la ausencia de los legítimos propietarios. Por eso el rey dispuso que las acusaciones se revisaran ante un jurado de vecinos del lugar antes de que se juzgaran habitualmente a través de una ordalía, como relata el propio *Assize of Clarendon*. Ese fue el origen del *Grand Jury* estadounidense¹⁶.

Pero llegados al siglo XVIII, ese origen estaba probablemente olvidado y lo que encontraron los revolucionarios franceses fue un proceso con dos jurados, que copiaron. Sin embargo, pronto se detectó un mal funcionamiento del primer jurado, el de acusación, puesto que los llamados a integrarlo pensaban erróneamente que eran los jurados del juicio, lo que les llevaba a rechazar muchas acusaciones pensando que estaban pronunciando un veredicto de inocencia¹⁷. Ello condujo a su supresión y atribución de su misión a los jueces del juicio oral que no estaban encargados de juzgar — como hace el anteproyecto —, porque eran los jurados los que cumplían esa misión. Cuando el modelo fue copiado en España, al no haber jurado hasta un tiempo después, lo que se decidió es que de esa fase se encargaran los mismos jueces de juicio, lo que podía poner en riesgo su imparcialidad.

Sin embargo, la pregunta es si es necesario el mantenimiento de esta fase inicial en absoluto. Cuando debe juzgar un jurado, al ser legos sus integrantes es necesario prevenir que los juristas les podamos engañar. Y por ello no está de más esa verificación de la acusación y ese expurgo de pruebas ilícitas, a fin de que no se vean influídos por nada de eso. Es más, igual que en el *arraignment* y las *pretrial conferences* estadounidenses¹⁸, es positivo que se haga toda esa labor, insisto, para preservar la objetividad del jurado.

Pero si no hay jurado y los jueces son profesionales, ¿qué sentido tiene? ¿No sería más lógico pasar directamente de la acusación a la apertura del juicio oral? En realidad, el período intermedio tiene sentido si va a juzgar un jurado solamente, razón por la cual tal vez el anteproyecto debería plantearse su supresión, por ser una formalidad innecesaria tratando de preservar la imparcialidad de quien ya está formado para ostentar esa característica, lo que se traduce en una pérdida de tiempo.

¹⁶ Reglas 6 y 7 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*.

¹⁷ Vid. PRADEL, “Le jury en France. Une histoire jamais terminée”, *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1, vol. 72, pp. 175 y ss.

¹⁸ Reglas 10 a 17.1 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*.

VI. REFLEXIONES FINALES

Los proyectos de ley siempre son criticados, especialmente cuando se dirigen a reformar normas tan extensas como un código procesal. La resistencia al cambio suele estar siempre detrás de las objeciones, y se explica fundamentalmente porque por mucho que magistrados, fiscales, abogados y otros operadores se quejen constantemente de las deficiencias del régimen existente, a la hora de la verdad, cuando se trata de cambiarlo todo, la pereza mental por aprender la nueva norma y adaptarse a los cambios suele dominar el fondo de todo el debate. A lo anterior se añade incluso un problema frecuente de egos por no haber estado entre los elegidos para emprender la reforma.

Todo lo anterior es muy conocido, pese a que no se acostumbre a expresar de esta forma tan sumamente descarnada. En el presente trabajo, no obstante, siendo muy consciente de lo anterior, he intentado que nada de eso influyera en el análisis. Al contrario, creo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal es una ley que ya nació farragosísima incluso para su época y pese a los muchos elogios que se le han dedicado, pues dichos elogios tal vez haya que enfocarlos más a su exposición de motivos que al cuerpo legal en sí. La ley ahora mismo está incompleta, bastante parcheada, es víctima de demasiadas leyes especiales que han roto la lógica de la codificación, tiene frecuentes reiteraciones que no acaban de comprenderse y, además, no nos engañemos, está redactada en una época en que la teoría de los derechos fundamentales todavía no se había instalado en la mente de los juristas. Es decir, creo realmente que el cambio es necesario, pero no operado de cualquier manera ni para que todo quede en el fondo igual que antes.

Es por ello por lo que en este trabajo me he centrado sobre todo en destacar una serie de carencias clave que en mi opinión tiene el anteproyecto, con la única y desinteresada intención de ayudar, si es posible, a los reformadores. La principal de esas carencias, y que desde luego condiciona las demás, es el consabido arrastre del antiguo sistema inquisitivo. Son demasiados los ejemplos de dicho arrastre que he podido identificar y enumerar, y tengo para mí que la mayoría se han producido por no tener demasiada consciencia el legislador de que esos puntos, ciertamente, provienen de dicho sistema inquisitivo. Y no es insólito que así sea, y ni siquiera al final del día resulta criticable. El sistema inquisitivo es hoy en día un gran desconocido para la doctrina en general¹⁹. Echar la vista atrás al antiguo sistema

¹⁹ Vid. NIEVA FENOLL, J. El “último” proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación), Justicia 2006, pp. 107 y ss. PÉREZ MARTÍN, A., *El Derecho procesal del “ius commune” en España*, Murcia 1999.

haría sin duda reflexionar mejor sobre la enorme mayoría de los temas que me he referido en ese epígrafe, valorando realmente su impacto en la regulación futura.

Más allá de eso, en materia de *bis in idem* hay que tomar una decisión de cara al futuro. No es aceptable que los reos puedan ser perseguidos una y otra vez con sucesivos sobreseimientos provisionales, que si se aprueba el anteproyecto serán archivos, que tampoco serán definitivos. De poco sirve decir que quien ya ha sido juzgado no puede volver a ser enjuiciado si basta con que dejemos al reo en el limbo —más bien el purgatorio— de la instrucción haciendo de él el “liberto de por vida” o “siervo de la curia” de que se quejaba Alonso Martínez. Tampoco haremos mucho por él si, en un nuevo arrastre del sistema inquisitivo, dejamos que la actual autoridad encargada de la investigación penal, es decir, la policía, pueda trabajar con el tradicional alejamiento funcional y material del ministerio fiscal. Al contrario, la fiscalía debe estar permanentemente informada de la acción de la policía, sin que se produzcan esos espacios de sombras que tan negativos son para la vida de tantos ciudadanos.

Por último, en absoluto está de más reflexionar sobre la oportunidad del mantenimiento del período intermedio. Ya se ha visto que es una fase que pertenece a otra época y a otras necesidades que por esas casualidades que a veces tiene la historia, y por el tremendo peso que posee la fuerza de la tradición en materia jurídica, se ha mantenido propiciando un control judicial de las acusaciones, no provenientes de cualquiera, sino de la mismísima fiscalía. Muy probablemente, como se ha explicado, hubo una época en que convenía que los jueces imparcialmente comprobaran la seriedad de las acusaciones de quienes se decían víctimas. Pero habiendo instituido todo un organismo cuya misión ni siquiera es realmente acusar, sino impulsar que se haga en el proceso lo que mande la legalidad, ese control preventivo de los jueces, que además puede contaminar a los jueces del juicio aunque no sean los mismos, definitivamente sobra. No es positivo, todo lo contrario, que la instrucción acabe con conclusiones cerradas que dibujen la futura sentencia. Al contrario, todas las piezas de este mecanismo extraordinario que es el sistema procesal penal deben ordenarse a conseguir uno de los puntales principales de cualquier Justicia que merezca ese nombre: la imparcialidad de los jueces.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO H., M.I., “A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. (Comentario a la sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la CSJ, del 22 de septiembre de 2009, radicado 44103)”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, No. 75, julio-diciembre 2010, p. 231 y ss.
- ASHWORTH, A./REDMAYNE, M., *The Criminal Process*, Oxford 2010, pp. 397 y ss.
- COLMEIRO, M., *Estado de la Administración de Justicia y reformas que parecen convenientes*, RGLJ, 1887, tomo LXXI, p. 446.
- FERREIRO BAHAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid 2005.
- GROOT, ROGER D., “The Jury of Presentment before 1215”, *The American Journal of Legal History*, vol. 26, No. 1 (Jan., 1982), pp. 1 y ss.
- HOSTETTLER, J., *A History of Criminal Justice in England and Wales*, 2009 pp. 46 y ss.
- HURNARD, N. D., “The Jury of Presentment and the Assize of Clarendon”, *English Historical Review*, 56 (223), 1941, pp. 374 y ss.
- JUAN Y COLOM, J., *Instrucción de escribanos*, Madrid 1795.
- MARTÍN RÍOS, P., *Víctima y justicia penal*, Barcelona 2012.
- NIEVA FENOLL, J., “La instrucción como falsa “primera instancia” del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo”, *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, n. 1, 2019, pp. 39 y ss.
- NIEVA FENOLL, J., *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Barcelona 2001.
- NIEVA FENOLL, J. El “último” proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación), *Justicia* 2006, pp. 107 y ss.
- ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación*, Barcelona 2007.
- PÉREZ MARTÍN, A., *El Derecho procesal del “ius commune” en España*, Murcia 1999.
- PRADEL, “Le jury en France. Une histoire jamais terminée”, *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1, vol. 72, pp. 175 y ss.
- SANTOS DE ISASA, *Estado de la Administración de Justicia en España*, RGLJ, 1884, tomo LXV, pp. 272 y ss.
- SOLÉ RIERA, J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona 1997.

LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA PERSONA INVESTIGADA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

The Investigative Proceedings related to the Person under Investigation in the 2020 Preliminary Draft of the Code of Criminal Procedure

Carmen NAVARRO VILLANUEVA

Profesora titular de Derecho Procesal UAB
maricarmen.navarro@uab.cat

SUMARIO: I. LA IDENTIFICACIÓN VISUAL DE LA PERSONA SOSPECHOSA: 1. La rueda de reconocimiento; 2. El reconocimiento por imágenes grabadas; 3. El reconocimiento *in situ*; 4. La identificación fotográfica; II. LA ACREDITACIÓN DE LA EDAD Y LOS ANTECEDENTES DE LA PERSONA INVESTIGADA; III. LA DECLARACIÓN DE LA PERSONA INVESTIGADA; IV. LAS INSPECCIONES E INTERVENCIONES CORPORALES: 1. Cuestiones generales; 2. Las inspecciones corporales; 3. Las intervenciones corporales; V. LA DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN CONSISTENTE EN LA OBSERVACIÓN PSIQUIÁTRICA; VI. LA DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN MEDIANTE MARCADORES DE ADN: 1. La recogida y obtención de vestigios biológicos; 2. La toma de muestras; 3. Análisis de los perfiles de ADN y valor probatorio de la diligencia; VII. DILIGENCIA DE DETECCIÓN DE ALCOHOLEMIA Y DE CONSUMO DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El presente trabajo recoge las principales ideas expuestas en el quinto Seminario de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas e incorpora las valiosas aportaciones efectuadas por otros compañeros procesalistas acerca de los medios de investigación que tienen como nexo en común a la persona investigada. Concretamente, este estudio se dedica al análisis de los arts. 306 a 520 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 que conforman el Título I del Libro III del mismo. Tales preceptos regulan una amalgama de diligencias de instrucción que, en ocasiones, irán dirigidas a descubrir la identidad de la persona investigada o a indagar acerca de circunstancias relativas a esta como su edad, capacidad, ADN o antecedentes penales, y, en otras, se dedicarán a examinar circunstancias acerca de la comisión del delito como la detección del consumo de alcohol o drogas. Dentro del Título I se incluye, asimismo, la declaración de la persona investigada que, como es sabido, depende de su exclusiva

voluntad pero, al mismo tiempo, puede aportar datos esenciales para continuar la investigación.

Palabras clave: diligencias de instrucción-reconocimiento persona sospechosa-declaración-inspecciones e intervenciones corporales-observación psiquiátrica.

Summary: This work collects the main ideas presented in the fifth Seminar organised by the Association of Professors of Procedural Law from Spanish Universities, which was held on the 21 June 2021. Specifically, this study analyses the articles 306 to 520 of the 2020 Preliminary Draft of the Code of Criminal Procedure. These articles are included in its Title I of Book III and regulate a mixture of investigative proceedings with the person under investigation as a common link. Some of them would be aimed to find out the identity of the person who participated in the crime; to clarify circumstances related to this person such as her/his age, mental capacity, DNA or criminal records or to explore circumstances surrounding the commission of the crime such as alcohol or illegal drugs testing. The statement of the person under investigation is included as well in Title I and could be able to provide essential data in order to pursue the investigation.

Key words: Investigative proceedings-Identification of the person suspected-Suspect's statement-Bodily inspections and interventions-Psychiatric observation

I. LA IDENTIFICACIÓN VISUAL DE LA PERSONA SOSPECHOSA

Según el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (en adelante, ALECrím), se prevé cuatro tipos distintos de reconocimiento, que aúnan como principal característica su dependencia de la memoria del testigo llamado a practicarlo¹. Son la rueda de reconocimiento, el reconocimiento por imágenes grabadas, el reconocimiento *in situ* y la identificación fotográfica.

1. LA RUEDA DE RECONOCIMIENTO

Esta diligencia de instrucción se acordará por el Fiscal “*cuando resulte necesaria para determinar la identidad del autor del hecho y siempre que existan datos objetivos suficientes para sospechar de una persona determinada*” (art. 306.1). A tal efecto, no será dato objetivo suficiente para practi-

¹ En este sentido, como recuerda NIEVA FENOLL (2020), *La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)*, “Revista lus et Praxis”, Año 26, N° 3, p. 161, la psicología del testimonio advierte de la escasa fiabilidad de la memoria humana dado que la persona no solo olvida los hechos presenciados con cierta facilidad y rapidez sino que, además, puede generar recuerdos falsos sobre éstos. En esta misma línea, NIEVA siguiendo a MANZANERO PUEBLA (2010), *Memoria de testigo*, Ed. Pirámide, Madrid, la memoria depende de condiciones de observación que no suelen tenerse en cuenta en el proceso pero que pueden alterarla tales como el intervalo de exposición del testigo a lo observado, la luz, distancia, la edad o el estrés padecido, entre otros (*op. cit.*, p. 162).

car la diligencia de reconocimiento en rueda la previa identificación fotográfica realizada por el mismo testigo (art. 306. 2). También podrá solicitarla la persona investigada y el fiscal la acordará “*cuando existan dudas sobre la identidad y ésta no pueda determinarse por otros medios más fiables*” (art. 306.3), expresión con la cual parece reconocerse la escasa fiabilidad y confianza en esta diligencia².

Cambia la forma de practicarla respecto de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) y del proyecto de Código Procesal Penal de 2013 (en adelante, PCPP) dado que se practicará preferentemente de manera “secuencial”, esto es, “*mostrando al testigo para su examen, de forma separada y aleatoria, a cada uno de sus componentes. El testigo no se pronunciará hasta que haya visto a todos*” (art. 308. 1). Según los expertos, la rueda secuencial protege, en mayor medida, contra falsos reconocimientos de inocentes puesto que el testigo no sabe cuánta gente se le presentará y no tiene tendencia a reconocer de forma irreflexiva³.

De todos modos, el mismo precepto deja abierta la posibilidad de practicar la rueda de reconocimiento como tradicionalmente se ha realizado en nuestro país “*si hay razones que lo justifiquen*” (razones que el ALECrím no concreta) “*y, en todo caso, si lo solicita la defensa*”. Ahora bien, la redacción utilizada en el Anteproyecto es “*podrá acordar*”, de la que se infiere que se pretende dejar a criterio del Fiscal, que la rueda se efectúe “*colocando juntos, a la vista del testigo, a todos sus integrantes*” (art. 308.1 *in fine*).

Esta diligencia se practicará siempre con asistencia letrada siendo tal garantía irrenunciable, de modo que se efectuará el nombramiento de abogado/a de oficio si la persona sospechosa no hubiera designado ninguno/a (art. 306.4).

² Al respecto, *vid.* PICO JUNOY (2011), *El “reconocimiento en rueda” del acusado*, en Xavier Abel y Manuel Richard (dir.), *Estudios sobre prueba penal*, vol. II, La Ley-Wolters Kluwer, pp. 145 a 166.

³ *Vid.*, entre otros, REAL MARTÍNEZ et al. (1997), *Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación*, en FARIÑA RIVERA Francisca y ARCE FERNÁNDEZ (Coords.), *Psicología e investigación judicial*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, p. 106 y OVEJERO BERNAL (2012), *Fundamentos de psicología jurídica e investigación criminal*, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 129. Este último autor afirma, citando a Lindsag y Manzanero, que la rueda secuencial es más fiable y ofrece mejores resultados aún si el testigo desconoce de antemano el número de componentes de la misma (*op. cit.*, p. 130). De todos modos, DIGES JUNCO Margarita y PÉREZ MATA, Nieves (2014), *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio en AAVV, Identificaciones fotográficas y en ruedas de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, Marcial Pons, señalan que, aunque los resultados empíricos han mostrado de modo sistemático que la rueda secuencial reduce el número de falsas identificaciones, los datos sugieren que también reducen el número de aciertos, si bien esa disminución está muy por debajo (alrededor de un 8 por 100) de la reducción de errores (un 22 por 100).

La futura regulación continúa señalando, lógicamente, la necesidad de que los figurantes o distractores de la rueda posean unos rasgos físicos coincidentes con la descripción efectuada por el testigo al realizar sus declaraciones (art. 307.1). Asimismo, subraya el deber de vigilancia de la persona que haya procedido, en su caso, a la detención del sospechoso “*para que el detenido no haga alteraciones en su persona o en sus ropas que dificulten su posterior identificación*” (art. 307.2).

En cuanto a la composición de la rueda y la forma de practicarla se tienen en cuenta muchos de los extremos que habían sido objeto de crítica en el anterior PCPP y, entre otros:

a) El número de personas mínimo que formarán parte de la rueda será de 5 distractores más la persona investigada. En este sentido, recuérdese que la LE-CRim no establece ningún número concreto de personas que deban participar en la rueda y que el anterior PCPP lo fijaba en 4 +1. Se sigue, por tanto, en cuanto al tamaño de la rueda las recomendaciones de los expertos que afirman que esta “*debe tener un número de componentes que garantice que la probabilidad de señalar a un inocente por azar sea lo suficientemente pequeña*” reduciéndose tal posibilidad al incrementar el número de personas que conforman la rueda⁴.

b) Se opta por la llamada “rueda a ciegas” para evitar cualquier tipo de contaminación, aunque sea inconsciente, en el testigo. De este modo, “*quien dirija la diligencia de reconocimiento en rueda no podrá conocer la identidad de la persona sospechosa, bajo pena de nulidad*” (art. 308.3). Así, el fiscal encomendará la ejecución de la diligencia a un funcionario de la fiscalía, “*que quedará debidamente identificado en el acta*” (art. 308.3 *in fine*)⁵.

c) No se podrá incluir en la misma rueda a más de una persona sospechosa (art. 307.4). En este sentido, conviene recordar que, reiteradamente, la doctrina había afirmado el aumento de posibilidades de equivocación cuando en la rueda figuraba más de un sospechoso y, por tanto, su inutilidad⁶. Por otra parte, la persona que deba someterse a la diligencia de

⁴ REAL MARTÍNEZ et al. (1997), *Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación*, en FARIÑA RIVERA Francisca y ARCE FERNÁNDEZ (Coords.), *op. cit.*, p. 103. Así, si la rueda es de dos sujetos, la probabilidad de señalar a cualquiera de los miembros es de 0,50, por lo que los citados autores plantean que las ruedas las compongan entre 5 y 9 miembros.

⁵ Nuevamente en este extremo se siguen las recomendaciones realizadas por las personas expertas en psicología del testimonio. *Vid.*, en este sentido, REAL MARTÍNEZ et al., *Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación*, en FARIÑA RIVERA y ARCE FERNÁNDEZ (Coords.), *op. cit.*, p. 108 y LOZANO GÓMEZ (2020), *Memoria y errores en el reconocimiento de sospechosos*, en “Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, Año 8, Vol. 15, agosto-diciembre, p. 113.

⁶ *Vid.*, al respecto, REAL MARTÍNEZ et al. (1997), *Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación*, en FARIÑA RIVERA y ARCE FERNÁNDEZ (Coords.), *cit.*, p. 108 y OVEJERO BERNAL (2012), *Fundamentos de psicología jurídica e investigación criminal*, *cit.*, p. 128.

reconocimiento tendrá derecho, según establece el art. 307. 3, a aportar a la composición de la misma a personas de su elección así como a solicitar que la rueda se realice con otras personas que él considere sospechosas, en cuyo caso el fiscal valorará la necesidad de realizarla. Tal previsión me suscita la duda de si, en caso de acceder el fiscal a realizar la rueda de reconocimiento incorporando a la/s persona/s señalada/s por quien deba someterse a esta diligencia, se trata de la misma rueda en la que participa esta última, en cuyo caso se entraría en contradicción con lo dispuesto en el art. 307.4, que prohíbe incluir en la misma rueda a más de una persona sospechosa, o, por el contrario, se trata de una segunda rueda de reconocimiento.

d) El art. 308.4 recoge algunos extremos acerca de los que hay que informar necesariamente al testigo, tales como que los miembros de la rueda no pueden verle, que no es imprescindible que haga una identificación y que en la rueda puede no estar presente el autor del delito así como que las investigaciones seguirán su curso aunque no se produzca reconocimiento alguno⁷.

e) De ser varios los testigos que hayan de efectuar el reconocimiento, la rueda se practicará separadamente con cada uno, impidiendo que se comuniquen entre sí hasta la finalización de la diligencia (art. 308. 5).

g) Se prevé la posibilidad de reconocimiento de voz en la misma rueda, a tenor de lo dispuesto en el art. 308.6: “*Los miembros de la rueda podrán ser requeridos por quienes participen en la práctica de la diligencia para que realicen un determinado movimiento, un gesto o para que pronuncien una determinada frase*”. En este sentido, es preciso tener en cuenta que el eventual reconocimiento de voces del anterior PCPP, contemplado en el art. 278, se incluye ahora en la rueda de reconocimiento pero no parece contemplarse el “reconocimiento a través de voces grabadas” que sí se preveía en el art. 278.3 PCPP, porque, además, el 309 del ALECrím, que regula el reconocimiento por imágenes grabadas, hace únicamente referencia a “imágenes” pero no a voces grabadas.

Finalmente, es preciso indicar que la diligencia de reconocimiento será grabada en soporte audiovisual apto para su reproducción. Si no fuera posible, se tomarán fotografías del conjunto de la rueda y de cada uno de sus componentes. En cualquier caso, se documentará en un acta firmada por el

⁷ La advertencia al testigo acerca de la posibilidad que la persona sospechosa no figure entre las que conforman la rueda ha sido otra de las reivindicaciones de los especialistas en psicología del testimonio. REAL MARTÍNEZ et al. (1997), *Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación*, en Fariña Francisca y R. Arce (Coords.), *cit.*, p. 108 y OVEJERO BERNAL (2012), *Fundamentos de psicología jurídica e investigación criminal*, *cit.*, p. 130. *Vid.*, asimismo, U.S. Department of Justice (1999), *Eyewitness Evidence. A Guide for Law Enforcement*, October, p. 19 y 32.

fiscal, el funcionario de la fiscalía que la ha practicado, el testigo, la persona sospechosa y su abogado (art. 308.7). Es esta una medida positiva y que permitirá, en su caso, al tribunal sentenciador verificar la forma en que fue practicada la misma y si los integrantes de la misma poseían efectivamente esos rasgos similares que se exigen en la práctica de la diligencia.

2. EL RECONOCIMIENTO POR IMÁGENES GRABADAS

Este reconocimiento por imágenes grabadas aparece claramente previsto como diligencia que puede practicarse cuando no se ha podido realizar la rueda de reconocimiento, dado el tenor literal del art. 309.1: “*Si por causa imputable a la persona investigada o por resultar imposible su práctica, el reconocimiento no ha podido efectuarse a través de la rueda de reconocimiento, el fiscal podrá ordenar que se realice a través de grabaciones del sospechoso y de otras personas de aspecto semejante*”. Añade el transcrito precepto que, caso de procederse al reconocimiento por imágenes grabadas, “*la grabación deberá reflejar una situación similar*” (art. 309.1 *in fine*).

La idea de esta diligencia parece residir en grabar simplemente a la persona sospechosa y a las que figuraran como distractores. Sin embargo, más allá de las posibilidades de error que cualquier diligencia de reconocimiento de personas puede conllevar como ha manifestado la doctrina, parece demasiado sacrificio exigir a los figurantes que realicen poses para una cámara. Tampoco queda, a mi juicio, claro qué significa que la grabación deberá reflejar “una situación similar”: ¿se refiere a que las grabaciones han de ser realizadas en el mismo escenario? ¿Practicando las mismas poses o gestos? El legislador debería concretar, en mi opinión, el significado de esa “situación similar”.

Al igual que la rueda de reconocimiento, el reconocimiento por grabaciones se realizará siempre en presencia del abogado/a de la persona sospechosa y se practicará conforme al procedimiento establecido para el reconocimiento en rueda. Y, del mismo modo, deberán incorporarse al acta las grabaciones realizadas, según prevé el art. 309.2.

3. EL RECONOCIMIENTO *IN SITU*

Ciertamente algunos expertos en psicología del testimonio han afirmado que es preferible llevar a cabo la rueda de reconocimiento en el lugar del delito puesto que “*reinstaurar el contexto a la hora de realizar la prueba puede*

*ayudar a un mejor reconocimiento*⁸. A ello parece responder la previsión establecida en el art. 310.1 del Anteproyecto conforme a la cual, “*inmediatamente después de haberse cometido el hecho delictivo, el testigo, acompañado de la policía, podrá desplazarse al lugar en el que pueda encontrarse el autor del delito con la finalidad de identificarle*”. En cualquier caso, es esta una posibilidad que, a mi juicio, genera demasiadas dudas e inquietud y que exige demasiados sacrificios al testigo que, no olvidemos en muchos casos, será la víctima del delito. Así, a este testigo y/o víctima se le va a pedir que, tras haber presenciado y/o sufrido unos hechos delictivos vuelva al escenario del crimen para poder identificar al presunto agresor. Pero es que antes, ese mismo testigo debe proporcionar una descripción precisa de la persona que haya de ser reconocida y si son varios los testigos, cada uno realizará la descripción por separado, a tenor de lo establecido en el art. 310.2. En este último caso, esto es, si son varios los testigos la diligencia de reconocimiento *in situ* “*se realizará separadamente con cada uno de ellos*” (art. 310.2 b).

Esta diligencia se practicara solo “*si quien ha de ser identificado se encuentra solo o formando parte de un grupo de personas*”, según dispone el art. 310. 1 *in fine*. Nuevamente, en este punto el legislador no concreta de cuantas personas tiene que ser, en su caso, el grupo de personas del que forme parte la persona sospechosa. En cambio, sí señala expresamente la citada disposición que este reconocimiento *in situ* no podrá realizarse, en ningún caso, si la persona sospechosa se encuentra detenida, está esposada o siendo objeto de una actuación policial. Y es que, como señala LOZANO GÓMEZ reconocer a una persona detenida o esposada genera una falsa concepción en testigos y víctimas al asumir que la policía solo le presentará personas sospechosas que son las que realmente cometieron el delito, por lo que más que una identificación, se tiene la concepción de que se busca una confirmación de que quien se encuentra detenido/a es un delincuente⁹.

La práctica del reconocimiento *in situ*, según prevé el art. 310.2 c), “*se limitará al lugar o lugares en los que presumiblemente pueda hallarse el sospechoso y se llevará a cabo con las personas que casualmente se encuentren en ellos*”.

El testigo puede pedir que la diligencia se practique sin ser visto, “*a cuyo efecto se le informará adecuadamente*” (art. 310.2 e). Amén de las dificultades

⁸ REAL MARTÍNEZ et al. (1997), *Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación*, en FARIÑA RIVERA y ARCE FERNÁNDEZ (Coords.), *cit.*, p. 109. Señalan, en efecto, los citados autores que lo ideal sería realizar la rueda en el lugar del delito.

⁹ LOZANO GÓMEZ (2020), *Memoria y errores en el reconocimiento de sospechosos*, *cit.*, p. 114.

prácticas para llevar a cabo un reconocimiento *in situ* en un lugar concreto sin ser visto y acompañado de la policía, no concreta el señalado precepto los extremos acerca de los cuáles debe informarse adecuadamente al testigo.

Por otra parte, tan pronto como un testigo señale a una persona determinada “*se suspenderá la diligencia, procediéndose con el resto a practicar la diligencia de identificación en rueda respecto de la persona que haya sido identificada*” (art. 310.2 f). Pese a la confusa redacción del precepto, parecería que “*el resto*” hace alusión a las otras personas testigo y/o víctimas y que la idea es que, siendo varios los testigos/víctimas, una vez realizada la identificación por uno de ellos a través del reconocimiento *in situ*, se cambie el sistema de reconocimiento de la persona sospechosa señalada por este último respecto del “resto” de testigos¹⁰.

A los efectos del posterior control por parte del tribunal sentenciador del reconocimiento *in situ* practicado, el art. 310. 3 dispone la necesidad de la grabación de su práctica, “*tomando imágenes tanto de la escena general como de las personas presentes y, en particular de la persona que resulte identificada*”.

De resultar identificada alguna persona se le informará de la diligencia practicada y, de continuarse el procedimiento contra ella, se le comunicará dicha circunstancia y se le designará abogado/a o se le requerirá para que lo/la designe, informándole de la descripción hecha inicialmente por el testigo, al amparo de lo dispuesto en el art. 310. 4.

Como colofón, es preciso insistir que esta rueda de reconocimiento *in situ* comporta, por una parte, excesivos sacrificios para el testigo y puede poner en riesgo su seguridad. Por otro lado, desde la perspectiva de la persona sospechosa, tampoco cumple con el requisito de asistencia letrada que sí se exige en la ordinaria.

4. LA IDENTIFICACIÓN FOTOGRÁFICA

Es esta una diligencia residual, prevista en el art. 311 del Anteproyecto para aquellos supuestos en que no exista una determinada persona sospechosa del hecho delictivo¹¹. Se trata, como es sabido, de una de las herra-

¹⁰ Acerca de la necesidad de cambiar el sistema de reconocimiento en los supuestos de diversidad de testigos y una vez reconocida una persona por uno de ellos, *vid.*, por ejemplo, U.S. Department of Justice (1999), *Eyewitness Evidence. A Guide for Law Enforcement*, October, p. 27

¹¹ Este carácter residual deriva probablemente de la alta probabilidad de reconocer a una persona distinta a la autora de los presuntos hechos delictivos, como señala LOZANO GÓMEZ (2020), *Memoria y errores en el reconocimiento de sospechosos*, *cit.*, p. 106.

mientas más utilizadas por la policía en la práctica para la identificación de las presuntas personas que participaron en los hechos delictivos a partir de álbumes de fotografías confeccionados por aquélla¹². Pese a no establecer la regulación de esta diligencia el lugar en que se ha de efectuar el reconocimiento fotográfico, parece evidente que, si se confiere su práctica a la policía judicial (art. 311.2), la idea subyacente es que se lleve a cabo en las dependencias policiales.

Se establece la obligación de mostrar a la persona que ha de efectuar el reconocimiento un mínimo de cuarenta fotografías de personas de apariencia y características coincidentes con la descripción inicialmente proporcionada por la misma. No aclara el art. 311. 2 si las fotografías han de ser mostradas una por una o varias a la vez o si dichas fotografías estarán impresas o informatizadas. En cualquier caso, a partir de la descripción de la persona sospechosa, la policía deberá confeccionar ese álbum *ad hoc* con, al menos, cuarenta fotografías de personas distintas pero de apariencia y características similares, tarea que imagino no debe ser fácil.

Por su parte, el art. 311. 3 prevé que si son varios los testigos, el reconocimiento se realizará separadamente con cada uno de ellos. Ahora bien, tan pronto como uno de los testigos señale a una persona determinada se suspenderá la identificación fotográfica procediéndose con el resto a practicar la diligencia de identificación en rueda de reconocimiento, al igual que se prevé para el reconocimiento *in situ*. Así, si uno de los testigos reconoce al sospechoso a partir de una fotografía, se organiza la rueda de reconocimiento para el resto de testigos, de modo que se evitan los inconvenientes señalados por la doctrina cuando el mismo testigo debe realizar en un primer momento un reconocimiento fotográfico y otro posterior en rueda¹³.

La diligencia de reconocimiento fotográfico se recogerá en un acta, aunque no haya habido reconocimiento, “*dejando constancia de la identidad del testigo, de la fecha y del lugar de realización, de su resultado y de todas*

¹² Como señaló recientemente NIEVA FENOLL (2014), *Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad*, en AAVV, *Identificaciones fotográficas y en ruedas de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, cit., p. 17, la policía judicial acostumbra a disponer de álbumes de fotografías, compiladas en virtud de criterios dispares entre las diversas comisarías y cuerpos policiales. En algunos lugares están agrupadas por edades y sexo de las personas fotografiadas, en otros por tipos de delito por el que fueron sospechosas las personas que figuran en dichos álbumes —en papel o informatizadas—, en otros por aspecto físico o por raza, etc. En otros, no existe criterio de clasificación alguna, más allá de la detención en alguna ocasión de las personas que conforman el álbum.

¹³ DIGES JUNCO Margarita y PÉREZ MATA, Nieves (2014), *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio* en AAVV, *Identificaciones fotográficas y en ruedas de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, op. cit.

las fotografías que le hayan sido exhibidas” (art. 311.4). Y si la diligencia diera resultado positivo, se indicará además cuál es la fotografía que ha sido reconocida.

En cuanto al valor de esta diligencia, el art. 312.1 señala que únicamente producirá efecto como fuente de investigación y siempre que haya sido válidamente realizada¹⁴. Y, en este mismo sentido, el 312.2 reputa como nula toda identificación realizada sin observar los requisitos establecidos en la ley.

II. LA ACREDITACIÓN DE LA EDAD Y LOS ANTECEDENTES DE LA PERSONA INVESTIGADA

Conforme a la regla general, prevista en el art. 313 del ALECRim, la edad y la identidad de la persona investigada quedarán acreditadas con la exhibición de un documento oficial legalmente idóneo para dar cuenta de ambas circunstancias. En defecto de dicho documento o si se suscitan dudas acerca de su autenticidad, el fiscal recabará al Registro Civil la certificación de nacimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el citado precepto *in fine*. Ahora bien, para aquellos supuestos en que tampoco pueda obtenerse la certificación de nacimiento, los siguientes preceptos regulan el modo de proceder para determinar la edad y/o acreditar la identidad¹⁵.

Por lo que respecta a la determinación de la edad de la persona investigada y, en especial, a efectos de dilucidar si se trata de una persona mayor o menor de edad, particularmente relevante en el proceso penal, el fiscal dispondrá, al amparo de lo dispuesto en el art. 314, la realización de las pruebas pertinentes —que no concreta— velando por el respeto al interés superior del menor. En cualquier caso, sí concreta el citado precepto que la realización de pruebas médicas que supongan la realización de alguna inspección o intervención corporal requerirá, como no podía ser de otro modo, la debida autorización del Juez de Garantías así como la previa audiencia de la persona investigada y su representante. En cambio, no concreta el art. 314.2 si el “representante” al que hay que recibir en audiencia es el repre-

¹⁴ En este mismo sentido, la guía elaborada por el U.S. Department of Justice (1999), *Eyewitness Evidence. A Guide for Law Enforcement*, October, *op. cit.*, p. 17, destaca que la diligencia de reconocimiento fotográfico puede proporcionar pistas en la investigación pero subraya que sus resultados deben ser valorados con cautela.

¹⁵ Al respecto, *vid.* ABEL LLUCH (2011), *Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras de ADN*, en ABEL LLUCH y RICHARD GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre prueba penal*, vol. II, La Ley-Wolters Kluwer, pp. 115 a 144.

sentante legal del eventual menor de edad o su abogado/a. Seguidamente, el art. 314.3 señala que se podrá prescindir de la justificación de la edad “*cuando de manera evidente la persona investigada tenga la edad requerida para exigirle responsabilidad penal*”. Ahora bien, la transcrita disposición entra en abierta contradicción con la anterior al confundir la edad requerida para exigir responsabilidad penal, que no es la mayoría de edad, sino los 14 años. Es de imaginar que la idea del legislador era la de eximir de las pruebas para determinar la mayoría de edad —a efectos de decidir si la persona sospechosa será sometida a la justicia penal de adultos o de menores— en aquellos casos en los que ésta es claramente mayor de 18 años.

En cuanto a la acreditación de la identidad, el art. 315 dispone que en la primera actuación se requerirá a la persona sospechosa para que se identifique y facilite sus datos personales “*advirtiéndole de las responsabilidades en que puede incurrir si los datos que proporciona son falsos*”. De todos modos, la imposibilidad de conocer con exactitud los datos personales de la persona investigada, no impedirá proceder contra ella, según el art. 315.2, al igual que prevé el art. 376 de nuestra vigente LECrim. En tal caso, señala este artículo, será designada con el nombre con el que sea conocida o con el que diga tener. En este punto, quizás sea superflua la advertencia del legislador acerca de una eventual exigencia de responsabilidad penal a la persona sospechosa por mentir acerca de su nombre u otros datos personales dado que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional (en adelante TC), “*el acusado puede callar total o parcialmente o incluso mentir, pues hasta aquí llega el derecho de defensa*” (STC 118/2004, de 12 de julio)¹⁶.

La última de las disposiciones de este Capítulo II se dedica, por una parte, a la necesaria incorporación a las actuaciones de la hoja histórico penal de la persona investigada en la que no se incluirán los antecedentes

¹⁶ Tal afirmación fue matizada por lo que respecta al procedimiento administrativo sancionador por el propio TC en su Sentencia 142/2009, de 15 de junio, en cuyo sexto fundamento jurídico advierte que “de todo lo anterior no puede concluirse —como hacen los recurrentes— que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva”. Así, en el caso resuelto por la citada resolución, el TC señaló que no puede hacerse una “*traslación mecánica y acrítica de las garantías y conceptos propios del orden penal, pues la amplitud de las garantías del art. 24 CE en uno y otro contexto no puede ser la misma*” máxime dada la condición de agentes de la policía local, “*que se encuentran en una posición jurídica que difiere de la del resto de los ciudadanos, de la que derivan deberes especiales para con la Administración y con los administrados*”.

cancelados (art. 316.1)¹⁷. La alusión a los antecedentes cancelados puede parecer innecesaria pero, a mi juicio, es del todo acertada. Es obvio que los antecedentes cancelados no se pueden tener en cuenta en el proceso penal en curso pero el que no aparezcan éstos parece un adelanto a efectos de evitar un etiquetamiento o prejuzgamiento de la persona investigada.

Por otra parte, el art. 316.2 prevé la posibilidad, atendidas las circunstancias del caso y siempre que la defensa de la persona investigada no se oponga expresamente a ello, de recabar del equipo psico-social dependiente de la Fiscalía “*la realización de un informe sobre las circunstancias personales, socio-laborales y familiares de la persona investigada, así como de cualquier otra circunstancia que sea relevante para acordar el archivo por razones de oportunidad, aplicar las reglas de conducta establecidas en esta ley o en el CP y, en su caso, graduar la pena conforme a la culpabilidad del autor*”.

El informe psico-social me parece un evidente acierto por dos razones: a) su indudable utilidad para el juzgador que contará con relevantes datos del acusado en el momento de decidir la imposición de una pena, medida de seguridad o alternativa a la prisión¹⁸ y, b) por otra parte, un informe de este tipo podría dar salida a esas hornadas de criminólogos que pueblan nuestras universidades y tienen los conocimientos necesarios para realizarlos. Ahora bien, estos equipos psico-sociales dependientes de la Fiscalía no vienen regulados en el ALECRim. Así, no puede saberse si el legislador se refiere a los ya existentes y que prestan asesoramiento principalmente en procesos de familia y de menores o si se tratará de nuevos equipos. En cualquier caso, constituirá un gran avance que la Fiscalía disponga de sus propios equipos psico-sociales.

III. LA DECLARACIÓN DE LA PERSONA INVESTIGADA

La función básica de la instrucción reside, como es bien sabido, en recabar información acerca de los hechos delictivos o, en palabras del profesor BONET NAVARRO, siguiendo la metáfora de CARNELUTTI —conforme a la

¹⁷ Acerca del Registro Central de Penados, *vid.* ampliamente MARCOS AYJON (2020), *La protección de datos de carácter personal en la justicia penal*, J.M.Bosch, Barcelona, pp. 262-263.

¹⁸ *Vid.*, por ejemplo, MINSON, Shona (2014), *Mitigating motherhood. A study of the impact of motherhood on sentencing decisions in England and Wales*, en “The Howard League for Penal Reform”, p. 36, que explica cómo los informes pre-sentencia jugaron un papel relevante en la reducción de las condenas de diversas mujeres sujetas a procesos penales al constar en aquéllos las responsabilidades maternas que ostentaban mientras que en los casos en que se carecía de aquellos informes, la pena no sufrió rebaja alguna.

cual el delito es un trozo de camino del cual quien lo ha recorrido trata de destruir las huellas— en desandar el camino y para hacerlo será necesario localizar e identificar los pasos, las huellas dejadas al andar¹⁹. En esa búsqueda de los pasos, parece evidente que nadie mejor que la persona sospechosa para alumbrar acerca de los mismos. Y, sin embargo, esa persona queda absolutamente amparada por las garantías constitucionales que le permiten no colaborar en aquella búsqueda y que el Anteproyecto, como no podía ser de otro modo, reafirma categóricamente.

En consecuencia, la declaración de la persona investigada viene configurada como una diligencia de investigación eventual dado que precisa de su colaboración²⁰. En ella estará siempre asistida de letrado/a, excepto si dicha declaración es prestada ante la policía por la presunta comisión de un delito contra la seguridad del tráfico y siempre y cuando la persona investigada no se encuentre detenida. Y es que, las normas que seguidamente analizaremos acerca de la declaración de la persona investigada son de aplicación también para la declaración realizada ante la policía, tal y como dispone el art. 323 del Anteproyecto.

En cuanto al momento en que la persona investigada puede prestar declaración, el art. 317 prevé diversas posibilidades. En primer lugar, podrá hacerlo en la primera comparecencia para el traslado de cargos del art. 557 del ALECRim²¹. En segundo término, podrá ser llamada por el Fiscal siempre que este “*lo considere necesario a los fines de la investigación*” (art. 317.2), en cuyo caso, deberá notificárselo con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, excepto “*en supuestos de detención, urgencia o cuando exista riesgo de desaparición de fuentes de prueba*” (art. 317.2). Por su parte, el art. 317.3 prevé *in fine* la posibilidad de acordar la detención de la persona investigada si deja de comparecer sin causa justificada. Ciertamente, es esta una previsión que concuerda con la regulación de la detención del ALECRim y, en concreto, con la detención de un máximo de veinticuatro horas para la ejecución de actos y resoluciones de los arts. 196 y ss. Sin embargo, a mi juicio, amenazar con privar de libertad a la persona que constitucionalmente tiene el derecho a no declarar plantea serias dudas de adecuación a nuestra Norma Fundamental. Finalmente, el art. 317.4 prevé que sea la persona sos-

¹⁹ BONET NAVARRO, *Prólogo* a la obra de GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa (2019), *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 18.

²⁰ *Vid.* ampliamente, GUTIÉRREZ SANZ María Rosa (2019), *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal*, *cit.*, pp. 47 y ss.

²¹ El art. 317.1 ALECRim remite a la primera comparecencia “*prevista en el art. 558 de esta ley*” pero parece tratarse de un error de concordancia puesto que esa primera comparecencia viene regulada en el 557 del citado Texto.

pechosa la que solicite declarar “*cuantas veces quiera justificando la razón que lo motiva*”, en cuyo caso “*el fiscal la recibirá, tan pronto sea posible, si tuviera relación con la causa*”.

La declaración de la persona investigada deberá prestarse siempre con asistencia letrada, de modo que el art. 317.5 prevé el nombramiento de oficio para el caso que aquélla no haya designado abogado/a. Precisamente, entre los derechos que amparan su declaración y de los que deberá ser informado por el Fiscal “*en presencia de su abogado y de manera que le resulte comprensible*” al instruirle sobre el motivo de la diligencia (art. 318) figura el de entrevistarse reservadamente con el/la abogado/a antes y después de declarar²².

Una vez la persona sospechosa ha sido informada del motivo que da lugar a su declaración y de los derechos que le asisten en aquella diligencia, se procederá a la práctica de la misma, conforme a las reglas establecidas en el art. 319 que, sucintamente, son las siguientes.

En primer término, la persona investigada “*será requerida para que se identifique, tras lo cual se le formularán directamente las preguntas encaminadas a averiguar los hechos y la participación que haya podido tener en ellos*” (art. 319.1). Asimismo, añade este último precepto, se le pondrán de manifiesto los objetos que constituyen el cuerpo del delito u otros objetos y efectos, a fin que manifieste si los reconoce y pueda contestar a las preguntas que se le hagan sobre ellos.

En segundo lugar, dadas las garantías procesales recogidas en la CE, no se exigirá, según establece el art. 319.2, juramento o promesa de decir verdad. Sin embargo, sí se le apercibirá de la responsabilidad en que puede incurrir si atribuye falsamente a otro la comisión del delito. Respecto a esta eventual responsabilidad penal conviene señalar que la regulación del Anteproyecto se ajusta a lo dispuesto en el CP y, en concreto, en su art. 456, dado que si bien la persona investigada “*a diferencia del testigo, no tiene obligación de decir verdad sino, por el contrario, derecho a no declarar contra*

²² Los derechos acerca de los cuales deberá ser instruida la persona investigada, dejando de lado el mencionado en el texto sobre la asistencia letrada y la entrevista con el/la letrado/a antes y después de su declaración vienen recogidos en el art. 318 y son los siguientes: a) a guardar silencio, no declarando si no quiere y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, respondiendo solo las que considere oportunas; b) a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; c) a ser asistida por un intérprete de forma gratuita cuando no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial en que se desarrolle la actuación procesal o cuando se trate de personas sordas, con discapacidad auditiva o con dificultades del lenguaje; d) a que su declaración conste de manera fidedigna, pudiendo dictarla por sí misma si lo prefiere y e) a declarar cuantas veces quiera, atendiendo al desarrollo de las diligencias y a la necesidad de efectuar precisiones, añadidos o rectificaciones.

sí mismo y a no confesarse culpable e, incluso, a mentir” (STC 118/2004, de 12 de julio), podrá ser perseguida penalmente si en sus manifestaciones atribuye falsamente la comisión del delito a otra persona²³.

En tercer lugar, por lo que respecta a la práctica de la diligencia de declaración se vuelve a repetir innecesariamente las previsiones acerca de la prohibición de utilizar “*medios o métodos coactivos*” así como de hacer al declarante “*preguntas capciosas o sugestivas*” (art. 319.3)²⁴. Se trata, a mi juicio, de advertencias superfluas puesto que, por una parte, el CP sanciona la coacción y por otra, la cobertura del art. 24 CE sería suficiente para exigir que las preguntas sean directas. Ahora bien, sí es deseable que el legislador, al regular esta diligencia, en una futura revisión del texto incorpore una fórmula similar a la utilizada en el art. 266.2 del PCPP de 2013 y que es bien simple: “*Las preguntas serán directas*”. Desde otra perspectiva, el Anteproyecto permite a la persona investigada manifestar en su declaración “*cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos*” añadiendo que deberán practicarse todas las diligencias necesarias para comprobar sus manifestaciones (art. 319. 5).

Finalmente, el art. 319.4 permite al fiscal suspender la declaración por “*el tiempo necesario para recuperar la calma*” cuando la práctica de esta diligencia se haya prolongado en exceso o cuando por el número de preguntas realizadas la persona investigada haya perdido la serenidad de juicio para continuar declarando.

Ya, en cuanto al lugar de la declaración, el Anteproyecto prevé diversas posibilidades en función de dónde y cómo se encuentre el sospechoso. De acuerdo con la regla general, la declaración se llevará a efecto en las dependencias en las que la Fiscalía tenga su sede (320.1). Ahora bien, si la residencia de la persona investigada se encuentra fuera de la circunscripción del fiscal, este podrá acordar “*atendiendo a la gravedad de los hechos objeto de investigación y a la relevancia de la declaración*” (art. 320.2): 1) Comisionar al fiscal del lugar en que se halle la persona investigada para

²³ En efecto, la persona investigada podría incurrir en la conducta descrita en el art. 456 CP que persigue a aquellas personas que “*con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación*”.

²⁴ Añade seguidamente el citado precepto otras previsiones absolutamente innecesarias en mi opinión, dado que muchas de ellas podrían incluso ser constitutivas de delito: “*a tal efecto, no está permitido recurrir a la administración de sustancias, fármacos o procedimientos que alteren la conciencia, la voluntad o la libertad de decidir en el momento de declarar. Tampoco se podrá hacer uso de la hipnosis, del engaño, prometer ventajas que no estén previstas en la ley ni utilizar instrumentos o dispositivos para valorar la credibilidad de la declaración*” (art. 319.3).

que practique la diligencia; 2) recibir la declaración por videoconferencia o 3) trasladarse el propio fiscal para practicar la declaración. En el supuesto que la persona imputada estuviera físicamente impedida, el art. 320.3 prevé también que el fiscal pueda constituirse en el domicilio o lugar en que se encuentre aquélla mientras que el art. 320.4 se refiere al supuesto en que la persona investigada resida en el extranjero y no se acuerde su citación para declarar en la sede de la fiscalía, disponiendo que “*se actuará conforme al Derecho de la Unión Europea y conforme a los Tratados y Convenios de Cooperación jurídica internacional en los que España sea parte*”.

La declaración de la persona investigada deberá recogerse tanto en acta escrita como en soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen, al amparo de lo dispuesto en el art. 321. En cuanto al acta escrita, que deberá ser firmada por todos los asistentes a la diligencia de declaración, llama la atención que deban incorporarse a la misma las razones por las que la persona investigada se niega a firmarla, en su caso (art. 321.2 *in fine*). En este extremo, el legislador debería dejar a la libre voluntad de la persona investigada, amparada constitucionalmente a no declarar, la exposición de los motivos que le conducen a no firmar el acta pero, en ningún caso, debería imponerse la obligación de plasmar por escrito en el acta aquéllos²⁵. Por lo que respecta a la grabación, destaca la previsión que su contenido será transcrito íntegramente cuando así lo ordene el Fiscal o lo solicite alguna de las partes (art. 321.3). Teniendo en cuenta la preceptiva documentación en un acta de la diligencia y la existencia de una grabación, parece un esfuerzo innecesario la transcripción íntegra de aquélla, máxime cuando nada se señala acerca de la prohibición de divulgar su contenido o de su posterior devolución como sí se hace respecto a la grabación en el art. 321.3²⁶.

Como colofón, el capítulo III analizado dedica un precepto al reconocimiento de hechos por parte de la persona investigada. Así, si esta manifiesta su voluntad de reconocer su participación en los hechos delictivos, el Fiscal organizará la comparecencia ante el Juez de Garantías al objeto que la per-

²⁵ En cuanto al acta, el art. 321.1 señala que en ella deberá constar la fecha, los nombres de los asistentes y el contenido de la misma así como, en su caso, las observaciones y protestas que la defensa de la persona investigada quiera hacer constar. Por su parte, el art. 321.2 contempla el derecho de la persona investigada, del que deberá informarle el Fiscal, a leer por sí misma o a solicitar que le sea leída su declaración.

²⁶ Prevé, en efecto, el art. 321.3 que la grabación de la declaración de la persona investigada solo podrá ser utilizada para los fines de la investigación en la que fue obtenida añadiendo que las partes “*podrán solicitar una copia de la misma, que les será entregada con indicación expresa de la prohibición de realizar nuevas copias o de divulgar su contenido. Las copias de la grabación deberán ser devueltas al Ministerio Fiscal o al tribunal cuando su utilización en el proceso ya no resulte necesaria*”.

sona investigada, asistida de su letrado/a, “la reitera en la forma establecida para el aseguramiento de fuentes de prueba” (art. 322.1 *in fine*). Ya ante el Juez de Garantías, la declaración comenzará, según establece en art. 322.2, “por la manifestación espontánea de la persona investigada sobre los hechos, tras lo cual el fiscal y las partes podrán formular preguntas o pedir las aclaraciones que el Juez de Garantías declare pertinentes”. De todos modos, la confesión de la persona investigada en esta comparecencia ante el Juez de Garantías no dispensará de practicar las diligencias necesarias para la comprobación del delito y su participación en el mismo, conforme a lo establecido en el art. 322.3, excepto si hubiera habido conformidad y se hubiera dictado sentencia.

IV. LAS INSPECCIONES E INTERVENCIONES CORPORALES

1. CUESTIONES GENERALES

Siguiendo, en parte, los criterios del anterior borrador CPP así como los de reconocida doctrina y jurisprudencia, el Anteproyecto distingue entre inspecciones e intervenciones corporales y, a su vez, divide estas últimas en leves y graves²⁷. En este sentido, sigue siendo del todo elocuente la distinción entre inspección e intervención corporal, efectuada por el profesor GIMENO SENDRA como ponente de la Sentencia del TC 207/96, de 16 de diciembre, a partir del derecho fundamental que puede resultar afectado en una u otra. Así, en las inspecciones y registros corporales, que vienen definidas en la citada resolución como “cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.)” podría verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad. En cambio, en

²⁷ Sin ánimo de exhaustividad, *vid.*, por todos, EXTEBERRIA GURIDI (1999), *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid; GIL HERNÁNDEZ (1996), *Intervenciones corporales: aspectos penales y procesales*, en RGD, núm. 622/623.; IGLESIAS CANLE, Inés (2003), *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid; REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental a la intimidad* (2000), Dykinson, Madrid; SEOANE SPIELBERG (1993), *Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales en “Medicina Legal”, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ; VARELA AGRELO (1996), *El cuerpo humano como medio de prueba, en especial, las intervenciones corporales* en BIMJ, núm. 1772, de 15 de abril.

las intervenciones corporales, esto es, *las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado*”, afirma la STC 207/96, de 16 de diciembre, el derecho que se verá, por regla general afectado, es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), “*en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)*”.

En términos generales, la regulación del Anteproyecto dedicada a las inspecciones e intervenciones corporales, consciente de los riesgos de poner en peligro con su práctica derechos fundamentales de la persona investigada, adecúa el sacrificio de aquellos derechos a los parámetros de jurisdiccionalidad, proporcionalidad, motivación y necesidad. Sin embargo, la regulación continúa siendo parca y omite determinadas inspecciones e intervenciones, según veremos.

Tanto si se trata de una inspección cuanto de una intervención, leve o grave, el Anteproyecto sostiene la obligación para la persona investigada de “*soportar la práctica*” de la misma si ha sido ordenada y se realiza en los términos establecidos en la ley (art. 329.1). Consecuentemente, en caso de oposición a la realización de la inspección o de la intervención, el Juez de Garantías, teniendo en cuenta la necesidad de la actuación y la gravedad del hecho investigado, “*podrá imponer su cumplimiento forzoso estableciendo, si es imprescindible, las medidas que podrán emplearse para la realización de la diligencia contra la voluntad de la persona afectada*” (art. 329.2). En su resolución, el Juez de Garantías deberá, asimismo, justificar la necesidad de realizar la diligencia de inspección o de intervención concreta y expresar el medio para hacer cumplir tal decisión, según dispone el art. 329.2 *in fine*.

Más dudas suscita el régimen previsto para las inspecciones e intervenciones corporales que deban ser realizadas respecto de terceras perso-

nas. En primer lugar, por la inexistencia de limitaciones ya que se incluye a “cualquier persona no investigada”, lo que puede conllevar someter a una diligencia de inspección o de intervención corporal a la víctima del delito, a menores de edad o a personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente²⁸, por citar algunas “*si su ejecución resultase indispensable para la comprobación de los hechos*” (art. 330.1 *in fine*). En este sentido, siguiendo a EXTEBERRIA GURIDI, resulta evidente que el legislador debería concretar algún criterio que permita evaluar la “*indispensabilidad*” de la medida a fin de evitar el excesivo sometimiento de personas ajenas a la autoría del hecho a la discrecionalidad de la autoridad que ha de acordar este tipo de medidas²⁹. En segundo término, tampoco es claro el régimen del consentimiento ni la eventual ejecución forzosa en caso de negativa a someterse a la diligencia en cuestión. En efecto, en cuanto al consentimiento, la única previsión se hace respecto de menores y/o personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente en el sentido de exigirse el de su representante legal y el de los primeros “*cuando, por sus condiciones personales y de madurez, puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia*”. De ahí que quepa entender que el consentimiento de la persona no investigada para ser sometida a una inspección o intervención corporal es preceptivo en todos los casos. Por lo que respecta a las consecuencias en caso de negativa a someterse a la diligencia, nada establece la regulación. En su art. 330.3 se limita a disponer que “*el examen o la intervención podrán ser rehusados por los mismos motivos por los que puede excusarse la declaración como testigo conforme a esta ley*”. Ahora bien, fuera de estos supuestos, previstos en los arts. 660 y siguientes del Anteproyecto, debería preverse, en su caso, la necesaria autorización razonada del Juez de Garantías si la diligencia es ciertamente imprescindible a los fines del proceso penal incoado aunque debería circunscribirse únicamente a los supuestos de delitos graves. En cualquier caso, no considero suficiente la genérica remisión del art. 330.1 *ab initio* al disponer que cualquier persona no investigada podrá ser requerida para someterse a una inspección o intervención “*en las condiciones y en los supuestos establecidos en los artículos anteriores*”, artículos que sí

²⁸ El Anteproyecto sigue haciendo referencia a las “*personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente*”. Es de esperar que, en futuras versiones, el pre-legislador adecúe aquella a lo dispuesto en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

²⁹ EXTEBERRIA GURIDI (2015), *Inspecciones e intervenciones corporales e investigaciones mediante ADN en el borrador del nuevo Código Procesal Penal* en MORENO CATENA (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 609.

regulan las consecuencias de la negativa a la práctica de las mismas respecto de la persona investigada.

Finalmente, merece ser destacada una omisión relevante y es que en ninguno de los preceptos de este Capítulo IV, dedicados a las inspecciones e intervenciones corporales se contempla la posibilidad del examen radiológico, que sí preveía el anterior PCPP en su art. 282 para aquellos supuestos en los que la naturaleza y gravedad del hecho delictivo exigieran su práctica. A tal efecto, según el citado precepto del PCPP, debía recabarse el consentimiento de la persona sospechosa y a falta de éste, la autorización del Juez de Garantías, a petición razonada del Fiscal. En cualquier caso, el Juez podía imponer su cumplimiento forzoso si bien fijando en la resolución las medidas a adoptar con el fin de asegurar la ejecución, siempre con arreglo a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En aquel texto legal tales exámenes radiológicos fueron regulados tras los registros corporales externos y con anterioridad a la diligencia de exploración y observación de las cavidades vaginal o anal con lo cual el legislador parecía querer atribuirle, en contra de la jurisprudencia emanada del TC, la calificación de inspección en lugar de intervención leve. En cualquier caso, el legislador debería suplir esta omisión, teniendo en cuenta todas las garantías que rodean a la persona sospechosa.

2. LAS INSPECCIONES CORPORALES

Las inspecciones corporales vienen definidas como “*los reconocimientos externos, sin injerencia física sobre el cuerpo de una persona, efectuados por una autoridad o agente*” (Art. 342.1). Esto es, estamos ante una diligencia consistente en la observación a través de alguno de los sentidos, sin intromisión alguna y cuyo propósito radica en la constatación de algún elemento relevante para la averiguación de las circunstancias relativas a la comisión del delito. Sin embargo, es preciso destacar que, de acuerdo con la transcrita definición, tales reconocimientos externos serán efectuados por una autoridad o agente, lo que parece entrar en contradicción con la propia regulación que prevé que la observación o exploración de las cavidades vaginal o rectal se lleve a cabo, como no puede ser de otro modo, por personal sanitario, que, en sentido estricto, no podría ser considerado “autoridad o agente”.

Entre estas inspecciones corporales incluidas en el Capítulo IV analizado se mencionan expresamente los cacheos o inspecciones superficiales de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal, que pueden

llevar a cabo los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 324.2); la exhibición de los objetos que porten (324.2 *in fine*) y el registro de ropas y pertenencias para intervenir cualquier objeto relacionado con la infracción o las armas e instrumentos peligrosos que puedan ocultar (324.3). En cuanto a la forma de practicar las anteriores inspecciones, el art. 325 señala que se realizarán “*de la manera que menos perjudique a la persona que haya de soportarlas, respetando su dignidad e intimidad*”. Y, en concreto, aun cuando la persona sospechosa preste su consentimiento³⁰, se prevé que la diligencia que requiera que “*la persona se desnude dejando a la vista las zonas íntimas de su cuerpo o partes de este que normalmente no se encuentran al descubierto o consista en la palpación del cuerpo, directamente o a través de la ropa*”, se lleve a cabo, sin necesidad de autorización judicial, por un agente del mismo sexo y en lugar reservado evitando la observación por otras personas, salvo en caso de riesgo inminente y grave para la integridad de los agentes, del propio afectado por la medida o de terceros (art. 325.2 a). Por el contrario, en aquellos supuestos en que sea precisa la observación directa o la exploración de las cavidades vaginal o rectal será preceptiva la autorización del Juez de Garantías, según dispone el art. 325.2 b), que el Fiscal deberá solicitar exponiendo las razones que justifican la petición y, como ya señalé, únicamente podrá ser realizada por personal sanitario. Llama la atención que, pese a las críticas de que fue objeto la regulación de la exploración y observación de cavidades vaginal y rectal en el art. 283 del PCPP de 2013, se haya mantenido prácticamente la misma parquedad al regularla e idéntica ubicación pese a constituir una de las diligencias “*más incisivas en el derecho a la intimidad*”³¹. En todo caso, su práctica debería ceñirse, como se hace respecto de las intervenciones corporales consideradas graves, a aquellos supuestos en que esté objetivamente indicada para la comprobación de un delito grave y no pueda obtenerse el mismo resultado por otro medio menos lesivo.

3. LAS INTERVENCIONES CORPORALES

Las intervenciones corporales previstas en el Anteproyecto vienen definidas como aquellas consistentes en: a) la extracción de sustancias o elementos o, b) la toma de muestras biológicas para realizar los análisis oportunos

³⁰ Si la persona afectada por la inspección corporal se encuentra detenida, el consentimiento, al amparo de lo dispuesto en el art. 325.3 deberá prestarse con asistencia y previo asesoramiento de abogado/a.

³¹ Vid. ÁLVAREZ DE NEYRA Susana (2015), *El derecho a la intimidad en las diligencias personales de investigación penal en la LECrim y en el borrador del nuevo Código Procesal Penal* en MORENO CATENA (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 493.

(art. 326.1). Se realizarán siempre de la manera menos perjudicial para la persona que haya de soportarlas y respetando su dignidad e intimidad (art. 326.2). Las sustancias o muestras obtenidas solo podrán ser utilizadas para los fines de la investigación en que han sido obtenidas y se destruirán cuando dejen de ser necesarias (art. 326.3).

Dichas intervenciones se dividen en leves y graves.

A las primeras dedica el Anteproyecto el art. 327 que incluye como tales a las intervenciones corporales dirigidas “*a la obtención de cabellos, uñas, saliva u otras muestras biológicas que no exijan acceder a zonas íntimas de la persona investigada ni causarle mayor dolor o sufrimiento que la molestia superficial inherente al procedimiento de toma de la muestra*”. En cuanto a las personas legitimadas para obtener aquellas muestras, el art. 327.1 alude al médico forense pero también al personal facultativo cualificado de la Policía Judicial siempre que la persona afectada consienta en su realización. Si se negare, el Fiscal deberá solicitar la autorización del Juez de Garantías para proceder a su ejecución coactiva, de acuerdo con lo establecido en el art. 329.

Las intervenciones corporales graves, por su parte, quedan circunscritas únicamente a aquellos supuestos en los que estén objetivamente indicadas para la comprobación de un delito grave y no exista la posibilidad de obtener el mismo resultado por otro medio menos lesivo para la integridad física de la persona investigada, que en todo caso, será oída antes de acordarse su práctica (art. 328.3). Estas intervenciones corporales graves son aquellas que tienen por objeto “*la extracción de cualquier sustancia o elemento que deba obtenerse de las zonas íntimas o del interior del cuerpo*” (art. 328.1). También entran en esta categoría las que requieran “*administrar anestesia o someter a sedación a la persona afectada*” (art. 328.1). Aun mediando consentimiento de la persona afectada por la intervención corporal grave, se requiere la autorización previa del Juez de Garantías excepto si se trata de la obtención de una muestra de sangre por venopunción o punción digital³². En este último caso será suficiente la autorización del Fiscal siempre que haya consentimiento (art. 328.1 *in fine*).

Las intervenciones corporales graves se practicarán en la clínica médico forense o en un centro médico o sanitario adecuado y siempre por personal médico o sanitario cualificado, según el método de intervención técnicamente idóneo (art. 328.2).

³² En caso que pudiera existir riesgo para la salud de la persona afectada por la intervención corporal grave, el Fiscal debe recabar previamente un informe del facultativo competente acerca de las consecuencias que la misma pueda tener en la salud de aquélla y deberá aportar dicho informe a la solicitud que dirija al Juez que haya de autorizarla, al amparo de lo dispuesto en el art. 328.2 *in fine*.

Finalmente, conviene añadir que, de manera innecesaria, el legislador establece en el art. 328.4 que no podrán practicarse intervenciones corporales “*que comporten un riesgo cierto y directo para la vida o la salud del afectado*”, como si las garantías del proceso penal pudieran permitir una práctica que pudiera llevar al resultado de poner en riesgo la vida o la salud de cualquier persona.

V. LA DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN CONSISTENTE EN LA OBSERVACIÓN PSIQUIÁTRICA

Esta diligencia, que tiene por objeto evaluar la capacidad procesal de la persona investigada, presenta, a mi juicio, serios problemas de constitucionalidad si conduce al ingreso de aquella persona en un centro psiquiátrico mientras los profesionales emiten el correspondiente informe. Viene prevista en los arts. 331 a 333 del Anteproyecto. Se acordará por el Fiscal si existen indicios de que el encausado cometió el delito concurriendo alguna de las circunstancias de exención de la responsabilidad criminal contempladas en el art. 20 CP y sea previsible la imposición de una pena o de una medida de seguridad. Concretamente, los supuestos que pueden dar lugar a esta diligencia son los de anomalía o alteración psíquica que impida conocer la ilicitud del hecho (art. 20.1º CP), la intoxicación plena por consumo de drogas o alcohol no buscada o el síndrome abstinencia que impida conocer la ilicitud del hecho (art. 20.2º CP) y la alteración grave en la percepción desde el nacimiento o la infancia (art. 20.3º CP). De concurrir los citados supuestos, el Fiscal recabará los informes médicos correspondientes para evaluar su capacidad de culpabilidad y procesal (art. 331.1). A tal efecto, según dispone el art. 331 *in fine*, el Fiscal acordará que la persona investigada sea examinada por médico especialista y si hubiera recibido tratamiento psiquiátrico con anterioridad, el Fiscal recabará información de su historia clínica conforme a lo establecido en el art. 491 del Anteproyecto.

Cuando el reconocimiento en régimen ambulatorio no sea suficiente para dictaminar sobre la capacidad de la persona investigada y fuera necesario una observación continuada, el Fiscal podrá solicitar al Juez de Garantías el internamiento en establecimiento adecuado para su custodia, observación y tratamiento por el tiempo imprescindible para emitir el dictamen que no podrá exceder de treinta días. Esta previsión de internamiento plantea, según adelanté, numerosas dudas de constitucionalidad por dos motivos. En primer lugar, porque no figura entre el decálogo de posibles medidas cautelares privativas de libertad a adoptar contra la persona sometida a un

proceso penal³³. Pero es que, en segundo término, debería concretarse, en concordancia con el art. 96.2 del CP el centro de internamiento que, en su caso, debería acoger a la persona investigada mientras los profesionales elaboran su informe. En cualquier caso, el Juez de Garantías resolverá acerca del internamiento “*después de haber oído al interesado y a su defensor y de haber recabado el informe médico forense*” (art. 332.2). Una vez autorizada la observación psiquiátrica, según prevé el art. 332.3 *in fine*, será también posible la adopción de alguna diligencia de intervención corporal contra la voluntad de la persona afectada, en los términos analizados en el epígrafe anterior.

El dictamen acerca de la capacidad de la persona investigada será remitido al Juez de Garantías y Fiscal antes de la expiración de los treinta días. Recibido este, el Fiscal podrá convocar una comparecencia, de manera inmediata, a efectos de decidir, las medidas cautelares que procedan, en su caso, entre las que no figuran el internamiento en centro psiquiátrico, en centro de deshabitación o en centro educativo especial, que parecen las medidas más acordes para las personas que hayan cometido el delito concurriendo las tres primeras circunstancias del art. 20 del CP.

VI. LA DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN MEDIANTE MARCADORES DE ADN

La regulación de esta diligencia de investigación en el Anteproyecto es más completa que la existente en la LECrim y responde a algunas de las reivindicaciones planteadas por la doctrina desde hace años³⁴.

³³ Entre las medidas “restrictivas” de libertad, el art. 228 del Anteproyecto regula la “custodia”, que podía aproximarse al internamiento del art. 332, consistente en que la persona encausada y puesta en libertad “*quede sujeta al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, que a tal fin designe y acepte hacerse cargo de la custodia*”. Sin embargo, el internamiento contemplado como diligencia de instrucción para observación psiquiátrica es una medida privativa de libertad y no únicamente “restrictiva” de ésta.

³⁴ Sin ánimo de exhaustividad, *vid.*, ABEL LLUCH (2011), *Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras de ADN*, *cit.*, pp. 115 a 144; ETXEBERRIA GURIDI (2000), Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal, Comares, Granada; GÓMEZ AMIGO (2003), Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal, Cizur Menor (Navarra); HUERTAS MARTÍN (1999), El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, Barcelona.; IGLESIAS CANLE Inés (2003), Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica, Colex, Madrid; LIBANO BERISTAIN Arantza (2010), “La práctica del análisis de perfiles de ADN a personas distintas del imputado en el proceso penal”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, pp. 203-220. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ (2001), “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, en *Estudios de Derecho Judicial: Genética y Derecho*, Madrid, pp. 133-208 y ROMEO CASABONA/ROMEO MALANDA (2010), Los identificadores de ADN en el sistema de justicia penal, Cizur Menor (Navarra).

Aun tratándose de una intervención corporal, viene regulada como diligencia independiente en el Anteproyecto. Lo mismo ocurrirá, como veremos, con las diligencias de detección de alcoholemia y consumo de drogas. Además, llama la atención que tanto la diligencia relativa al ADN como las de alcoholemia y drogas ni siquiera vienen recogidas sistemáticamente tras las diligencias de inspección e intervención corporal porque tras estas últimas se regula, inexplicablemente, la diligencia consistente en la observación psiquiátrica.

1. LA RECOGIDA Y OBTENCIÓN DE VESTIGIOS BIOLÓGICOS

La recogida y obtención de vestigios biológicos, cuyo análisis genético pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos investigados, se encomienda en el art. 334.1 del Anteproyecto a la Policía Judicial, al médico forense o al personal facultativo cualificado. Tal recogida deberá efectuarse “*adoptando las medidas necesarias para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba*”, al amparo de lo dispuesto en el citado precepto *in fine*.

La recogida de los vestigios biológicos se somete, en todo caso, a las reglas previstas en el art. 334.2 conforme a las cuales: a) será efectuada por personal facultativo con formación especializada y equipo técnico adecuado³⁵; b) deberá identificarse en el atestado a todas las personas que intervengan en la práctica de esta diligencia; c) se extenderá acta identificando el objeto y el lugar en que se encuentren los vestigios, el tipo de material biológico al que pertenecen así como la fecha y hora de recogida; d) se indicarán las condiciones de almacenaje, los precintos y las medidas de seguridad que se hayan tomado para asegurar la autenticidad del material biológico; e) se dejará constancia de la traza seguida por la muestra, así como de la identidad de todas las personas que hayan estado en contacto con la misma y, f) se dejará constancia del protocolo de actuación seguido para evitar la contaminación de la muestra.

2. LA TOMA DE MUESTRAS

En cuanto a la toma de muestras se distinguen diversos supuestos:

a) la toma de muestras para comparar los perfiles de ADN obtenidos en la investigación con el perfil genético de la persona investigada, previa autorización del Juez de Garantías, a petición del Fiscal (art. 335.1).

³⁵ Tal regla parece entrar en contradicción con lo dispuesto en el precepto anterior que habilitaba, en primer lugar, a la policía judicial a la recogida de vestigios biológicos.

b) Si la toma de muestras se realiza directamente sobre el cuerpo de la persona investigada, se reputará como una diligencia de intervención corporal (art. 335.2) aunque no será necesaria la autorización si aquélla consiente (art. 335.2).

c) Si la persona investigada no consiente, el Fiscal puede recabar la autorización del Juez de Garantías para utilizar las muestras abandonadas que fundadamente se le atribuyan a la primera. En tal caso, deberá informar a la persona investigada de las circunstancias en las que la muestra haya sido obtenida por si quiere proporcionar otra auténtica para realizar una prueba de contraste (art. 335.3)

d) Si el delito investigado es un delito grave y se ha decretado el secreto de sumario, excepcionalmente el Juez de Garantías puede autorizar, a petición del Fiscal, que se obtenga la muestra y el perfil genético sin conocimiento del interesado (art. 335.3 *in fine*).

e) Salvo consentimiento expreso de la persona investigada o autorización judicial, no podrán traerse al proceso penal en curso las muestras o informaciones de la persona investigada obtenidas para otros fines (art. 335.4). Asimismo, el citado precepto prevé que si se tratar de un delito grave y concurrieran acreditadas razones, el Juez de Garantías podrá autorizar la utilización de muestras obtenidas para un fin diagnóstico, terapéutico o de investigación biomédica.

f) Se permite también la obtención de muestras biológicas de personas no investigadas, que únicamente podrán ser utilizadas para los fines de la investigación en la que han sido obtenidas (art. 336.3). En cuanto a esta toma de muestras de personas no investigadas caben dos posibilidades: 1^a.- Que la persona no investigada consienta, previa información de la finalidad para la que las muestras van a ser utilizadas (art. 336.1) y 2^a.- Que no consienta. En este caso, podrá el Juez de Garantías, a petición del Fiscal, autorizar la obtención de las muestras a pesar de su negativa “*teniendo en cuenta la gravedad del hecho investigado y la necesidad de la intervención*” (art. 336.2). A tal efecto, el art. 336.2 *in fine* dispone que la resolución en la que se acuerde deberá justificar la necesidad de la obtención forzosa y expresará asimismo el medio para hacer cumplir la decisión.

g) Los menores de edad, mayores de catorce años y las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente podrán prestar el consentimiento para la obtención de muestras biológicas “*cuando por sus condiciones personales y de madurez puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia*”, asistidas de su representante legal. En cambio, si

se trata de menores de catorce años o de personas que no comprendan el alcance y significado de la diligencia, se requerirá el consentimiento de su representante legal (art. 337.3).

Seguidamente, el art. 337.1 recoge el catálogo de garantías de las que ha de ser informada, de manera comprensible, la persona que haya de someterse a esta diligencia con anterioridad a prestar su consentimiento y que son: la forma de obtención de la muestra, el fin perseguido, los análisis que se realizará, los datos e informaciones que se pretende obtener y los derechos que asisten en relación con el tratamiento y la cancelación de los datos.

En caso de detención de la persona investigada, la información anterior deberá serle proporcionada de forma verbal y escrita y el consentimiento únicamente se considerará válido si en el momento de prestarlo se cuenta con asistencia letrada.

3. ANÁLISIS DE LOS PERFILES DE ADN Y VALOR PROBATORIO DE LA DILIGENCIA

El análisis de los perfiles se llevará a cabo en laboratorios debidamente acreditados (Art. 338.1) y se limitará, como ya prevé la LO 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, a la extracción de perfiles de ADN dirigidos a la identificación, sin proporcionar información alguna relativa a la salud de las personas (art. 338.2).

El Anteproyecto regula, asimismo, el procedimiento de inscripción y de cancelación de identificadores en la base de datos (arts. 338.3) así como la conservación de las muestras “*con las debidas garantías de seguridad hasta que su destrucción sea acordada, de oficio o a instancia del responsable de su custodia, por la autoridad judicial*” (art. 338.4). En el caso que el proceso se siguiera contra persona determinada, dicha destrucción no se acordará “*hasta que el proceso haya concluido por sentencia firme y si fuera condenatoria hasta que haya sido ejecutada o la pena o el delito hayan prescrito*” (art. 338.4).

Finalmente, por lo que respecta al valor probatorio de la diligencia, el art. 339.1 dispone que la información se recogerá en un informe pericial, cuyo contenido se regula en el art. 339.2³⁶, informe que habrá de ser ratificado y sometido a contradicción en el juicio oral.

³⁶ Este informe pericial deberá recoger, siguiendo lo dispuesto en el art. 339.2, de forma clara y comprensible: a) el resultado arrojado por el cotejo de los perfiles de ADN; b) la información relativa al

VII. DILIGENCIAS DE DETECCIÓN DE ALCOHOLEMIA Y DE CONSUMO DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

Las diligencias que permiten medir el alcohol o las drogas consumidas siguen regulándose en capítulo aparte y no incluyéndolas en el capítulo dedicado a las inspecciones e intervenciones corporales como en el anterior borrador CPP, pese a constituir sendas intervenciones corporales leves que no comportan lesión alguna de derechos fundamentales.

Las diligencias de detección de alcoholemia y de consumo de drogas, de obligado sometimiento según dispone el art. 343.2, serán practicada por la policía cuando: a) se haya producido un accidente de circulación y se observen en el conductor accidentado síntomas de embriaguez o presente signos de haber consumido drogas (art. 340.1) y, b) sin haberse producido accidente alguno, se adviertan en el conductor de cualquier vehículo de motor o ciclomotor síntomas que denoten que lo hace bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 340.2).

De resultar positiva la primera medición del aire espirado en la diligencia de detección de alcohol o del test salival en la diligencia para la detección de drogas, se hará una segunda medición de contraste y, a la vista del resultado, la persona interesada podrá solicitar someterse a un análisis de sangre u orina en el primer caso o a un análisis de contraste mediante un procedimiento homologado de comprobación del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas³⁷ (art. 341.2 y 342.2, respectivamente).

En cuanto a la diligencia de alcoholemia, la regulación prevé que el Fiscal pueda solicitar al Juez de garantías que autorice el control de sangre u orina “*cuando resulte indispensable a efectos de la investigación*” (art. 341.3). No se prevé, en cambio, tal posibilidad cuando se trata de la detección de drogas pero es de imaginar que se trata de un descuido.

Las garantías que deben ser respetadas en la práctica de estas diligencias vienen recogidas en el art. 343 y son, en síntesis: la utilización de me-

procedimiento de análisis practicado para su obtención y, c) los datos referentes a la acreditación del laboratorio donde se realizó. Señala este precepto *in fine* que dicho informe “*en ningún caso incluirá afirmaciones sobre la culpabilidad o inocencia de la persona investigada o sobre cualquier otro aspecto distinto a la metodología y resultado del análisis practicado*”.

³⁷ En cualquier caso, señala el art. 342.3, al regular la diligencia para la detección del consumo de drogas, todo conductor podrá solicitar la realización de una prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otros análogos.

dios técnicos oficialmente homologados, dejando constancia en el atestado de todas las incidencias (343.1) y la información a la persona afectada del procedimiento a través del cual se llevará a cabo la diligencia, de sus consecuencias así como del derecho a someterse a una prueba de contraste (art. 343.3).

Tales diligencias de detección del alcohol o de drogas constituyen, como es sabido, sendos supuestos de prueba preconstituida. A tal efecto, el art. 344 dispone que en el atestado deberá constar el resultado de la diligencia, el procedimiento seguido, las características técnicas del instrumento, las incidencias producidas y las alegaciones realizadas. Asimismo, añade el citado precepto, para adquirir valor probatorio, deberán ser ratificadas y sometidas a contradicción en el juicio oral conforme a lo dispuesto para la prueba pericial.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH Xavier (2011), *Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras de ADN*, en ABEL LLUCH Xavier y RICHARD GONZÁLEZ Manuel (dirs.), *Estudios sobre prueba penal*, vol. II, La Ley-Wolters Kluwer, pp. 115 a 144.

ÁLVAREZ DE NEYRA Susana (2015), *El derecho a la intimidad en las diligencias personales de investigación penal en la LECrim y en el borrador del nuevo Código Procesal Penal* en MORENO CATENA (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DIGES JUNCO Margarita y PÉREZ MATA, Nieves (2014), *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio* en AAVV, *Identificaciones fotográficas y en ruedas de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, Marcial Pons.

EXTEBERRIA GURIDI José Francisco (1999), *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid.

EXTEBERRIA GURIDI José Francisco (2000), *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada.

EXTEBERRIA GURIDI José Francisco (2015), *Inspecciones e intervenciones corporales e investigaciones mediante ADN en el borrador del nuevo Código Procesal Penal* en MORENO CATENA Víctor (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GIL HERNÁNDEZ Ángel (1996), *Intervenciones corporales: aspectos penales y procesales*, en RGD, núm. 622/623.

GÓMEZ AMIGO Luís (2003), *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Cizur Menor Navarra.

- GUTIÉRREZ SANZ María Rosa (2019), *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HUERTAS MARTÍN María Isabel (1999), *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona.
- IGLESIAS CANLE Inés (2003), *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid.
- LIBANO BERISTAIN Arantza (2010), *La práctica del análisis de perfiles de ADN a personas distintas del imputado en el proceso penal*, Justicia. Revista de Derecho Procesal, núm. 3-4, pp. 203-220.
- LIBANO BERISTAIN Arantza (2016), *Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN*, en Revista General de Derecho Procesal, 38.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ Tomás (2001), *Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal*, en Estudios de Derecho Judicial: Genética y Derecho, Madrid, pp. 133-208
- LOZANO GÓMEZ Rubén (2020), *Memoria y errores en el reconocimiento de sospechosos*, en “Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, Año 8, Vol. 15, agosto-diciembre.
- MANZANERO PUEBLA (2010), *Memoria de testigo*, Ed. Pirámide, Madrid
- MARCOS AYJON Miguel (2020), *La protección de datos de carácter personal en la justicia penal*, J.M.Bosch, Barcelona.
- MINSON Shona (2014), *Mitigating motherhood. A study of the impact of motherhood on sentencing decisions in England and Wales*, en “The Howard League for Penal Reform”.
- NIEVA FENOLL Jordi (2020), *La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)*, “Revista Ius et Praxis”, Año 26, Nº 3.
- NIEVA FENOLL Jordi (2014), *Concepto y naturaleza jurídica de los reconocimientos de identidad*, en AAVV, *Identificaciones fotográficas y en ruedas de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, Marcial Pons.
- OVEJERO BERNAL Anastasio (2012), *Fundamentos de psicología jurídica e investigación criminal*, Ediciones Universidad de Salamanca.
- PICO JUNOY, Joan (2011), El “reconocimiento en rueda” del acusado, en Xavier Abel y Manuel Richard (dir.), *Estudios sobre prueba penal*, vol. II, La Ley-Wolters Kluwer, pp. 145 a 166.
- REAL MARTÍNEZ Santiago et al., (1997) *Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación*, en FARÍÑA RIVERA Francisca y ARCE FERNÁNDEZ Ramón (Coords.), *Psicología e investigación judicial*, Madrid, Fundación Universidad Empresa.
- REBOLLO DELGADO Lucrecio (2000), *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid.

- ROMEO CASABONA Carlos M^a/ROMEO MALANDA Sergio (2010), *Los identificadores de ADN en el sistema de justicia penal*, Cizur Menor, Navarra.
- SEOANE SPIELBERG José Luís (1993), *Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales* en "Medicina Legal", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.
- U.S. Department of Justice (1999), *Eyewitness Evidence. A Guide for Law Enforcement*, October.
- VARELA AGRELO José Antonio (1996), *El cuerpo humano como medio de prueba, en especial, las intervenciones corporales* en BIMJ, núm. 1772, de 15 de abril de 1996.

LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA INTERCEPTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS CONVERSACIONES PRIVADAS EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM DE 2020: ANÁLISIS CRÍTICO

Investigative means related to the interception of telecommunications and private conversations in the 2020 draft of the Criminal Procedural Act: Critical analysis

Inmaculada LÓPEZ-BARAJAS PEREA

Profesora Titular de Derecho Procesal. UNED
ilopezbarajas@der.uned.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES III. LAS VIGILANCIAS ACUSTICAS: PREVISIÓN NORMATIVA Y POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL ANTEPROYECTO DE 2020. IV. REFERENCIA A LA OBTENCIÓN DE IMÁGENES V. CUESTIONES PUNTUALES DE CARÁCTER TÉCNICO: NOVEDADES Y VALORACIÓN 1. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas: 1.1. Delitos que pueden justificar la injerencia 1.2. Las comunicaciones con el Abogado defensor 1.3. Duración de la medida solicitada 1.4. Incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados 2. La interceptación de las conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido: 2.1. Límites temporales y espaciales 2.2. Dispositivo utilizado 2.3. Delitos que pueden justificar la medida 2.4. Las comunicaciones entre abogado y cliente 2.5. El acceso de las partes a las grabaciones 2.6. Conclusiones. VI. ANEXO BIBLIOGRÁFICO

Resumen: Se analizan en este trabajo las novedades introducidas por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en la regulación de las diligencias de investigación relativas a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas. Se presta especial atención al control judicial de estas medidas en el nuevo esquema diseñado por el pre-legislador según el cual la dirección de la investigación corresponde al Ministerio Fiscal. Se observa que la legitimidad y la corrección legal de las diligencias estudiadas demandan un control judicial efectivo que se ejerza tanto el momento en el que se ordena la medida, como durante su desarrollo y cese. Se valoran los requisitos adicionales establecidos por el pre-

legislador en materia de incorporación al proceso de datos de tráfico o asociados. Asimismo, se analiza el grado de injerencia en la privacidad del investigado cuando la captación de las conversaciones se hace en el domicilio. En este caso, el Estado se adentra en el núcleo duro de la intimidad de cualquier persona y va mucho más allá de la captación de una conversación bidireccional mantenida por varios interlocutores. Por ello, no puede equipararse a ninguna otra medida limitativa de los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE.

Abstract: This work analyzes the novelties introduced by the Draft Criminal Procedural Law of 2020 in the regulation of investigative procedures related to the interception of telecommunications and private conversations. Special attention is paid to judicial control of these measures in the new scheme designed by the pre-legislator according to which the investigation is directed by the Public Prosecutor. It is observed that the legitimacy and legal correctness of the proceedings studied require effective judicial control that is exercised both at the time the measure is ordered, and during its development and termination. The additional requirements established by the pre-legislator in terms of incorporation into the process of traffic or associated data are considered. Likewise, the degree of interference in the privacy of the person under investigation is analyzed when the conversations are recorded at home. In this case, the State delves into the hard core of the privacy of any person and goes far beyond recording a two-way conversation held by several interlocutors. Therefore, it cannot be equated with any other limiting measure of the rights recognized in art. 18 of the Spanish Constitution.

Palabras clave: medidas de investigación tecnológica del delito, secreto de las comunicaciones, control judicial, inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen.

Key words: measures of technological investigation of crime, secrecy of communications, judicial control, inviolability of the home, right to privacy, right to one's own image.

I. INTRODUCCIÓN¹

Bajo la denominación “Medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas”, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 20 de noviembre de 2020 (en adelante ALECRim), regula dentro del Libro III dedicado a las “Diligencias de la Investigación”, en un mismo Título (el II), tres medidas distintas. En primer lugar, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. A continuación, se ocupa de la interceptación de comunicaciones postales o telegráficas, faxes y burofaxes. Por último, regula la interceptación de las

¹ Realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado “Ejes de la Justicia en tiempos de cambio”, REF PID2020-113083GB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro de los programas estatales de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+I.

conversaciones privadas por medios técnicos de captación y grabación del sonido.

A cada una de estas medidas dedica un capítulo propio (el II, el III y el IV respectivamente), e introduce, además, un apartado previo de “Disposiciones Comunes” aplicables a las tres diligencias (el capítulo I).

Como no podía ser de otra manera, el punto de partida obligado es la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Como es sabido, esta norma supuso un avance fundamental en la modernización de esta materia que había sido largamente reclamada por la doctrina y por la jurisprudencia dado su carácter obsoleto e insuficiente. El Tribunal Constitucional español, en su sentencia 145/2014, de 22 de septiembre², afirmó el carácter inaplazable de una regulación que abordase las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal.

El ALECRim de 2020 así lo reconoce expresamente en su Exposición de Motivos según la cual la reforma llevada a cabo por la LO 13/2015 de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal *es respetada y reproducida en lo esencial*.

Por tanto, el texto analizado marca, desde el principio, su objetivo en este ámbito que consiste, literalmente, en *hacer algunas mejoras puntuales de orden técnico o sistemático, salvo en el caso de las vigilancias acústicas, donde las modificaciones son sustanciales*.

Un vez expuesta la intención declarada por nuestro pre-legislador, procede analizar como se lleva a cabo su plasmación en el articulado. Con este fin, se realizarán, en primer lugar, unas consideraciones de carácter general y sistemático. A continuación, se descenderá al examen de cuestiones técnicas mas concretas relacionadas con la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas, limitándonos a aquellos aspectos que presentan un mayor interés por la novedad que implican.

II. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Por mandato expreso del art. 18.3 de la Constitución, la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones está sujeto a un plus de protección

² <http://hj.tribunalconstitucional.es>

que establece una reserva jurisdiccional casi absoluta. La única excepción a este principio se concreta en los supuestos en que se investiguen bandas armadas o terroristas (arts. 55.3 y 25.2 CE). Por tanto, en nuestro Derecho queda prohibida la restricción de este derecho por cualquier autoridad que no sea la judicial.

Debemos preguntarnos cómo debe concretarse esta garantía judicial, prevista en nuestra Ley fundamental, en el nuevo esquema diseñado en el Anteproyecto según el cual la dirección de la investigación corresponde al Ministerio Fiscal.

La respuesta a este interrogante requiere, en primer lugar y como es obvio, que la adopción de estas medidas sea autorizada previamente por la autoridad judicial. Así lo exigen los preceptos correspondientes del Anteproyecto, tanto en los artículos 345 y 347 previstos en las “Disposiciones Comunes”, como en los artículos específicos del Capítulo dedicado a cada una de las tres medidas de investigación que recoge el Título II (arts. 354, 372 y 384). De conformidad con lo expuesto, la competencia para su autorización corresponderá siempre al Juez de Garantías a petición del Ministerio Fiscal que deberá presentar una solicitud que cumpla con los requisitos legamente establecidos.

Ahora bien, como dice la jurisprudencia, la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se satisface con la mera concurrencia formal de una autorización procedente del órgano jurisdiccional en el momento de acordar la injerencia. La legitimidad y la corrección legal de la intervención demandan un control judicial efectivo que se ejerza tanto en el momento en el que se ordena la medida, como durante su desarrollo y cese³.

El Juez debe conocer y supervisar el desarrollo y los resultados de la intervención para garantizar la corrección y proporcionalidad de la medida acordada. Por ello, a juicio del Tribunal Constitucional este control forma parte del contenido esencial del derecho reconocido en el art. 18.3 CE⁴. Si se tiene en cuenta, además, que la injerencia se acuerda y se practica sin conocimiento del sujeto afectado, la supervisión del Juez tiene un papel decisivo para garantizar los derechos de éste.

En definitiva, el control judicial responde a una triple finalidad. En primer lugar, servir de garantía del cumplimiento por las unidades de la Policía Judicial de las directrices impuestas en la resolución judicial. En segundo

³ STS 986/2004, de 13 de abril.

⁴ SSTC 49/1999, 202/2001, 205/2002, 82/2002.

lugar, impedir las extralimitaciones en el uso de la autorización. Por último, garantizar la salvaguardia de los derechos fundamentales y procesales de la persona investigada⁵.

A la luz de lo expuesto, el Anteproyecto adolece de una insuficiencia pues se limita a establecer en el art. 347 (incluido en el Capítulo I de Disposiciones Comunes) y, posteriormente en el Artículo 358 h (dentro del Capítulo II dedicado a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas), que la resolución judicial que disponga la interceptación concretará *la forma y periodicidad con la que el fiscal informará al Juez de Garantías sobre el desarrollo y los resultados de la medida*.

Esto significa que deja en manos del Juez de Garantías, de cada juez concreto, la definición de los términos del control.

De esta forma, se suprimiría el contenido del vigente 588 ter f de la LE-Crim introducido por la Ley de 2015, según el cual es preceptivo que la policía judicial ponga *a disposición del juez, con la periodicidad que este determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas*. En su lugar, el art. 360 del Anteproyecto atribuye el control de la ejecución al Ministerio Fiscal, a cuya disposición hay que poner las grabaciones íntegras y las transcripciones de interés, y será quien las conserve hasta su destrucción.

En caso de prórroga, sí prevé el texto analizado cómo el Fiscal debe informar al Juez de Garantías de los resultados. Exige un informe detallado del resultado obtenido hasta el momento y en su caso, la remisión de la transcripción de las conversaciones que aporten informaciones relevantes. Además, también contempla la posibilidad de que el Juez pueda solicitar las grabaciones íntegras (art. 363 ALECrím).

Sin embargo, si no hay prórroga, no hay ningún precepto del Anteproyecto que establezca la forma en la que el Juez de Garantías ha de llevar a cabo el control de la ejecución.

Desde mi punto de vista, y como exigencia derivada del principio de legalidad en materia de restricción de los derechos fundamentales, no debe abandonarse al libre criterio de cada juez concreto la determinación de fórmulas del control judicial de la ejecución de la medida. El legislador debe establecer un contenido mínimo que detalle la forma en que debe llevarse a cabo el examen judicial, sin perjuicio de que este control pueda ser reforzado por el Juez en el caso concreto, si fuera necesario.

⁵ SSTS de 1151/2002, de 19 de junio.

Podemos traer a colación una jurisprudencia anterior a reforma de 2015, según la cual no resulta necesaria la remisión de las transcripciones íntegras y de los soportes originales, ni que el Juez proceda a su audición o visión antes de acordar la prórroga o mantenimiento de la medida, sino que parece suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de la transcripciones de las conversaciones mas relevantes y de los informes policiales⁶.

Ahora bien, debemos llamar la atención sobre el hecho de que el texto del Anteproyecto ni siquiera exige este mínimo, esto es, que las transcripciones e informes policiales se entreguen necesariamente al Juez de Garantías. Tampoco contempla expresamente la posibilidad de que el Juez pueda solicitar el acceso a las grabaciones íntegras en cualquier momento, salvo en el caso de prórroga. A mi juicio, se trata de una clara insuficiencia que debiera ser corregida en el texto definitivo de la Ley.

Por último, conviene incidir en la idea de que la anterior especificación legal constituye una exigencia mínima de seguridad jurídica⁷ porque, desde mi punto de vista, resulta mas correcta la tradición jurisprudencial que exige que las grabaciones o soportes digitales sean aportadas al Juzgado íntegramente (o estén accesibles para éste).

III. LAS VIGILANCIAS ACÚSTICAS: PREVIÓN NORMATIVA Y POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL ANTEPROYECTO

Con la denominación de vigilancias acústicas, el Anteproyecto se refiere a la captación, utilizando dispositivos técnicos, de conversaciones privadas directas que pueden tener lugar tanto en lugares públicos, como en domicilios y en otros lugares privados.

La reforma de la LECrim de 2015 contempló por primera vez en su articulado esta medida, regulándola en un capítulo propio y separado del resto de las diligencias de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE (en concreto en el Capítulo VI del Título VIII). El Anteproyecto, de forma diferente, ha optado por legalizarla dentro del título dedicado a la interceptación de las comunicaciones, tal y como se indicó al comienzo de este trabajo. Desde un punto de vista sistemático, debemos plantearnos si esta posición supone una mejora sistemática, toda vez que se trata de dos

⁶ SSTC 82/2002, 26/2006, 239/2006, 197/2009.

⁷ Como recuerda la STC 145/2014, el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica.

medidas de investigación que afectan a derechos y bienes jurídicos que no siempre coinciden.

Procede recordar que tradicionalmente han existido dos posturas entre los autores. Por un lado, están los que consideran⁸ que el art. 18.3 se refiere a las comunicaciones a distancia, entendida ésta no desde un punto de vista exclusivamente topográfico⁹, sino en el sentido de que exista imposibilidad objetiva de que los interlocutores puedan mantener un contacto directo y, por ello, recurran a un artificio técnico o a una determinada tecnología para llevar a cabo la misma. Así ocurre, por ejemplo, con las conversaciones que tienen lugar entre las distintas habitaciones de un hotel o en los locutorios de un centro penitenciario.

Para los defensores de esta posición¹⁰, las conversaciones directas entre personas se protegen por el art. 18.1. CE, ya que el constituyente ha querido distinguir los casos de interceptación de una comunicación de aquellos otros en que una acción humana creadora de intimidad sea objeto de captación, aunque sea a través de técnicas de sonido e imagen. La interceptación de una comunicación directa implica una intromisión en una expectativa de intimidad, mientras que en el caso de las telecomunicaciones se produce además una vulneración del secreto en que este tipo de comunicación se desarrolla¹¹.

Frente a la postura expuesta, otro grupo de autores¹² incluye las comunicaciones orales directas, esto es, las realizadas sin soporte técnico, dentro del concepto constitucional de comunicación del art. 18.3 CE¹³. Consideran

⁸ En este sentido, MARTÍN MORALES, R. (1999), *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Aranzadi, 1995, pp. 35-38 y en *la intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal: un estudio jurisprudencial*, tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 21; JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista de Derecho Constitucional*, año 7, n. 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 42 y ss; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Notas sobre la entrada y registro y la intervención telefónica”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 1050 y ss; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Thomson, Civitas, Madrid, 2004, p. 36; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”, en *Investigación y Prueba en el Proceso Penal* (Dir: GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO), Colex, Madrid, 2006, p. 141; REBOLLO DELGADO, L., “El secreto de las comunicaciones: problemas actuales”, *Revista de Derecho Político*, Nº 48-49, 2000, p. 358.

⁹ MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, op. cit., p. 46.

¹⁰ MARTÍN MORALES, R., *ob. cit.*, p. 52.

¹¹ RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 65.

¹² *Vid.* DÍAZ CABIALE, J.A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, 1991, p. 156; GONZÁLEZ GUITIAN, L., “Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas clandestinas”, *Poder Judicial*, Nº 6, 1987, p. 21; FABREGA RUIZ, C., “El secreto de las comunicaciones y el proceso penal”, *La Ley*, Madrid, 1997-4, p. 1188.

¹³ NOYA FERREIRO, L., *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 60; SEMPERE RODRÍGUEZ, C., en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (ALZAGA VILLAMIL: coord.), Tomo II, EDESA, Madrid, 1997, p. 440.

que el hecho de nuestra Constitución no contemple específicamente la garantía del secreto de las comunicaciones que se producen verbalmente sin mediación de artificio alguno, no significa que su protección quede fuera del ámbito del 18.3 CE¹⁴.

El Tribunal Supremo también ha vinculado las comunicaciones protegidas por el art. 18.3 a las comunicaciones técnicamente mediadas¹⁵. La necesidad de una intermediación técnica para llevar a cabo la comunicación implica necesariamente la participación de un tercero en el proceso comunicativo ajeno a los interlocutores¹⁶.

Sin embargo, la postura del Tribunal Constitucional ha cambiado. Ya en la sentencia 145/2014, declaró que la grabaciones de conversaciones entre dos detenidos en las dependencias judiciales eran contrarias al 18.3. CE, aunque dejaba algunas dudas que han quedado despejadas en la reciente sentencia de 10 de mayo de 2021 (99/2021). En ella, el Tribunal Constitucional reconoce expresamente que su jurisprudencia ha evolucionado desde una posición inicial en la que se afirmaba que el derecho del art. 18.3 CE solo operaba respecto a comunicaciones realizadas a través de canales o bandas cerradas¹⁷ hasta una postura tendente a equiparar las comunicaciones orales con las realizadas a través de medios telemáticos. A su juicio, *el art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas que de otras comunicaciones como las verbales, sino solo una garantía común y genérica frente a la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma.*

Ahora bien, incluso admitiendo que en ambos tipos de comunicación se incluyen en el 18.3, lo que no parece discutible es que las escuchas ambientales afectan no solo al derecho al secreto de las comunicaciones sino a múltiples derechos como la inviolabilidad del domicilio, la intimidad o el derecho a propia imagen. Por ello, la aplicación de los mismos principios que inspiran la interceptación de las conversaciones en canal cerrado, puede dificultar la tarea de ponderar adecuadamente de los derechos que deben

¹⁴ MORENO CATENA, V., “La intervención de las comunicaciones en el proceso penal”, *La reforma del proceso penal. Estudios en homenaje a Klaus Tiedeman*, Colección Estudios jurídicos, 1997.

¹⁵ STS 130/2007, de 19 de febrero.

¹⁶ GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J., “Utilización en el proceso penal de datos vinculados a las comunicaciones electrónicas recopilados sin indicios de comisión delictiva”, en AAVV *Protección de datos y proceso penal* (PÉREZ GIL: Dir.), La Ley, 2010, p. 357.

¹⁷ SSTC 98/2000, 123/2002, 170/2012.

ser tenidos en cuenta por el órgano judicial en el momento de acordar la diligencia de investigación¹⁸.

Algo parecido sucede con la medida consistente en el registro de los dispositivos de almacenamiento masivo de información. En esta diligencia, aunque pudiera resultar afectado el derecho al secreto de las comunicaciones, también restringe otros derechos como el nuevo derecho al propio entorno virtual. Como ha destacado la doctrina, los tradicionales amparos a través de la protección del domicilio, la tutela formal del secreto de las comunicaciones o material de la intimidad resultan insuficientes, siendo necesaria una tutela mas amplia¹⁹. Esto es, *la diligencia presenta unas singularidades que la hace digna de una especial protección constitucional*.

El Tribunal Supremo en sus dos sentencias 655/2020, de 3 de diciembre y la 718/2020, de 28 de diciembre, afirma que *no es comparable el grado de injerencia, ni la expectativa de privacidad entre ambas medidas pues las escuchas ambientales en el domicilio no solo afectan al investigado sino también a su familia, y a todos aquellos que comparten el inmueble. No se trata, por tanto, de una diligencia mas con los mismos presupuestos de legitimidad, sino de un acto procesal de máxima injerencia*.

La posición sistemática del legislador de 2015, que regula la interceptación de las conversaciones privadas en un capítulo independiente y aparte de la interceptación de las telecomunicaciones, desde mi punto de vista es mas correcta. Además, la propia STC 145/2014 afirmó que el micrófono que grabó las conversaciones de dos detenidos en las dependencias policiales no constituía un caso de insuficiencia normativa del 579 de la LECrim porque esa intervención de las comunicaciones era absolutamente extraña al ámbito de dicha regulación. A su juicio, se trataba de ausencia total y completa de ley²⁰.

¹⁸ Vid. MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., (2015), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Castillo de Luna, Madrid, pp. 336 a 347.

¹⁹ Vid. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., "Garantías constitucionales en la persecución penal en el entorno digital", en *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Antonio González-Cuellar García*, Colex, 2006, p. 890.

²⁰ A pesar de esta afirmación, es necesario poner de manifiesto que el propio Tribunal Constitucional, a continuación, entendió que las grabaciones en dependencias judiciales eran contrarias al 18.3. CE, lo cual implica una cierta incoherencia interna. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la sentencia presenta un desenfoque en el análisis de los derechos que convergen y que han de ser ponderados en el momento de adoptar la decisión jurisdiccional de injerencia (MARCHENA GÓMEZ, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, op. cit., p. 336 y 337).

IV. LA OBTENCIÓN DE IMÁGENES

La última consideración general se concreta en el título que sirve de rúbrica al capítulo IV y que solo se refiere a la “captación y grabación del sonido”. Esta denominación no se corresponde con su contenido porque, además de la escucha y grabación de las conversaciones privadas, la medida puede extenderse, de forma complementaria, a la obtención imágenes. En este caso quedan afectados derechos distintos al secreto de las comunicaciones, como el derecho a la propia imagen.

Así el art. 383.3. del ALECrim dispone que *la escucha y grabación de las conversaciones privadas podrá complementarse con la obtención de imágenes de la persona investigada y de quienes acudan a su encuentro.*

Se trata de una deficiencia que también está presente en la legislación vigente. El Capítulo VI del Título VIII de nuestra actual LECrim, introducido por la reforma de 2015, solo se refiere a la “captación y grabación de conversaciones orales directas” por lo que la redacción debería ser corregida en el texto definitivo de la Ley.

Ahora bien, a diferencia de la reforma de 2015, el nuevo texto deja claro que la captación de imágenes no se puede acordar como una medida autónoma sino siempre de forma subordinada o complementaria a la grabación del sonido. Así se deduce del tenor del 384. 3. según el cual *la escucha y grabación de las conversaciones privadas solo se podrán complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial en la que se acuerde.*

Parece claro que estos dispositivos no podrán ser utilizados exclusivamente para grabar imágenes, tal y como interpreta la circular de la Fiscalía 3/2019²¹.

V. CUESTIONES PUNTUALES DE CARÁCTER TÉCNICO: NOVEDADES Y VALORACIÓN

En los epígrafes precedentes del trabajo que nos ocupa, nos hemos referido a determinadas cuestiones de carácter general y sistemático en relación con la regulación introducida por el ALECrim de 2020 respecto a los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas.

²¹ Vid. Circular de la Fiscalía 3/2019, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, p. 11.

Procede, ahora, entrar en el análisis de las que el nuevo texto llama “cuestiones puntuales de carácter técnico”, tal y como se indicó mas arriba.

1. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS: NOVEDADES INTRODUCIDAS Y VALORACIÓN

1.1. *Delitos que pueden justificar la injerencia*

Hay que recordar que constituye un presupuesto, esto es, un requisito *sine qua non* para la validez constitucional de la injerencia que la investigación tenga por objeto alguno de los delitos recogidos en la Ley²².

El Anteproyecto de 2020 amplía el contenido de este presupuesto, extendiéndolo a un listado de infracciones que, aun cuando no cumplan con el límite mínimo de pena prevista (tres años de prisión), puedan exigir la adopción de esta medida extraordinaria. Así el art. 355, apartado b, incluye *los delitos de asociación ilícita, tráfico ilícito de drogas, sustracción de menores, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, trata de seres humanos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, contrabando, blanqueo de capitales y delitos de organización criminal o cometidos en el seno de esta.*

Hay que recordar que su concurrencia no garantiza por sí misma la intervención. Se trata de un requisito necesario, pero no suficiente que debe ir acompañado del correspondiente juicio de proporcionalidad y necesidad singular realizado por el órgano jurisdiccional que justifique la especial gravedad del hecho punible. Dicha gravedad no está determinada, únicamente, por la calificación de la pena legalmente prevista, esto es, por el criterio penológico, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores. El juez tiene la obligación de hacer el correspondiente juicio de ponderación mediante la aplicación de las exigencias que imponen los principios recogidos en el capítulo II del Título Preliminar del Anteproyecto que regulan los requisitos generales que debe cumplir toda medida restrictiva de derechos fundamentales. Este nuevo Capítulo recoge sustancialmente los mis-

²² El art. 588 ter a de la vigente LECrim dispone que *la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.* Por su parte, el art. 579.1 de la LECrim se refiere a los siguientes delitos: 1.º *Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.* 2.º *Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.* 3.º *Delitos de terrorismo.*

mos principios que ya introdujo la reforma de 2015, si bien se suprime la referencia a la trascendencia social del hecho y al ámbito tecnológico de producción.

La Ley vigente contempla la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito, pues la utilización de las tecnologías de la información facilita la comisión del delito y su expansión. Así ocurre, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional español²³, con los delitos contra la propiedad intelectual, no sólo en la grabación o reproducción no autorizada de los contenidos, sino, fundamentalmente, en la distribución y venta de los productos sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, de forma que gran número de personas que pueden acceder a la publicidad contenida en una página web y su rápida difusión hace previsible, en el momento en que se adopta la medida, un posible perjuicio económico muy elevado, con independencia del perjuicio real concreto que se produzca en cada caso.

1.2. Las comunicaciones con el Abogado defensor

Tal y como establece la Exposición de motivos del Anteproyecto, se excluye expresamente la posibilidad de intervenir las conversaciones de la persona investigada con el letrado encargado de su defensa, salvo que este último sea responsable del delito investigado. Ello no obstante, si llegan a interceptarse conversaciones con el abogado defensor, éstas serán puestas en conocimiento de la defensa y se procederá a su destrucción, a no ser que la propia persona investigada solicite su incorporación al procedimiento.

Esta disposición del Anteproyecto constituye una mejora de carácter mas formal que material. Aunque la legislación vigente no recoge expresamente esta excepción, constituye una exigencia derivada del contenido del derecho de defensa ex art. 118.4 LECrim. No obstante, su inclusión expresa respecto de esta diligencia de investigación merece una valoración positiva para evitar algunas situaciones que, lamentablemente, se producen en la práctica.

De esta manera, la intervención de las comunicaciones con el Letrado encargado de la defensa se limita a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido extralimitarse en sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva como uno de sus elementos componentes²⁴.

²³ STC 104/2006, de 3 de abril.

²⁴ STS 2026/2001, de 28 de noviembre.

Cuando haya razones objetivas para pensar que los abogados defensores pueden contribuir a ocultar pruebas o a colaborar en la comisión de delitos, el derecho de defensa se estaría utilizando como cauce abusivo para actividades que exceden de la finalidad de esta garantía procesal.

Como afirma la doctrina²⁵, existen secretos funcionalmente inviolables que han de quedar excluidos de toda injerencia, incluso judicial, a no ser que el letrado reúna al propio tiempo la condición de sospechoso de participación en un hecho delictivo. En este caso, debería dictarse por el órgano jurisdiccional una nueva resolución judicial en la que acordara la intervención de las comunicaciones de dicho abogado como sujeto pasivo de la medida misma. Un abogado sospechoso de un delito grave no puede ser tratado de manera diferente a los otros sospechosos.

Resulta claro que las garantías que nuestro sistema democrático proporciona al derecho de defensa no pueden utilizarse como cauce abusivo para actividades que exceden de la finalidad de la defensa e incidan en la colaboración con las actividades delictivas.

1.3. Duración de la medida

Como exigencia derivada del principio de proporcionalidad, la resolución judicial que acuerda la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones debe fijar un límite temporal. Toda interceptación realizada durante un lapso de tiempo que carece de cobertura judicial debe reputarse nula y, en consecuencia, las conversaciones grabadas durante ese periodo no pueden desplegar efectos probatorios²⁶.

Ahora bien, la fijación de un plazo no debe interpretarse como un periodo de tiempo que ha de transcurrir necesariamente. El Anteproyecto, en la misma línea que la reforma de la LECrim de 2015, establece que la duración de la medida solicitada no excederá del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos (340 ALECrim). Se abandona así la fijación de plazos cuantitativos que actúen como una referencia estandarizada²⁷. Son los principios de necesidad y excepcionalidad los que deben informar en todo caso la duración de la diligencia.

²⁵ Vid. VELASCO NÚÑEZ, “Presencias y ausencias —aspectos aclarados y discutidos— en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema”, en *Actualidad Penal*, N° 18, mayo de 1993.

²⁶ STC 26/2006.

²⁷ Vid. MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., (2015), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, op. cit., pp. 245-247.

Junto a los principios expuestos, se establecen unos límites máximos. El Anteproyecto, prohíbe expresamente prolongar la intervención más de diez días si en dicho plazo no se ha obtenido ningún resultado útil para la investigación (art. 262.3 ALECrím).

También, reduce aún más los plazos máximos de duración de las prórrogas. El art. 362. 1 y 2 del mencionado texto dispone que las escuchas tendrán una duración máxima de tres meses, prorrogable por periodos sucesivos hasta un máximo de un año. Se recoge aquí el límite establecido en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, frente al plazo fijado en la legislación vigente que permite que las prórrogas puedan prolongarse hasta dieciocho meses.

Estas novedades merecen una valoración positiva en cuanto son conformes con la excepcionalidad que debe informar la interceptación de las comunicaciones.

1.4. Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados

Los datos de tráfico o asociados, aunque no afecten al contenido propiamente dicho de la conversación, su interés para la investigación penal puede llegar a ser decisivo, proporcionando elementos de juicio de gran utilidad para el conocimiento e investigación de cualquier delito²⁸.

En materia de incorporación al proceso de estos datos, el Anteproyecto mantiene básicamente la regulación introducida por la reforma de 2015, si bien incorpora algunas novedades cuya utilidad y fundamento resulta discutible.

El artículo 368 del texto proyectado, al igual que el vigente art. 588 ter j, parte de la necesidad de autorización judicial para la incorporación al proceso de los datos electrónicos vinculados a procesos de comunicación. A continuación, establece las mismas excepciones que contempla la ley actual: la obtención de la dirección IP, la obtención de los códigos de identificación como las claves IMSI O IMEI y, por último, la obtención de los datos de abonado.

En cuanto a la obtención de la dirección IP, como señala la doctrina²⁹, resulta extraño que el pre-legislador no establezca diferencias para su ob-

²⁸ STS 740/2017, de 16 de noviembre.

²⁹ Vid. GARCÍA MARCOS, J. Y ZARAGOZA TEJADA, J.I., “Las medidas de investigación tecnológica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Una aproximación preliminar”, en Aranzadi Doctrinal núm. 2/2021, p. 15.

tención con respecto a los demás datos de tráfico. En este sentido podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 6 de octubre de 2020³⁰, según la cual se trata de una categoría de datos que presenta un grado de sensibilidad menor que los demás datos de tráfico. Precisa que las únicas direcciones IP que se conservan son las del origen de la comunicación y no las de su destinatario, por lo que dichas direcciones no revelan por sí mismas ninguna información sobre las terceras personas que han estado en contacto con la persona que da origen a la comunicación. Ello no obstante, lo único que excepciona la Ley es la obtención de esa dirección IP mediante sistemas técnicos de rastreo que no exijan el acceso a bases de datos automatizadas de las operadoras.

En cuanto a la utilización de instrumentos o procedimientos que permitan conocer los códigos de identificación del aparato o de algunos de sus componentes, el artículo 370 del Anteproyecto establece dos requisitos adicionales que no contemplaba la reforma de 2015. De un lado, exige la autorización previa del Ministerio Fiscal. De otro, requiere que concurra alguno de los delitos que permiten una solicitud de interceptación de las comunicaciones.

Respecto a la exigencia de autorización previa del Ministerio Fiscal, este requisito choca con una línea jurisprudencial consolidada de nuestro Tribunal Supremo que permite a los agentes de la Policía Judicial la utilización de estos instrumentos técnicos de captación sin necesidad de recabar autorización judicial³¹.

Conviene recordar que se trata de una técnica que no afecta al núcleo protegido por el art. 18.3 CE, toda vez que la obtención de esta información, por sí sola, no permite conocer la identidad de los comunicantes, ni la titularidad del teléfono móvil, ni dato alguno sobre el tráfico de llamadas entrantes o salientes del sospechoso³². No se interviene ningún aspecto relacionado con la comunicación sino el terminal mismo objeto de la investigación³³. Afirmar

³⁰ STJUE de 15 de octubre de 2020, ASUNTOS ACUMULADOS C-511/18, C-512/18 Y C-520/18 LA QUADRATURE DU NET Y OTROS.

³¹ *Vid.* el voto particular de la STS de 23 de enero de 2007; en el mismo sentido las SSTS 249/2008, de 20 de mayo, 776/2008, de 18 de noviembre, 40/2009, de 28 de enero.

³² *Vid.* LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La ley, 2012, Madrid, pp. 44 y ss.

³³ El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su Sentencia de 22 de agosto de 2006 (2 BvR 1345/2003), declaró conforme a su Ley Fundamental la captación del IMSI y del IMEI para los fines de la investigación penal. Considera que no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones pues tales datos no están vinculados al proceso de comunicación, sino que son independientes de él. En la captación de estos datos no hay comunicación humana sino mero funcionamiento de dispositivos técnicos. Por ello, no pueden ser considerados condiciones específicas de comunicación sino que se trata de datos de carácter personal que se integran dentro del ámbito del derecho a la autodeterminación informativa.

lo contrario supondría confundir los medios que posibilitan la comunicación con la comunicación misma³⁴.

Como ha destacado la doctrina³⁵, aunque la intervención del Ministerio Fiscal pudiera entenderse como una garantía adicional de los derechos del investigado, si se analiza a la luz de la eficacia de la investigación y de la realidad y disponibilidad actual de los representantes del Ministerio Público, podemos concluir que este nuevo requisito podría convertirse en un obstáculo más que en una mejora.

Lo mismo se puede afirmar respecto a los datos de abonado regulados en el art. 371 del Anteproyecto. La petición también corresponde al Fiscal por lo que se priva a la Policía judicial de la posibilidad de obtenerlos directamente.

En ambos supuestos se exige, asimismo, la concurrencia de un delito que permita la solicitud de una interceptación de las comunicaciones. A mi juicio, esta limitación contradice la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En concreto, la reciente Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 2 de marzo de 2021 (Asunto c-746/2018) recuerda la posición de este órgano en la materia que nos ocupa. Distingue entre dos supuestos. De un lado, el acceso a datos de tráfico que pueden facilitar información sobre las comunicaciones efectuadas por un usuario, que suponen en todo caso una injerencia grave de los derechos de privacidad previstos en los artículos 7 y 8 de la Carta y, por tanto, solo están permitidos en el ámbito de la lucha contra la delincuencia grave. De forma diferente, el segundo supuesto se refiere al acceso a datos que se refieran a la identidad civil de los usuarios y que no puedan vincularse a informaciones relativas a las comunicaciones efectuadas. Éstos no suponen una injerencia grave en los derechos de privacidad y por tanto pueden legitimarse por el objetivo de investigar y perseguir delitos en general.

Desde mi punto de vista, la regulación contemplada en el Anteproyecto también debería adecuarse a la jurisprudencia de nuestro órgano jurisdiccional superior que afirma que se trata de datos excluidos del contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del 18.3 CE e incluidos en el derecho a la protección de datos del 18.4 CE.

³⁴ ORTIZ NAVARRO y LUCAS MARTÍN, “Ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones”, en *Práctica Penal*, SepinNET revista, pp. 32 y ss.

³⁵ GARCÍA MARCOS, J. Y ZARAGOZA TEJADA, J.I., “Las medidas de investigación tecnológica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Una aproximación preliminar”, *op. cit.*, p. 16.

Debería aprovecharse esta oportunidad legislativa para aclarar el régimen jurídico de los datos de tráfico, estableciendo con claridad los requisitos materiales y procesales de su utilización en el proceso penal, sobre todo teniendo en cuenta la creciente importancia que el conocimiento de esta información presenta para la investigación penal, cuya obtención puede ser más fiable y reveladora que el contenido de una conversación.

2. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS CONVERSACIONES PRIVADAS POR MEDIOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DEL SONIDO

Uno de los grandes méritos de reforma de la LECrim de 2015 fue contemplar por primera vez en su articulado esta diligencia de investigación. Ello no obstante, su regulación se introdujo de forma urgente y el resultado condujo a la publicación de un conjunto muy escaso de disposiciones normativas donde se aprecian importantes lagunas, lo cual contrasta con el hecho de que se trata de una medida muy restrictiva de los derechos fundamentales. Así ha sido puesto de manifiesto por la doctrina desde el principio³⁶.

Tal vez por ello, la exposición de motivos del Anteproyecto deja claro que los cambios introducidos en la regulación de las que denomina “vigilancias acústicas” son mas amplios.

En primer lugar, regula esta medida de investigación en el mismo título dedicado a la interceptación de las comunicaciones y no en uno aparte, cuestión a la que ya me he referido en la primera parte de este trabajo.

A continuación, como elementos comunes con el régimen vigente, se equipara el régimen jurídico y se requiere autorización judicial, sea público o privado o domicilio el lugar de captación de las conversaciones. Según la Exposición de motivos del Anteproyecto, *puesto que la conversación afectada siempre es privada, y está, por consiguiente, sujeta a la protección constitucional de la intimidad, dicha autorización deberá ser recabada, aunque el lugar en que se desarrolle el encuentro tenga carácter público.*

Además, si para practicar la diligencia fuera imprescindible, acceder a un domicilio a efectos de instalar los dispositivos técnicos de escucha, la resolución judicial deberá autorizar expresamente este extremo (art. 384.4 ALECrIm).

³⁶ Vid. BELLIDO PENADÉS. R. (2020), *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal*, tirant lo blanch, Valencia; CASANOVA MARTÍ, R., *La captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, Diario La Ley núm. 8674, 4 de enero de 2016.

También se necesitará habilitación judicial expresa para la captación complementaria de imágenes del investigado y de sus interlocutores (art. 384.4 ALECRim). De igual modo, se somete a autorización judicial la captación de imágenes en domicilios o en lugares cerrados destinados a la realización de actos de carácter íntimo, aunque puedan ser divisados desde el exterior.

2.1. Límites temporales y espaciales

Nos encontramos aquí, sin duda, ante uno de los aspectos cruciales de esta diligencia de investigación. El Anteproyecto incluye una modificación relevante que aclara una polémica doctrinal que ha generado muchas dudas e interpretaciones acerca de la duración de la medida.

En la misma línea del Anteproyecto de LECrim de 2011, el nuevo texto dispone que esta diligencia solo puede ser utilizada para captar conversaciones que se produzcan en un encuentro concreto y determinado sin que pueda ser prolongada más allá de este. Como novedad, se utiliza la expresión encuentro en singular a diferencia del régimen vigente que habla de encuentros en plural. Se especifica además que la ampliación de la vigilancia a sucesivos encuentros requerirá, para cada uno de ellos, una autorización nueva y singularizada (390.2 ALECRim)³⁷.

Con este nuevo tenor, la interpretación propuesta por la recientísima sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 2021, antes citada, perdería parte de su fundamento, pues se basa, precisamente, en forma gramatical plural utilizada por el legislador vigente para referirse al objeto de la intervención. A juicio del Tribunal Constitucional, *la inclusión en la norma de la posibilidad de que la intervención abarque varias encuentros, permite una interpretación según la cual la medida, excepcionalmente, puede quedar definida con un alcance temporal determinado sin que deba limitarse inexorablemente a un solo encuentro*³⁸.

Frente a la posición expuesta, el nuevo texto del Anteproyecto parece más conforme con la postura de la Sala 2^a de nuestro Tribunal Supremo

³⁷ Art. 348.3, incluido dentro de las Disposiciones Comunes, dispone que *se limitará al encuentro concreto para el que se concedió la autorización, sin perjuicio de su ampliación a otros posteriores, cada uno de los cuales deberá ser objeto de la correspondiente autorización judicial*. Este aspecto se refuerza en las disposiciones específicas dedicadas a esta medida de investigación. Así, el 388 f) que se refiere al *encuentro concreto al que se contraiga la ejecución de la medida*.

³⁸ El art. 588 quater de la actual LECrim señala que “La utilización de los dispositivos a que se refiere el artículo anterior ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación”.

mantenida en dos recientes sentencias (SSTS 655/2020, de 3 de diciembre y 718/2020, de 28 de diciembre), y cuya doctrina presenta gran interés, no sólo desde un punto de vista teórico sino también práctico.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, la captación y grabación de conversaciones privadas constituye una medida que por su naturaleza no es sostenible en el tiempo. No puede establecerse un plazo genérico o abierto sin conexión con un encuentro previsible descrito en la solicitud. Si así se hiciera, se vulneraría el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad en las comunicaciones abiertas desarrolladas en el domicilio del investigado. El plazo ha de gozar de la mínima duración lo cual no impide que el juez pueda establecer un plazo máximo como garantía añadida al conocimiento anticipado y previsible del contacto.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo es consciente de que existen muchas situaciones en las que no resulta posible fijar el momento del encuentro con la exactitud deseada. A su juicio, sólo en tales casos será posible *la fijación de un breve período de tiempo que no puede ser un mes. Ello porque este arco cronológico evidencia que no existen datos suficientes que justifiquen violentar la intimidad domiciliaria.* A juicio de nuestro órgano jurisdiccional superior, si no puede acotarse la previsibilidad del encuentro a un plazo mas reducido nos encontraríamos ante una medida de naturaleza aleatoria y prospectiva.

En cuanto al alcance espacial de la diligencia, el art. 388 del Anteproyecto exige que el juez detalle la vivienda, las habitaciones o los lugares que hayan de ser objeto de vigilancia. Es cierto que el contenido exigido para la resolución judicial es mas exhaustivo y no se limita a hacer una remisión a las exigencias previstas para la interceptación de las comunicaciones, lo cual constituye una mejora respecto al régimen vigente.

Tampoco excluye el pre-legislador determinados lugares. Esto es, no hay lugares prohibidos. Su determinación queda en manos del Juez si bien, como también señala el Tribunal Supremo, *resulta obvio que existen lugares en el domicilio en los que resulta muy difícil justificar una intromisión de los poderes públicos.*

Por otro lado, queda prohibida la obtención de imágenes o sonidos en el interior del domicilio cuando afecte de forma directa y grave a la intimidad de los moradores (el 385.4 ALECRim).

En cuanto al cese de la medida, la escucha y grabación de las conversaciones privadas deberán ser dejadas sin efecto tan pronto como dejen de existir los presupuestos que determinaron su adopción o se produzca

el encuentro para cuya grabación se autorizó (Art. 390 ALECrím). El Anteproyecto es más claro en este punto y no deja dudas sobre la necesidad de poner fin a la medida en el momento en el que finaliza el encuentro.

También hay que aplaudir la supresión de la remisión a las causas de cese previstas para la interceptación de las comunicaciones que hace el régimen vigente, toda vez que, al tratarse de medidas distintas, este reenvío resulta perturbador e induce a confusión.

2.2. Dispositivo utilizado

En cuanto al dispositivo que puede ser empleado para llevar cabo la interceptación, el texto del Anteproyecto, al igual que la reforma de 2015, no hace referencia expresa a ningún tipo específico, ni exige requisito alguno. Únicamente se refiere, con carácter general, a los sistemas técnicos de captación del sonido, sin hacer ninguna otra concreción técnica.

Según la circular de la Fiscalía 3/2019, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, el supuesto más habitual consiste en la colocación de micrófonos, cámaras de vigilancia o, incluso, el uso de la cámara o micrófono del ordenador del investigado mediante su activación por control remoto.

Pero, como ha advertido la doctrina³⁹ y dada la evolución constante de la tecnología, existen una gran variedad de dispositivos que pueden ser utilizados. Conviene destacar las posibilidades que ofrece la inteligencia artificial. El llamado internet de las cosas hará que los micrófonos convencionales desaparezcan completamente en un corto espacio de tiempo y puedan utilizarse, en su lugar, otros sistemas técnicos que el propio usuario tenga ya conectados a la red en su propio domicilio mediante un sistema de control remoto. De hecho, la grabación es una función que está presente en la mayor parte de los dispositivos tecnológicos actuales, como por ejemplo una televisión o cualquier Smartphone.

Como exigencia derivada del control judicial de la medida, la mención al sistema que se pretenda utilizar para la grabación debe tener su reflejo en el contenido de la resolución judicial, sin que deba entenderse necesario una explicación técnica en profundidad de este, tal y como apunta la Circular de la Fiscalía 3/2019 antes mencionada. Todo ello con objeto de que el órgano

³⁹ Cfr. BUENO DE MATA, F., “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, en *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*, Aranzadi, 2019.

jurisdiccional pueda ponderar adecuadamente el alcance de la limitación de los derechos fundamentales afectados encada caso concreto.

Esta previsión resulta acertada ya que los cambios y avances en la tecnología suelen desbordar las previsiones del legislador. De ahí, el papel relevante que están llamados a desempeñar los jueces para lo cual sería conveniente contar con peritos informáticos que les asesoren al igual que sucede en otros ámbitos en los que también resulta preciso un conocimiento especializado.

2.3. Delitos que pueden justificar la medida

El vigente art. 588 quater b LECrim, dispone que sólo podrá autorizarse esta medida cuando los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de delitos dolosos castigados con pena de al menos tres años de prisión, de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o cuando se trate de delitos de terrorismo.

Esta disposición ha sido objeto de críticas por parte un sector de la doctrina que considera que la limitación de los derechos fundamentales afectados por esta diligencia de investigación es mucho mayor que la que se produce con la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, para las cuales se establece el mismo límite de proporcionalidad⁴⁰.

Acogiendo esta posición, el Anteproyecto restringe la vigilancia de las conversaciones privadas únicamente a los delitos que justifican la diligencia del agente encubierto. Esto es, se limita a los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y a los delitos de terrorismo (500 del A). Se trata, de una regulación mas coherente con el mayor grado de injerencia que implica esta diligencia y que exige limitarla a delitos de especial gravedad.

2.4. Las comunicaciones entre abogado y cliente

Otra novedad introducida por el Anteproyecto consiste en que no puede utilizarse la medida para grabar las conversaciones de los investigados con personas que estén dispensadas de la obligación de declarar por razón del parentesco o de secreto profesional salvo que el procedimiento también se dirija contra ellos (Art. 385.2 ALECrím).

⁴⁰ Vid. Circular de la Fiscalía 3/2019, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

Al igual que se expuso al tratar la interceptación de las telecomunicaciones, se trata de una novedad más formal que de fondo, porque la exclusión que contempla forma parte del contenido del derecho de defensa regulado en el vigente art. 118.4 LECrim. Ello no obstante, su previsión expresa dentro de las disposiciones específicas que regulan la interceptación de las conversaciones privadas supone una mejora técnica que venía siendo reclamada por la doctrina y, por tanto, merece una valoración positiva⁴¹.

De conformidad con lo expuesto, sólo será posible la intervención de comunicaciones directas entre un abogado y su cliente cuando la investigación pueda poner de manifiesto indicios objetivos de la participación del Letrado en una actividad delictiva.

2.5. El acceso de las partes a las grabaciones

El Art. 389. 2 del Anteproyecto incluye un precepto que regula el acceso de las partes a las grabaciones y permite la selección de los contenidos, a diferencia del régimen vigente de 2015 que guarda silencio y no contempla esta posibilidad.

Esta omisión del legislador, contraria a los derechos fundamentales del investigado, ha sido salvada por la doctrina acudiendo a la interpretación analógica⁴². Se ha propuesto la aplicación lo dispuesto en el art. 588 ter i. LECrim en el ámbito de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, según el cual, una vez expirada la vigencia de la medida de intervención, se alzarán el secreto y *se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas*, debiendo entender como tales, tanto las íntegras, como las relevantes para la causa.

En virtud de lo expuesto, la inclusión en el Anteproyecto de un artículo específico dedicado al acceso y selección de las conversaciones por las partes (Art. 392 ALECrim), merece también una valoración positiva pues permite que el investigado conozca de qué se le acusa y en qué términos para poder ejercer de manera adecuada su derecho de defensa. Como parte del contenido de este derecho de defensa se incluye la obtención de copias de lo grabado antes de la apertura del juicio oral.

⁴¹ Vid. BELLIDO PENADÉS. R. (2020), *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal*, op. cit., pp. 144 y 145.

⁴² Vid. Circular de la Fiscalía 3/2019, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

2.6. Conclusiones

1. La regulación de la intervención de las conversaciones privadas directas en el mismo título dedicado a la intervención de las telecomunicaciones, tiende a identificar el estándar exigido para la legitimidad de ambas medidas, cuando la primera injerencia puede llegar a ser mucho más intensa que la segunda.

Como afirma el Tribunal Supremo⁴³, cuando la captación se hace en el domicilio, la expectativa de privacidad no puede equipararse con la que ciudadano tiene cuando hace uso de un teléfono susceptible de ser intervenido. El Estado se adentra en el núcleo duro de la intimidad de cualquier persona, yendo mucho más allá de la captación de una conversación bidireccional mantenida por varios interlocutores. No solo concierne al investigado sino también a su familia o a cualesquiera otras personas que puedan pasar por el inmueble vigilado, quedando afectados los derechos a la inviolabilidad domiciliaria, a la intimidad y a la propia imagen.

Por ello, no se pueda equiparar a ninguna otra medidas limitativa de los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE.

2. El capítulo IV del Anteproyecto contempla medidas que implican un muy distinto grado de injerencia en la privacidad del investigado. No es lo mismo colocar dispositivos de grabación en un restaurante, o en el interior de un vehículo o de una oficina, que colocarlos en un domicilio. Los primeros supuestos, si bien inciden directamente en la esfera de privacidad de los sujetos afectados, toleran, en términos del Tribunal Supremo, *una autorización judicial conforme a los criterios más extendidos de valoración indiciaria*.

En este punto me parece acertado el razonamiento de la STC de 10 de mayo de 2021 según la cual la captación de conversaciones en lugares, como el vehículo, supone una menor intrusión y *no puede afirmarse que se produzca una injerencia especialmente intensa en aspectos profundos de la privacidad de los investigados*. Esta menor intensidad justifica, a juicio de nuestro máximo garante de la Constitución, un mayor margen de apreciación judicial en la delimitación del alcance temporal de la intervención que pueda ser fijado por el órgano jurisdiccional.

Con base en lo anterior, sería deseable una mayor delimitación y graduación entre los diferentes supuestos que por parte de legislador. Como afirma el Tribunal Constitucional *la exigencia de la protección constitucio-*

⁴³ Cfr. STS 718/2020, de 28 de diciembre.

nal reforzada —que se traduzca ex ante en un examen más estricto de los requisitos necesarios para su intervención—, y ex post en un mayor rigor en su ejecución, solo se producirá cuando, por razón de las especiales circunstancias concurrentes en el desarrollo del proceso comunicativo, exista el riesgo de rebasar el contenido propio del derecho al secreto de comunicaciones (art. 18.3 CE) y entrar en aspectos pertenecientes al núcleo esencial de la privacidad (art. 18.1 CE).

Por ello, cuando la injerencia se produzca en lugares distintos al domicilio, como por ejemplo en espacios abiertos al público, se podría producir una ampliación de los supuestos previstos que alcanzase a delitos de menor gravedad (siempre con el límite de la pena de tres años), cuando así lo estableciese expresamente el legislador con carácter previo, para cumplir con las exigencias derivadas del principio de legalidad en materia de restricción de derechos fundamentales.

3. La misma crítica que se realizó al comienzo de este trabajo respecto al control judicial de la ejecución de la interceptación de las telecomunicaciones, cabe reiterar respecto al control judicial de la medida consistente en la captación y grabación de las conversaciones privadas.

Sobre este punto, solo encontramos en el Anteproyecto una disposición prevista en las Disposiciones Comunes (art. 347). Aunque el art. 389, recogido dentro del capítulo IV, se refiere a la supervisión judicial (en concreto se rubrica “de la ejecución de la medida y supervisión judicial”), sin embargo, su contenido no contiene la más mínima referencia a esta cuestión. Parece un olvido del pre-legislador. Tal y como está redactado el precepto parece que el juez se limita a autorizar y a examinar sólo los presupuestos habilitantes en el momento de la adopción de la medida.

Esta situación choca con el hecho de que estamos ante una diligencia procesal de la máxima injerencia (dado su potencial intrusivo según ha declarado el Tribunal Supremo) que no es comparable con ninguna otra medida de investigación tecnológica en el proceso penal.

Esta especial naturaleza impide una integración analógica con lo dispuesto para la interceptación de las comunicaciones. Si bien, tampoco podría resolverse la omisión por esta vía dada la insuficiencia legal del Anteproyecto también sobre este aspecto.

La única posibilidad que queda es acudir al mencionado art. 347, cuyo contenido ni siquiera se adapta bien a la singularidad de esta medida. Al no tratarse de una diligencia de ejecución prolongada en el tiempo, sino condicionada por la existencia de un encuentro concreto, lo lógico será dar

cuenta al Juez inmediatamente después de la celebración del encuentro, acompañando los informes y las grabaciones e imágenes en los soportes originales.

Como afirma nuestro Órgano Jurisdiccional Superior, se trata de un *control mucho más directo que tendrá una duración mas breve y se ejercerá puntualmente por el juez*. Por esta razón, no será necesario distinguir entre transcripciones relevantes y grabaciones íntegras, sino que existirá un solo soporte original o *copia única con la integridad de lo hablado u observado en dicho encuentro*.

Concluimos afirmando que el silencio del Anteproyecto en este punto incumple claramente lo que dice el Tribunal Supremo, según el cual *las mismas exigencias impuestas por los principios de proporcionalidad y necesidad en el momento de adopción que exigen una escrupulosa valoración judicial, deberían aplicarse a la forma en que debe llevarse a cabo el control judicial de su desarrollo (que exige un minucioso conocimiento de la ejecución de la medida) y cese* y sobre el que nada concreto dice el nuevo texto que se propone.

Aunque se mejora el déficit de regulación normativa de que adolecía esta medida en la reforma de 2015, todavía existen insuficiencias relevantes que convendría corregir en el texto definitivo de la Ley.

No podemos olvidar que la evolución constante de la ciencia en el ámbito de las telecomunicaciones hace que la búsqueda de un adecuado equilibrio entre seguridad y privacidad en la investigación penal del delito constituya un reto permanente que exige un renovado entendimiento de las exigencias habilitantes de todo acto de injerencia en la privacidad de los ciudadanos. Sólo así podremos seguir avanzando en de la búsqueda de técnicas de investigación que abran nuevas posibilidades en la investigación criminal, como medio necesario para hacer frente a los nuevos desafíos de la criminalidad organizada y del terrorismo dentro del respeto a los principios básicos del Derecho penal y del proceso debido.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELLIDO PENADÉS. R. (2020), *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal*, tirant lo blanch, Valencia.
- BUENO DE LA MATA, F. (2019), *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*, Aranzadi.
- BUJOSA VADELL, L. (2015), “Valoración de la prueba electrónica”, en *FODERTICS 3.0:(estudios sobre nuevas tecnologías y justicia)*, Comares.

- CASANOVA MARTÍ, R., (2016), *La captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, Diario La ley núm. 8674.
- DELGADO MARTÍN, J., (2018), *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley, Madrid.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. y LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I. (Dir.) (2018), *La nueva reforma procesal penal: derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, tirant lo Blanch, Valencia.
- FUNTES SORIANO, O., (2016), “La intervención de las comunicaciones tecnológicas tras la reforma de 2015”, en *El Nuevo Proceso penal tras las reformas de 2015* (Dir. ALONSO CUEVILLAS SAYROL), Atelier.
- GIMENO SENDRA, V. (2015), *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Navarra.
- GÓNZALEZ RICHARD, M., (2017), *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, La Ley, Madrid.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., (2017), “Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: previsión legal y calidad de la Ley”, en *REVISTA DE DERECHO POLÍTICO*, volumen 98, páginas 91-119
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., (2011), *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La ley, Madrid.
- MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., (2015), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Castillo de Luna, Madrid.
- MARTÍN MORALES, R., (2015), *El régimen constitucional del seguimiento directo de personas*, Comares, Granada.
- PÉREZ GIL, J. (Dir.) (2012), *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La ley, Madrid.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., (2016), *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepin.
- VELASCO NÚÑEZ (2016), *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepin.

LA FASE INTERMEDIA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

The intermediate phase in the Draft of Criminal Procedure Law of 2020

Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad de Girona

guillermo.ormazabal@udg.edu

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II. SUMARIA PANORÁMICA DE DERECHO COMPARADO. III. EL CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA ACCIÓN PENAL COMO FUNCIÓN PRIMORDIAL DE LA FASE INTERMEDIA. IV. EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN COMO GARANTÍA DEL ACUSADO. OPORTUNIDAD Y RELEVANCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE SU ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. V. DINÁMICA GENERAL DE LA FASE INTERMEDIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL. VI. ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL A UN ÓRGANO JUDICIAL DIFERENTE DEL COMPETENTE PARA CONOCER DEL JUICIO ORAL. VII. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL MEDIANTE EL ESCRITO DE ACUSACIÓN. LOS ESCRITOS DE DEFENSA. VIII. FALTA DE IMPUGNACIÓN DE LA ACUSACIÓN Y APERTURA INMEDIATA DEL JUICIO ORAL: EL DEBILITAMIENTO DEL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD. IX. EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR: EL DESAPODERAMIENTO DEL JUEZ PARA DECRETAR Y DE LAS ACUSACIONES NO OFICIALES PARA SOLICITAR LA PRÁCTICA DE DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS. EL REGIMEN DE LA PUBLICIDAD. X. EL FIN DE LOS ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO Y DE LAS CUESTIONES PREVIAS, ESPECIALMENTE EN RELACIÓN CON LA PRUEBA ILÍCITA. EL TRATAMIENTO DE LOS ÓBICES PROCESALES, DE LA AUSENCIA DE PRESUPUESTOS PROCESALES, Y DE LAS NULIDADES DE ACTUACIONES U OTRAS RAZONES QUE OBSTEN A LA CELEBRACIÓN DEL JUICIO ORAL. XI. EL DESENLAZADO DEL JUICIO DE ACUSACIÓN: SOBRESSEIMIENTO O APERTURA DEL JUICIO ORAL. 1. El sobreseimiento. 1.1. Las causas de sobreseimiento. 1.2. La necesidad de concordancia o correlación entre los motivos de archivo (art. 586 ALECRIM) y los de sobreseimiento (art. 622 ALECRIM). 1.3. Sobreseimiento por aplicación del principio de oportunidad en la fase intermedia (art. 177 ALECRIM). 1.4. Consagración legal de la “doctrina Botín” (art. 622.3 ALECRIM). 1.5. Régimen de recursos (art. 626 ALECRIM) y la cosa juzgada del auto de sobreseimiento (art. 627.1 ALECRIM). El tratamiento de las imputaciones omitidas en el decreto de archivo o en el escrito de acusación. 2. La

resolución de apertura del juicio 2.1. La irrevocabilidad de la acusación 2.2. El auto de apertura del juicio oral: el reconocimiento definitivo de la acción penal y la delimitación del objeto del proceso. 2.3. La formación del expediente del juicio oral y la deducción de testimonios de actuaciones del procedimiento de investigación. Tasación de supuestos en los que las diligencias de investigación pueden acceder al juicio oral. XII. A MODO DE CONCLUSIÓN. XIII. BIBLIOGRAFÍA

Abstract: En el presente trabajo se sostiene que la fase intermedia prevista en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 está sistemáticamente bien trabada y recoge con aspectos altamente positivos, aunque establece un claro desempoderamiento del juez para realizar el necesario control de la acusación al atribuir a dicha fase un carácter facultativo. En este sentido, el texto omite toda referencia a la facultad del juez de la fase intermedia para ordenar de oficio la práctica de las diligencias que crea convenientes para comprobar si procede abrir el juicio o decretar el sobreseimiento.

Convendría, además, que el legislador mejorase el texto del Anteproyecto estableciendo la necesaria concordancia entre los motivos que justifican el archivo del proceso por parte del Ministerio Fiscal al concluir la instrucción y aquellos que fundamentan dictar el sobreseimiento en la fase intermedia. Y por lo que se refiere a la novedosa función de depuración de la prueba ilícita, parece cuando menos conveniente que se establezca expresamente la plena soberanía del tribunal enjuiciador en orden a apreciar la ilicitud de las pruebas y proceder a su exclusión, por mucho que el tribunal de la fase intermedia no hubiese apreciado dicha ilicitud.

Palabras Clave: Proceso penal; juicio de acusación; garantías procesales; prueba.

Abstract: The author of the paper maintains that the intermediate phase set up by the Draft Criminal Procedure Law of 2020 is systematically well interlocked and includes highly positive aspects, but it establishes a clear disempowerment of the judge to carry out the necessary control of the accusation by attributing to this phase an optional character. In this same sense, the text also omits any reference to the power of the judge of the intermediate phase to order *ex officio* investigations he deems appropriate to check whether it is appropriate to open the trial or order the dismissal.

It would also be advisable for the legislator to improve the text of the Draft Bill by establishing the necessary concordance between the reasons that justify the termination of the process by the Public Prosecutor at the conclusion of the investigation and those that support issuing the dismissal of the case in the intermediate phase. And as regards the novel function of purging the illegal evidence, it seems at least convenient that the full sovereignty of the trial court be expressly established to assess the illegality of the evidence and proceed to its exclusion, no matter if the court of the intermediate phase would not have appreciated that illegality.

Key words: Criminal procedure; Indictment; procedural guarantees; evidence.

ABREVIATURAS

ALECrím:	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Art.:	Artículo
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.:	Confrontar
cit.:	citado
CP:	Código Penal
LECrím:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO:	Ley Orgánica
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS:	Tribunal Supremo

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La atribución de la investigación previa al proceso al Ministerio Fiscal en el nuevo modelo procesal penal instaurado por el ALECRIM 2020 ha provocado un auténtico cambio de paradigma o transformación del entero sistema de enjuiciamiento criminal y, concretamente, de la estructuración en fases del procedimiento penal o de la relevancia de las mismas, lo cual es especialmente visible en el caso de la así llamada fase intermedia

En efecto, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, junto a la instrucción y el juicio oral suele distinguirse una fase intermedia o juicio de acusación en la que se decide sobre la apertura del juicio oral tras un examen fundamentalmente del material probatorio acopiado durante la instrucción. La configuración jurídica de la fase intermedia o juicio de acusación está en estrecha dependencia con la de la fase de instrucción. Tal como se organice y se conciba ésta habrá de estructurarse aquélla. Concretamente, a una fase instructora dirigida por el Ministerio Fiscal, como la prevista en el Anteproyecto, le corresponde una fase intermedia rigurosa, en la que se analicen a fondo los presupuestos materiales y procesales de la acción penal. Por el contrario, cuando la fase instructora corre a cargo de un órgano judicial, como sucede en el sistema de enjuiciamiento penal vigente en España, el control jurisdiccional de la acusación tiene lugar, al menos en muy buena parte, durante dicha fase.

Este hecho explica la minusvaloración o relativa falta de sustantividad propia que caracteriza a la fase intermedia en el proceso penal español ac-

tualmente vigente en comparación con la de sus homólogos europeos. En efecto, en el procedimiento ordinario por delitos graves el grueso del enjuiciamiento encaminado a decidir sobre el pleno reconocimiento de la acción tiene lugar en la instrucción, al dictarse el procesamiento. Así lo puso de manifiesto GÓMEZ ORBANEJA, constatando que en las legislaciones alemana e italiana “la decisión sobre la acción viene puesta, no sólo aparente, sino realmente, en la fase intermedia que sigue a la instrucción”, mientras que “en nuestro sistema, donde se decide realmente por el órgano judicial sobre la existencia de la acción penal, independientemente de su ejercicio ante el tribunal competente para conocer del juicio, es en el sumario¹. En el procedimiento abreviado, por su parte, el reconocimiento de la acción penal está, en muy buena parte, situado en el auto de transformación en trámite previsto en el art. 779 LECrim, concretamente en la decisión del juzgador de dictar el sobreseimiento o la transformación en procedimiento abreviado. Sólo en el juicio ante el tribunal de Jurado está prevista una fase intermedia de mayor trascendencia (cfr. arts. 30 a 33 LOPTJ).

La reforma penal proyectada, sin embargo, introduce una verdadera y claramente autónoma fase intermedia, procedimentalmente incardinada en una “audiencia preliminar”, tal como corresponde a una fase de instrucción enteramente conducida por el Ministerio Fiscal, en la cual se resuelve sobre la apertura del proceso penal sometiendo a control de un órgano judicial la concurrencia de los presupuestos materiales y procesales de la acción penal y resolviendo de acuerdo con dicho enjuiciamiento sobre la apertura de la fase de plenario o el sobreseimiento.

Por si fuera poco, el Anteproyecto impide que la fase intermedia pueda concluir con un sobreseimiento provisional y explica en su EM que “cerrada la investigación y ejercida la acción penal comienza el curso de la llamada fase intermedia. Desde este momento adquieren las actuaciones pleno carácter jurisdiccional, puesto que se ha presentado una concreta pretensión acusatoria. Así se declara expresamente en el precepto que encabeza la regulación de esta fase: la acción penal se ejercita con la presentación del escrito de acusación. Esto determina igualmente que el pronunciamiento judicial sobre la admisibilidad de esa acción —ya plenamente conformada y ejercida— no pueda tener efectos puramente provisionales. De este modo sí, en su labor de depuración, el juez estima que la acción penal ejercitada contra el acusado no está suficientemente fundada, el sobreseimiento que dicte tendrá siempre pleno efecto de cosa juzgada”

¹ Cfr. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T.II, Madrid 1951, p. 203.

Si revolucionaria es la nueva configuración de la fase intermedia, no menos novedosa y carente de antecedentes históricos en nuestro Derecho es la determinación y composición del órgano judicial llamado a tramitarla. En efecto, la competencia para conocer de la fase intermedia se atribuye a un magistrado de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia que, en ese caso concreto, actuará como Juez de la Audiencia Preliminar y que no intervendrá después en el desarrollo del juicio oral. De este modo, el Anteproyecto se distancia de los dos modelos que nuestro enjuiciamiento penal conocía hasta el momento: el de atribuir la fase intermedia al instructor (procedimiento abreviado) y el de encomendársela al órgano enjuiciador (procedimiento ordinario por delitos graves).

Pero el alcance de la transformación de esta fase intermedia, situada en la así llamada “audiencia preliminar”, va aún mucho más allá. Por una parte, se asigna a dicha fase un cometido completamente ausente en la actualidad, cual es de la depuración de la prueba ilícita, con el objeto de que ésta no llegue al plenario y, de dicho modo, no pueda provocar ningún tipo de influencia o prejuicio en el ánimo del juzgador.

Además, es en dicha fase procesal donde se incardina la garantía judicial ante la denegación por parte del Fiscal de diligencias de investigación conducentes a la obtención de prueba denegadas durante la instrucción de la causa. Como indica el Anteproyecto, de este modo, el investigado podrá someter la denegación del fiscal a la revisión del Juez de la Audiencia Preliminar, que se pronunciará sobre la pertinencia de los actos de investigación. El juez ordenará que estos se practiquen cuando, al efectuar el juicio de acusación, estime que son imprescindibles para demostrar la improcedencia de la acción penal que pretende ejercitarse. La persona investigada podrá así hacerlos valer en el juicio de acusación a efectos de lograr el correspondiente sobreseimiento.

Se trata, en definitiva, de otra transformación sistémica y radical en el sistema de enjuiciamiento penal español que provoca una auténtica revolución en su estructura interna y que merece una atenta reflexión y estudio en cuanto a sus consecuencias y efectos.

II. SUMARIA PANORÁMICA DE DERECHO COMPARADO

Como se anunciaba en el epígrafe anterior, en la mayor parte de ordenamientos europeos la fase intermedia del proceso penal se configura nítida e inequívocamente como un juicio sobre la acusación. Esto resulta particu-

larmente claro en los ordenamientos procesales que han encomendado la dirección y práctica de la instrucción o procedimiento preliminar al Ministerio Fiscal (así Italia, Portugal y Alemania, entre otros). Si la instrucción la conduce y concluye el MF es natural que la primera fase jurisdiccional o *apud iudicem* del proceso se encamine a formular acusación y a juzgar sobre su fundamentación, como condición previa a la apertura del juicio oral.

En el caso de Alemania, los §§ 198-212 b StPO regulan el denominado “procedimiento intermedio” (*Zwischenverfahren*, o *Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens*)². Tiene lugar dicho período procedimental en el caso de que el fiscal, una vez concluida la instrucción (*Ermittlungsverfahren* o *Vorverfahren*), crea procedente ejercitar la acusación. Se abre entonces una fase ante el órgano competente para el fallo de la causa³ que comienza con la presentación del escrito de acusación, y tiene por objeto el examen de la fundamentación fáctica y jurídica de la misma y de los presupuestos de admisibilidad del juicio⁴. El órgano judicial puede acordar de oficio las diligencias de comprobación que estime pertinentes y las partes (en Alemania denominadas “participantes”, *Beteiligten*) solicitar las que crean oportunas. La resolución que abre el juicio (*Eröffnungsbeschluss*)⁵ concreta el objeto del proceso y expresa, en su caso, las modificaciones que se admite la acusación (§ 207 StPO)⁶.

El *Codice di Procedura Penale* italiano contempla una etapa procedimental semejante al *Zwischenverfahren* alemán. Si la instrucción llevada a cabo por el Fiscal (*indagine preliminare*) no concluye con el archivo de las actuaciones, se abre una fase contradictoria (*udienza preliminare*) ante un órgano judicial unipersonal. Se debate en ella sobre los resultados de la investigación y tanto el acusador como el inculpado pueden solicitar la práctica de

² Véase al respecto, SCHMIDT, *Anklageerhebung, Eröffnungsbeschluss, Hauptverfahren, Urteil*, NJW 1963, pp. 1081 y ss.; RIEß, *Eröffnungsentscheidung auf unvollständiger Aktengrundlage*, NSTZ, 1983, pp. 274 y ss.; HEGHMANN, *Das Zwischenverfahren im Strafprozeß*, München 1991; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München 1994, pp. 280 y ss.

³ Para adoptar tal decisión sólo forman parte del mismo los jueces profesionales que integran el tribunal.

⁴ El § 206 a. prevé la posibilidad de decretar el archivo si el órgano judicial aprecia la concurrencia de un óbice procesal (*Verfahrenshindernis*).

⁵ El § 206 StPO deja al juzgador completa libertad para valorar la procedencia de abrir el juicio oral, con independencia de las peticiones del fiscal (*Das Gericht ist bei der Beschlußfassung an die Anträge der Staatsanwaltschaft nicht gebunden*).

⁶ Que contempla, sobre todo, la concreción de los hechos respecto a los que se abre el juicio, en el supuesto de que en relación con alguno de los aducidos no se considere procedente la apertura (núm. 1); concreción que también debe realizarse en el caso de concurso ideal de delitos respecto a las infracciones que no se consideran concurrentes (núm. 4); y en caso de que se estime incorrecta la calificación de los hechos realizada por el fiscal en su escrito de acusación, debe expresarse cuál es la calificación correcta en torno a la cual se centrará el debate durante el juicio (núm. 3).

las diligencias que estimen convenientes para dilucidar si procede admitir la acusación, sin perjuicio de que el propio órgano judicial tome la iniciativa, quedando además facultado para examinar sin limitación alguna el material aportado y decidir sobre la apertura del juicio o sobre el sobreseimiento. La resolución que abre el juicio concreta la acusación en todos sus elementos (el *decreto que dispone il giudizio* del art. 424 del CPP)⁷.

Un sistema similar a los anteriores es el previsto en el nuevo *Código de Processo Penal* portugués⁸. También en dicho país la investigación oficial (*inquérito*) se encomienda al Ministerio Fiscal. Si estima procedente la celebración del juicio remite las actuaciones al juez y formula acusación, comenzando así la fase de *instrução* o *debate instrutorio*, que corresponde al juicio de acusación o período intermedio, y cuya significación no debe confundirse con el uso castellano del término “instrucción”, que designa la investigación oficial previa al juicio. La única peculiaridad reseñable de esta *instrução* es su carácter facultativo, abriéndose únicamente si el inculpado (*o arguido*) o su defensor lo solicitan. Por lo demás las facultades del órgano judicial y la extensión del examen sobre la acusación son similares a las que hemos apuntado en relación con la fase intermedia en los procesos penales alemán e italiano. También aquí existe una resolución del juez (*pronuncia*) que fija el objeto del proceso.

III. EL CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA ACCIÓN PENAL COMO FUNCIÓN PRIMORDIAL DE LA FASE INTERMEDIA

Como es sabido, en el ámbito del proceso penal no cabe hablar de un derecho al proceso en el sentido que a dicha locución se atribuye en el proceso civil: derecho a que se dicte una sentencia sobre el fondo, condicionado únicamente a la concurrencia de todos los presupuestos y requisitos procesales exigidos por la ley en cada caso. En efecto, si bien es cierto que la acción penal consiste en aquel “poder de iniciativa procesal y de constituir la obligación del Juez de comprobar la situación de hecho que se le somete,

⁷ Véase la exposición de VERGER GRAU, *El principio acusatorio y derecho de defensa*, Barcelona 1994, p. 85; BETTIOL, *Istituzioni di Diritto e procedura penale*, Padova 1993, pp. 177 y ss.; STILE, *Die Reform des Strafverfahrens in Italien*, ZStW 104, 1992, núm. 2, pp. 437 y 438.

⁸ Una visión general de la fase de *instrução* puede encontrarse en MIRANDA RODRIGUES, *O inquérito no novo Código de Processo Penal*, pp. 61 y ss. y SOUTO DE MOURA, *Inquérito e instrução*, pp. 116, ambas obras en *O novo Código de Processo Penal*, Coimbra 1988.

y de declarar si constituye un delito y funda la responsabilidad penal”⁹, de ningún modo asiste al actor penal una facultad abstracta, fundada en el puro hecho de interponer en forma la querrela, de obligar al órgano judicial a pronunciarse sobre la procedencia de imponer una pena¹⁰.

En este sentido, se ha dicho con acierto que la acción penal es un derecho que tiene por base, aunque no por contenido, el derecho de penar del Estado, y que debe ser reconocido en el proceso no sólo en cuanto a su admisibilidad sino también en cuanto a su fundamentación¹¹. Puede, así, hablarse de presupuestos materiales (relativos a la existencia del derecho de penar) y procesales (referentes a la admisibilidad del proceso) de la acción penal, cuya concurrencia debe ser controlada por el órgano judicial en los diversos estadios del proceso. El control relativo a los primeros se produce de forma escalonada y es diverso según los diferentes estadios procedimentales en que tiene lugar: mientras que para admitir una querrela o, en general, para iniciar unas diligencias instructorias (correlativamente, para que se tenga derecho a ellas) se precisa únicamente que la imposición de la pena se represente al juez como “posible”¹², para tener derecho a acusar y a

⁹ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* II, cit. p. 188 y 198.

¹⁰ Véase al respecto, MONTERO AROCA, *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*, La Ley 1994-I, pp. 976 y 977: “Más aún, ese derecho al proceso penal no puede ser lo mismo que el derecho al proceso civil; en éste, quien afirme su titularidad de un derecho subjetivo privado tiene derecho, concurriendo los presupuestos y requisitos procesales, a que se realice todo el proceso y a que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, es decir, a que se realice toda la actividad procesal y a que se dicte un pronunciamiento en el que el juez decida sobre la correspondencia de la pretensión concreta con el ordenamiento jurídico. Por el contrario, en el proceso penal no puede existir en el acusador un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación de la actividad procesal, sino que el derecho al proceso se resuelve únicamente en la necesidad de un pronunciamiento por el Juez, aunque ese pronunciamiento pueda dictarse ya en el inicio del proceso, pues si el Juez en el mismo momento del ejercicio de la acción penal por el acusador considera que los hechos alegados por aquél no están tipificados en la norma penal sustantiva, no tendrá sentido realizar todo el proceso penal”. Véase también GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* cit. p. 199: “Mientras que en el proceso civil es demandado, sin más, quien diga la demanda, en el proceso penal no es procesado el que inculpe la querrela, sino el inculgado a quien procese el juez”

¹¹ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* cit. p. 198: “Este *ius ut procedatur*, o derecho de acción penal independiente por un lado del derecho subjetivo de penar, no es tampoco, por otro... un mero derecho abstracto a la prestación de la jurisdicción, o mera facultad de constituir el proceso y de crear la obligación del juez de fallar en el fondo, condicionado únicamente al hecho de interponer en forma la querrela o de pedir que se abra el juicio... en el proceso penal vigente, el derecho correspondiente, o la acción, es un derecho que necesita ser reconocido en su fundamentación misma (y no sólo en su admisibilidad), con relación al objeto deducido, para producir su efecto”. Por dicha razón DE LA OLIVA, *Derecho Penal...* cit. p. 184, afirma que, a diferencia de lo que en el proceso civil sucede, en el proceso penal los presupuestos materiales de la acción penal están sometidos desde el primer momento al control del órgano jurisdiccional.

¹² Véase al respecto, DE LA OLIVA, cfr. *Derecho procesal penal...* cit. p. 187, donde expone el autor la necesidad de que el proceso penal comience con un determinado objeto, consistente, al menos en un presunto hecho punible o en la sospecha fundada de su comisión, sin que quepa una investigación judicial indiscriminada (*inquisitio generalis*). En otro sentido, VAZQUEZ SOTELO, *El principio*

que se abra la fase plenaria o juicio oral, se requiere que la pena parezca no sólo posible sino, lo que implica mayor grado de certeza, probable¹³.

La principal función que suele atribuirse a la fase intermedia es precisamente decidir sobre el reconocimiento de la acción como derecho de acusar, de ejercitar la acción penal en el juicio oral¹⁴ y obtener una sentencia de fondo, lo que tiene lugar a través de un enjuiciamiento sobre la verosimilitud de las imputaciones dirigidas contra el inculpaado¹⁵. Se trata, en definitiva, de determinar si las diligencias instructorias practicadas permiten apreciar indicios racionales de que un determinado sujeto ha perpetrado un hecho punible del que debe responder penalmente. Una cosa es que la existencia del proceso se condicione a la existencia de acusación¹⁶, y otra, que el ejercicio de la acusación se presente como un derecho absolutamente incondi-

acusatorio y su reflejo en el proceso penal, Revista Jurídica de Catalunya, 1984, núm. 2, pp. 108 y 109, señala cómo cabe en nuestro proceso penal instrucción *in incertam personam*, reflejo de la *inquisitio generalis* del proceso inquisitivo común, contrapuesta a la *inquisitio specialis* que suponía la dirección de la investigación contra un sujeto determinado. Sobre la sospecha (*Verdacht*) como presupuesto de iniciación de la investigación sumarial (calificada de *Prozeßvoraussetzung*, o presupuesto procesal condicionante de su incoación) en los derechos suizo y alemán, y el papel del *corpus delicti* en el proceso inquisitivo común como limitación al poder de persecución del juez, resulta interesante el trabajo de WALDER, *Grenzen der Ermittlungstätigkeit*, en ZStW 95 (1983) Núm. 4, pp. 866 y ss. Véase también SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1951, pp. 186 y ss.

¹³ Así, y por todos, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* cit. pp. 190 y 191, in fine y 204; MUÑOZ ROJAS, *Acerca de las condiciones de las condiciones del proceso penal y de la pena*, RDPPro, abril-junio 1965, p. 71. En la doctrina alemana, la iniciación de la instrucción, a cargo del fiscal, precisa sólo que existan “suficientes puntos de apoyo de carácter fáctico” de que concurre un hecho criminal (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*, cfr. § 152.2 StPO), mientras que la apertura del juicio oral es necesario que el inculpaado, a la vista de las actuaciones instructoras, resulte suficientemente sospechoso de la comisión del delito (“...wenn nach ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint” cfr. § 203 StPO). Se habla también, en este último caso de *Verurteilungswahrscheinlichkeit* (“probabilidad de condena”), a la que se llega a través de un examen fáctico (*Tatverdachtsprüfung*) y jurídico (*Schlüssigkeitsprüfung*). Al respecto véase el trabajo de BRUNS, *Tatverdachtsprüfung und Schlüssigkeitsprüfung im strafprozessualen Ermittlungsverfahren*, GS für H.Kaufmann, 1986, pp. 863 y ss. También ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, Múnich 1994, 37, B, I, p. 265.

¹⁴ La doctrina utiliza expresiones muy diversas para designar esta función: “control de la acusación”, “juicio de acusación”, “control jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación” (Empleada por ORTELLS RAMOS en *Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia y juicio oral)*, Revista General de Derecho, 1993, pp. 7193 y ss.) u otras análogas.

¹⁵ Así, por ejemplo, GIMENO SENDRA, cfr. *Derecho Procesal*, Tomo II (Proceso penal), Valencia 1992, pp. 402, habla de “juicio de acusación”, señalando que la función primordial de la fase intermedia es “dilucidar si concurren o no los presupuestos del juicio oral, esto es, si se ha acreditado suficientemente a lo largo de la instrucción, la existencia de un hecho punible y si se ha determinado su presunto autor”. De forma análoga, la STC 186/90 habla de la fase intermedia como de juicio de acusación. Asimismo, FENECH, *Derecho procesal penal...* cit. p. 203 y *Puntos de vista sobre el proceso penal*, en *Estudios de Derecho Procesal* (con CARRERAS), Barcelona 1962, p. 692; HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal* (con GÓMEZ ORBANEJA)... cit. p. 215; PRIETO-CASTRO/GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 1987, p. 307.

¹⁶ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, cit. ...p. 186.

cional y abstracto, desvinculado de la verosimilitud de los hechos objeto de acusación, del examen de su tipicidad y de la responsabilidad del sujeto a cuyo cargo se ponen.

IV. EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN COMO GARANTÍA DEL ACUSADO. OPORTUNIDAD Y RELEVANCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE SU ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Las nocivas consecuencias que la apertura del juicio oral puede provocar a un individuo son de sobra conocidas. No sólo las de orden personal, como la pérdida del sosiego o la intranquilidad, sino también los posibles quebrantos de carácter profesional o económico y, en todo caso, la denigración o estigmatización social a través de la publicidad de las actuaciones.

La ponderación sobre la conveniencia de abrir el juicio no puede degenerar en una decisión poco menos que mecánica o de puro trámite, correlato casi fatal de la presentación de un escrito de acusación, ni cabe echar mano con ligereza del aforismo “resplandezca la verdad en el juicio”, sin parar muchas mientes en la probabilidad de que ese *fulgor veritatis* se deje ver en la sala de vistas. No cabe, desde luego, es trivializar sobre una decisión como ésta, en atención a las graves consecuencias que entraña. Y qué duda cabe que la vida forense española ofrece innumerables ejemplos de juicios orales cuya apertura podía haberse evitado mediante un razonable pronóstico de su desenlace absolutorio, por falta de tipicidad de los hechos o la predecible imposibilidad de su prueba durante las sesiones del juicio. Por no decir que, a veces, la propia querrela o denuncia podría haber sido repelida ya en fase de admisión. Entre nosotros, el auto de apertura se dicta con demasiada frecuencia *ohne viel Federlesen*, sin muchas contemplaciones o reparos, como se ha hecho habitual decir en la doctrina alemana respecto de la praxis judicial de dicho país¹⁷.

Que la apertura de un juicio oral supone afectar derechos fundamentales del acusado, por justificada o necesaria que dicha afectación pueda resultar, parece poco dudoso. El reproche público de la comisión de un delito y la propia publicidad de unas actuaciones judiciales suponen, de hecho, poner en tela de juicio la honorabilidad del ciudadano acusado e inciden directamente en sus derechos al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE). Opo-

¹⁷ Por todos, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*...cit. p. 281; LÜTTGER, *Der “genügender Anlaß”*...cit. p. 205.

ner a esta afirmación la presunción de inocencia, conforme a la cual nadie puede ser considerado culpable mientras no haya recaído sentencia en este sentido, es tanto como cerrar los ojos a una realidad evidente y esgrimir un argumento formalista.

Considerar la decisión relativa a la apertura del juicio desde el punto de vista de su incidencia en los derechos fundamentales supone adoptar un enfoque de especial interés, ya que, además de ilustrar más claramente la especial trascendencia y gravedad del enjuiciamiento sobre el fundamento de la acusación, tiene la virtud de corroborar la conveniencia de atribuir dicha ponderación a un órgano jurisdiccional. Experiencias históricas de signo autoritario en las que se suprimió el control judicial de la acusación¹⁸ —medida propugnada también posteriormente, aunque con base en consideraciones de otro orden— han llevado a la doctrina alemana de la posguerra a plantearse si dicho control resulta un presupuesto constitucionalmente insoslayable para la constitución del imputado en el estatus de acusado (*Versetzung in der Anklagestand*) o por el contrario, cabría encomendar dicho control exclusivamente al Ministerio Fiscal. Los autores que, según sabemos, se han ocupado de esta cuestión no vacilan en calificar el control judicial de la acusación como exigencia de orden constitucional (*Richtervorbehalt*)¹⁹.

No existe en la Constitución española una reserva judicial absoluta en lo que se refiere a la afectación de derechos fundamentales ni, por consiguiente, incondicional necesidad de encomendar a los órganos judiciales la apertura del juicio y consiguiente adquisición del status de acusado. Asimismo, lo único, en este sentido, que nuestra Constitución garantiza a quien considere vulnerados sus derechos fundamentales es el acceso a la jurisdicción para recabar su reconocimiento, preservación o restablecimiento (art. 53.2 CE).

¹⁸ Nos referimos a la época del nacionalsocialismo, único período de la historia del proceso penal alemán en el que ha estado ausente la fase intermedia. Al respecto véase la exposición de HEGHMANN, *Das Zwischenverfahren...* cit. pp. 35 y ss.; SCHAFFSTEIN, *Nazionalsozialistisches Strafrecht*, ZStW 53, 1933, p. 603 y 606). El ministerio fiscal se concebía como una suerte de *longa manus* del poder estatal frente al cual, en contraposición a la denostada ideología liberal-individualista, la persona no necesitaría protección de ningún género. A este respecto, véase también FREISLER, *Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrecht*, Dstr 2 (1935), p. 244.

¹⁹ Así, por ejemplo, HEGHMANN, cfr. *Das Zwischenverfahren...* cit. pp. 68 y ss.; y RIEß. El primero de estos autores afirma que “la autorización judicial de la acusación representa el instrumento jurídico-constitucionalmente obligado para la protección del acusado ante juicios orales injustificados” („... stellt sich die richterliche Anklagezulassung als das verfassungsrechtlich gebotene Instrument zum Schutz des Angeklagten vor unberechtigt durchgeführten Hauptverhandlungen dar”), cfr. *Das Zwischenverfahren...* cit. p. 69.

Que los preceptos de nuestra norma fundamental no impongan el control judicial de la acusación no significa que éste no resulte vivamente conveniente. El control judicial de la acusación, pues, puede no ser una exigencia de rango constitucional, pero pocas dudas caben de que constituye el instrumento más adecuado para proteger con la debida eficacia derechos fundamentales del justiciable.

El control judicial al que aludimos representa, pues, una valiosa garantía para la persona investigada, en la medida en que se propone liberarlo del sometimiento a un juicio basado en una acusación carente de fundamento mínimamente sólido o fundada en hechos que no constituyen delito²⁰. Se trata, en definitiva, de evitar lo que se denomina “pena de banquillo”²¹. En algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, como señaladamente el norteamericano, el control de la acusación por parte de un Gran Jurado, se ha llevado al propio texto constitucional²².

En dicho sentido, el control de la acusación desempeña el trascendental papel de mitigar los defectos y excesos inherentes a los diferentes sistemas de ejercicio de la acción penal: en los ordenamientos que han instaurado el monopolio fiscal de la acusación, y sobre todo aquéllos en los que la institución que ostenta tal monopolio aparece —en mayor o menor grado— vinculada al ejecutivo, el control de la acusación se presenta como un medio para atajar la arbitrariedad, la parcialidad o el partidismo en los que podría el acusador incurrir. Abandonar sólo en él la decisión de abrir el juicio signi-

²⁰ Al respecto señala MONTERO AROCA, cfr. *La garantía procesal penal...* cit. pp. 977 y 978: “El verdadero enjuiciamiento sólo debe ser sufrido por el imputado cuando existen elementos suficientes para ello, elementos que deben ser necesariamente determinados antes de la apertura del verdadero proceso. La denominación ‘pena de banquillo’ sólo debe ser soportada por el imputado cuando razonablemente se haya llegado a la constatación, no de que va a obtenerse una sentencia condenatoria, sino más sencillamente de que existen indicios de que él es el autor de un hecho y de que éste está tipificado en la ley penal, con lo que se está haciendo referencia más a un interés particular que a otro público, aunque éste no falte”.

²¹ Para aludir a este cometido de la fase intermedia algunos autores, alemanes y españoles, hablan de un control negativo (*negative Kontrollfunktion*). Por todos, ROXIN, cfr. *Strafverfahrensrecht...* cit. p. 280; LÜTTGER, cfr. *Der „genügende Anlaß“ zur Erhebung der öffentlichen Klage*, *Goltdammers Archiv (GA)*, 1957, pp. 193 y ss.; BELING, *Deutsches Strafprozeßrecht*, 1928, p. 361; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 1953. Entre nosotros GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal...* cit. p. 402.

²² El texto de la 5ª Enmienda de la Constitución norteamericana, referida a la jurisdicción federal, principia estableciendo que *nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa (no person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury)*, aunque la mayor parte de los Estados no contemplan dicha garantía y se critica con frecuencia que dicho jurado actúa como cooperador de la acusación y sólo en raras ocasiones deniega la apertura del juicio, además de desarrollar su labor sin prestar audiencia al acusado. Sobre todas estas cuestiones, véase, por ejemplo, CAMMACK, Mark E., GARLAND, Norman M., *Advanced criminal procedure in a nutshell*, Editorial West Academic, St. Paul (MN) 2006, pp. 78 y ss.

ficaría, sin embargo, ignorar la compleja posición que caracteriza a este órgano, obligado simultáneamente a la objetividad o imparcialidad (art. 124.2 CE) y a ejercitar la acción penal acusando. Y es que, si no incompatibles, el oficio de acusador y el cumplimiento de aquellos deberes aparecen, cuando menos, en una difícil tensión²³.

En definitiva, por decisivo o central que resulte el papel que se atribuya en un sistema procesal al órgano oficial encargado de la persecución criminal, lo que no parece aconsejable es prescindir del control judicial sobre la acusación, encomendándolo en exclusiva a aquel órgano. De ahí que, quienes entre nosotros han propugnado la asunción fiscal de la instrucción, no hayan, sin embargo, propuesto nunca la supresión del control al que aludimos, por entender que incumbe única o principalmente al acusador oficial²⁴: convertir al fiscal en director y *dominus* de la investigación oficial previa al juicio puede contar con algunos partidarios; convertirlo en árbitro único de la procedencia de abrir el juicio oral —que nosotros sepamos— con ninguno. Al menos, abiertamente y hasta la actualidad. No así en el Derecho comparado y más en concreto, de Alemania, donde Eberhard SCHMIDT, entre otros, propuso ya abiertamente la supresión de la fase intermedia por considerarla superflua y dilatoria, confiando al Ministerio Fiscal la función de ponderar si existe fundamento bastante para someter a juicio al inculpado²⁵.

²³ Tal riesgo fue ya oportunamente percibido y descrito por GOLDSCHMIDT, *Problemas...* cit. p. 29: "... se puede objetar que esta exigencia de imparcialidad, dirigida a una parte acusadora, cae en el mismo error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo". GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* cit. pp. 212 y 213, apunta claramente el problema, aunque más tarde expone ciertas construcciones dogmáticas para proporcionarle una justificación: "En síntesis, la contradicción aflora en él, si contraponemos todos los preceptos de la LECrim que hacen del MF 'parte' y la norma fundamental del art. 1 del EstMF que le asigna en todos sus cometidos —por tanto también, y sobre todo en el proceso penal— una función 'imparcial'".

²⁴ Aunque en el caso del procedimiento abreviado no han faltado voces que hayan propugnado una notable disminución de su contenido. Véase infra las consideraciones que se dedican a la amplitud de la facultad judicial para decretar el sobreseimiento *ex officio* (art. 790.6 LECrim) en el procedimiento abreviado, con independencia de las peticiones de las partes favorables de la apertura del juicio.

²⁵ Cfr. *Anklageerhebung, Eröffnungsbeschuß, Hauptverfahren, Urteil. Betrachtungen zur Strafprozeßreform*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1963, p. 1083 y ss. El filtro del fiscal haría innecesaria la existencia de la fase intermedia. En definitiva el período intermedio debería dejar de existir o en todo caso renunciar al control relativo a la fundamentación fáctica de la acusación ("*zur Abwendung der Hauptverhandlung mangels hinreichenden Tatverdachts kann das Zwischenverfahren nicht mehr führen*") centrándose únicamente en comprobar la concurrencia de los presupuestos procesales ("*Prozeßvoraussetzungen*") o la inexistencia de óbices procesales ("*Verfahrenshindernisse*"). En el mismo sentido, puede consultarse, del mismo autor, *Der Strafprozeß. Aktuelles und Zeitloses*, NJW 1969, pp. 1143 y ss. También los proyectos de reforma de la StPO de 1905 y 1920, y en la doctrina ya antiguamente GLASER, *Versetzung in der Anklagestand*, *Gerichtsaa* (GS) 19, 1867, p. 244. Y más recientemente, ERNST, *Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung*, Frankfurt am Main 1986, p. 227 y ss.; y HERRMANN, *Das Versagen des Strafprozeßrechts in Monstreverfahren*, ZStW 85, 1973, p. 276.

Por el momento, sin embargo, allí donde la instrucción fiscal y el monopolio oficial de la acción penal han acabado por convertirse en Derecho positivo, se mantiene incólume el control judicial en su doble dimensión, relativa a la fundamentación fáctica de la acusación y a la admisibilidad del juicio.

Tanta o mayor trascendencia tiene, asimismo, el control judicial de la acusación en aquellos ordenamientos, como el nuestro, en los que se admite la acción popular. Este sistema, junto a sus virtudes, entraña también evidentes peligros, entre los que no cabe ignorar la instrumentalización del proceso como medio de para obtener fines diferentes del de la actuación del derecho penal²⁶.

La conveniencia de condicionar el juicio oral a un examen de los resultados de la investigación oficial parece, pues, indudable, pero también comportaría notables inconvenientes si, privado de una declaración irrevocable de su inocencia, el inculpado quedase expuesto *sine die* a la investigación de los órganos de persecución penal. De ahí que cuando parezca suficientemente claro que los hechos que motivaron la incoación del proceso no existieron, no son típicos o no resultan atribuibles al inculpado, la existencia con carácter necesario de una fase procesal en la que debe optarse por la petición y correlativa decisión de sobreseimiento o juicio oral, cumpla la decisiva función de evitar definitivamente permanentes estados de sospecha o sucesivas reaperturas de la investigación, al albur del juez instructor o de los órganos encargados de la persecución criminal. Ciertamente, como ya puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su sentencia 40/1988, de 10 de marzo, el derecho a la presunción de inocencia no comprende un derecho subjetivo público a ser declarado inocente²⁷. Pero ello no impide que resulte vivamente recomendable imponer límites como el ahora expuesto a la persecución penal.

²⁶ Este aspecto del control judicial de la acusación se pone también de manifiesto en un ordenamiento jurídico como el alemán, donde rige el monopolio oficial de la acción penal y la acusación privada, *Privatklage* (§§ 374 y ss. StPO), tiene asignado un lugar marginal. Según NIERWETBERG, la concurrencia de intereses privados y públicos (con predominio de los primeros) que caracteriza a los delitos que dan lugar a este tipo de acción haría necesario que el órgano judicial se esmerase en ejercer un severo control de la acusación para evitar que los particulares, llevados por móviles egoístas y subjetivos, abusasen del proceso penal, situación menos de temer cuando, como es regla general, la acción penal fuese ejercitada por el Ministerio Fiscal, que actuaría por intereses públicos. Cfr. *Die Feststellung hinreichenden Tatverdachts bei der Eröffnung insbesondere des Privatklagehauptverfahrens*, NSTZ 1989, pp. 212 y ss.

²⁷ "En nuestro Derecho constitucional no existe derecho del ciudadano a una declaración de inocencia, sino el derecho a ser presumido inocente, lo que equivale, como en numerosísimas ocasiones ha destacado este Tribunal, a que la condena sea precedida por una suficiente actividad probatoria de cargo" (F.J.4 in fine).

V. DINÁMICA GENERAL DE LA FASE INTERMEDIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

La fase intermedia del nuevo modelo de proceso penal tiene lugar una vez concluida la investigación preliminar siempre que haya una acusación dispuesta a sostener la acción penal. En concreto, eso puede suceder en dos casos:

- El Ministerio Fiscal decreta la conclusión y archivo del sumario por considerar, una vez concluidas las diligencias de investigación, que concurre alguna de las causas legales que justifican tal decisión (art. 586.2 ALECRIM), pero, una vez notificado el archivo a las acusaciones personadas o a la víctima, éstas solicitan al Juez de Garantías que les autorice a ejercitar la acción penal (art. 587 ALECRIM).

Si el Juez de Garantías accede efectivamente a dicha petición, aquellas acusaciones o víctimas serán emplazadas para presentar sus escritos de acusación, y el LAJ remitirá el procedimiento a la sección de enjuiciamiento para continuar por los trámites de la fase intermedia (art. 587.5 ALECRIM).

- Si el Fiscal considera que concurren elementos suficientes para ejercitar la acción penal, dicta decreto concluyendo la investigación al que acompaña su escrito de acusación (art. 589.1 ALECRIM). A continuación, se ofrece la oportunidad a la víctima y a las acusaciones personadas a que presenten también sus escritos de acusación y, presentados o no éstos, el LAJ remitirá el procedimiento a la sección de enjuiciamiento para continuar por los trámites de la fase intermedia (art. 589.4 ALECRIM).

En el Libro V del ALECRIM está dedicado a la fase intermedia (arts. 604 a 631 ALECRIM), que comprende la presentación de los escritos de acusación y defensa, el desarrollo de la audiencia preliminar y la subsiguiente decisión sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

De entrada, el art. 604 ALECRIM sitúa la fase intermedia como el estadio procesal donde se ejercita la acción penal través el escrito de acusación, cuyo contenido se detalla en los arts. 604 a 607 ALECRIM.

El Anteproyecto se ocupa acto seguido de la comparecencia de los acusados ante el Juez de la Audiencia Preliminar y de su emplazamiento para presentar escrito de defensa (Capítulo I del Título II del Libro IV, arts. 613 a 616). De la regulación cabe destacar la disposición del art. 616 estableciendo que la audiencia preliminar, como estadio procesal donde se resuelve

sobre la apertura o no del juicio oral, sólo se producirá si las personas contra las que se dirige la acusación efectivamente la impugnan, mientras que, de no hacerlo, se entiende que renuncian a la audiencia preliminar, lo que comporta la inmediata apertura del juicio oral. Más tarde volveremos sobre este importante extremo.

Si el acusado, pues, impugna el escrito de acusación, tiene lugar la audiencia preliminar. En su escrito de impugnación, el acusado puede alegar lo que estime oportuno sobre la procedencia del sobreseimiento, incluyendo las alegaciones relativas a la ilicitud de la prueba, y proponer la práctica de diligencias para fundamentar su petición de sobreseimiento, que serán acordadas siempre que, *siendo relevantes para la apertura del juicio oral, fueron propuestas durante la investigación y no se practicaron* (art. 617.2 ALECRIM). De dicho escrito se da traslado al resto de partes personadas, que a su vez pueden *proponer las diligencias que estimen pertinentes para acreditar la validez de las pruebas que, en su caso, hayan sido impugnadas por la defensa* (art. 617.1. II ALECRIM).

A continuación, el juez de la audiencia preliminar resuelve sobre la procedencia de dichas diligencias que, en todo caso, habrán de practicarse en la audiencia siguiendo el procedimiento para la práctica de la prueba en el juicio oral (art. 617.3 ALECRIM).

Concluida la audiencia preliminar, el juez resuelve sobre las alegaciones relativas a la licitud de las pruebas, apartándolas del procedimiento o admitiéndolas (arts. 619-621 ALECRIM) y debe optar por decretar un auto de sobreseimiento fundado en los motivos previstos en los arts. 622 a 624 ALECRIM, que siempre gozará de la autoridad de la cosa juzgada (art. 627 ALECRIM); o decretar la apertura del juicio mediante un auto en el que quedará definitivamente fijado el objeto del proceso. Destaca en este apartado la prohibición expresa de que se unan a la causa las declaraciones realizadas en la fase de investigación y las actuaciones policiales, con la excepción de las actas de las diligencias de aseguramiento de fuentes de prueba realizadas conforme a lo dispuesto en el título VIII del libro IV del ALECRIM (cfr. art. 629.2 a), al que se remite el art. 630. II) y las actas de las diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral (cfr. art. 629.2 b), al que se remite el art. 630. III).

Como se puede comprobar, la fase intermedia del ALECRIM puede cabalmente ser definida como aquella fase del proceso penal en la que, tras el examen de los resultados de la instrucción y, eventualmente, decretado por el órgano judicial —de oficio o a instancia de las partes— un complemento de la

misma, se decide sobre la denegación o el reconocimiento de la acción penal mediante un examen de sus presupuestos materiales, ordenando en consecuencia la apertura del juicio o el sobreseimiento pedido por las partes²⁸.

VI. ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL A UN ÓRGANO JUDICIAL DIFERENTE DEL COMPETENTE PARA CONOCER DEL JUICIO ORAL

En el modelo de enjuiciamiento penal vigente en España, que sea el órgano instructor o el del enjuiciamiento quien decida sobre el reconocimiento de la acción y la apertura del juicio, o quien pueda participar, en el caso de este último, en la revisión de la instrucción, conlleva nada desdeñables problemas en cuanto a la imparcialidad, que en el caso del procedimiento abreviado y del juicio ante el jurado, puede quedar lesionada respecto de la decisión sobre la apertura del juicio, y en el del ordinario, respecto del enjuiciamiento definitivo. Coincidiendo con otros autores, ya hace años me manifesté partidario de encomendar la decisión sobre la apertura del juicio a un órgano judicial diferente del instructor y del enjuiciador.

El ALECRIM sigue esta línea, al atribuir en su art. 29 la competencia para el juicio de acusación y para las demás actuaciones previstas en el libro V la ley a la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia de la circunscripción en que el delito se haya cometido, especificando que, para el ejercicio de estas funciones, el Tribunal de Instancia se constituirá siempre con un solo magistrado, que se denominará Juez de la Audiencia Preliminar²⁹ y que el magistrado que haya actuado como Juez de la Audiencia Preliminar no podrá intervenir en el enjuiciamiento del hecho.

VII. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL MEDIANTE EL ESCRITO DE ACUSACIÓN. LOS ESCRITOS DE DEFENSA

En la fase intermedia del nuevo proceso penal tiene lugar el ejercicio de la acción penal mediante la acusación, o dicho de otro modo, la fase intermedia es la etapa procedimental en la que se manifiesta la exigencia primaria

²⁸ Cfr. ORMAZABAL, G., *El periodo intermedio del proceso penal*, editorial McGraw-Hill, Madrid 1997, p. 68.

²⁹ Según el apartado 3º del precepto, en los procesos atribuidos a la Audiencia Nacional, será Juez de la Audiencia Preliminar un magistrado de la sección de enjuiciamiento de dicho tribunal.

y fundamental del principio acusatorio: la existencia de acusación, es decir, que haya un sujeto diferente del órgano judicial que ejercite la acción penal instando la aplicación del *ius puniendi* y, consecuentemente, deduciendo ante el órgano jurisdiccional los hechos sobre los que debe versar el juicio y la sentencia.

El instrumento procesal mediante el que se articula dicho ejercicio es el escrito de acusación. El art. 605 ALECRIM concreta el contenido de dicho escrito, que es triple y que concuerda esencialmente con el contenido que asimismo le asigna el art. 14.4 ALECRIM:

1. La calificación provisional de las acusaciones. El art. 605.1 concreta los extremos que deben especificarse en este apartado del escrito de acusación: los hechos punibles que resultan de la investigación; su calificación legal, determinando la infracción penal que constituyen; la participación que en ellos haya tenido la persona acusada; la eventual existencia de circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal; y las penas, principales y accesorias, que se consideran procedentes.

El apartado 2º del propio art. 605 incluye también la determinación de las responsabilidades civiles derivadas de los hechos punibles, así como sus consecuencias accesorias, concretando la cuantía de la indemnización o las bases para llevar a cabo el cómputo, las personas principal o subsidiariamente responsables y los concretos hechos de que se deriva la responsabilidad de éstos. En el apartado 3º se consagra legalmente el criterio ya asentado jurisprudencialmente de que las acusaciones populares no están legitimadas para sostener la acción civil.

2. La proposición de prueba (art. 606 ALECRIM): en el escrito de acusación deben proponerse las pruebas de que las partes pretendan valerse en el acto del juicio, incluyendo la justificación de su pertinencia y utilidad, y deben designarse también los particulares del procedimiento de investigación que deban ser testimoniados para su utilización en el juicio. Como se ha dicho más arriba, parece que dichos particulares deben limitarse a las diligencias de aseguramiento de fuentes de prueba realizadas conforme a lo dispuesto en el título VIII del libro IV del ALECRIM (cfr. art. 629.2 a), al que se remite el art. 630. II) y a las actas de las diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral (cfr. art. 629.2 b), al que se remite el art. 630. III).

En el escrito de acusación puede solicitarse, asimismo, el aseguramiento de fuentes de prueba, concordando así con el art. 592.2 ALECRIM, que también señala que el incidente de aseguramiento de fuentes de prueba podrá instarse en este momento procesal.

3. La fundamentación de la acusación: Según el art. 607 ALECRIM, los escritos de acusación deberán también concretar de forma clara y precisa los indicios racionales de criminalidad que resulten de la investigación y justifiquen la pretensión acusatoria, aunque, si la complejidad del caso no requiere mayor extensión, dicha fundamentación habrá de ser sucinta.

Esta fundamentación relativa a la verosimilitud de los hechos que fundan la acusación posee en proceso penal de la ALECRIM una relevancia de la que carece en la LECrim vigente. En efecto, en la actualidad las acusaciones pueden limitarse, en el caso del procedimiento abreviado, a hacer constar en sus escritos de acusación los hechos y su calificación jurídica, pero no tienen una necesidad especial de argumentar ante el juzgador la consistencia o solidez de los indicios resultantes de la instrucción que justifican el ejercicio de la acusación, por la sencilla razón de que el juez que debe resolver sobre la apertura del juicio es el mismo que ha dirigido la instrucción y, por lo tanto, ha de conocer perfectamente los resultados de la investigación. Y, tratándose del procedimiento ordinario por delitos graves, el juicio se abre con una simple petición de apertura por parte de las acusaciones, sin que éstas hayan formulado aun un escrito de conclusiones provisionales, y la comprobación en relación con la solidez de los indicios racionales de criminalidad está situada fundamentalmente en el auto de procesamiento, de modo que el tribunal de la fase intermedia se limita a comprobar que los hechos que se atribuyen al procesado constituyen delito (cfr. art. 645 en relación con el 637.2 LECrim).

Correlativamente al escrito de acusación, los acusados y los responsables civiles pueden presentar sus escritos de defensa, aunque éstos últimos habrán de limitarse a impugnar la acusación para denunciar la ilicitud de alguna de las pruebas que afecte a la declaración y alcance de su responsabilidad civil, sin que les quepa solicitar el sobreseimiento (art. 609.2 ALECRIM).

Específicamente, según el art. 608 ALECRIM, los escritos de defensa deben contener 3 apartados.

1. La impugnación de la acusación. La ALECRIM se refiere a un “escrito de impugnación”, aunque no parece que se refiera a un escrito

autónomo, sino al escrito de defensa cuando en éste se impugne la acusación. Como se verá, si no se formula esta impugnación, la consecuencia será tener por renunciada la audiencia preliminar y el pase inmediato al juicio oral (art. 616. 2 ALECRIM). Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

La impugnación, según el apartado 1º del art. 609 ALECRIM deberá centrarse en el carácter ilícito de la prueba propuesta por la acusación y en la concurrencia de motivos de sobreseimiento, expresando su fundamentación y acompañando los documentos en que se fundan dichas pretensiones.

2. Los acusados tienen también la oportunidad de solicitar la práctica de diligencias en sus escritos de defensa (art. 610. 1. b) y c) ALECRIM), tanto las que busquen fundamentar la ilicitud de las pruebas propuestas por la acusación, como las que se dirijan a poner de manifiesto la procedencia del sobreseimiento. En este segundo caso, la adopción de las diligencias se supedita a la verificación de que dichas diligencias fueron propuestas en el curso de la investigación, pero no llegaron a practicarse (art. 610. 1. b) ALECRIM). En cambio, si se trata de diligencias destinadas a poner de manifiesto la ilicitud de la prueba, la letra c) del art. 610.1 ALECRIM no exige dicha justificación.

La letra b) del art. 610.1 ALECRIM ahora referida concuerda con el art. 563 ALECRIM, cuando dispone que la persona investigada podrá solicitar la práctica de las diligencias que considere oportunas y útiles para la investigación y que el fiscal si considera que son relevantes para decidir sobre la naturaleza delictiva del hecho y la determinación de la responsabilidad criminal. De lo contrario, las denegará mediante decreto. No parece que este decreto sea susceptible de impugnación ante el Juez de Garantías, pues para serlo habría de estar expresamente previsto en la ley (art. 585.1 ALECRIM). Consecuentemente, el apartado 3º del referido art. 563 ALECRIM señala que las diligencias denegadas por el fiscal durante el procedimiento de investigación podrán ser nuevamente solicitadas ante el Juez de la Audiencia Preliminar. Si se omitió de modo injustificable la petición de diligencias durante la investigación parece, pues, razonable, vedar su proposición en la fase intermedia. No, sin embargo, si la razón que llevó a no solicitar las diligencias en aquel momento puede encontrar algún tipo de justificación, cosa que bien podría suceder y que el órgano judicial debería admitir con amplitud y sin rigorismos enervantes del

derecho de defensa, que, en caso de duda, debe prevalecer sobre la preclusión.

Entre otros aspectos, la ilicitud de la prueba no puede ser impugnada durante el procedimiento de investigación ni cabía en dicho procedimiento solicitar diligencias al respecto, por lo que parece razonable no exigir del acusado justificación de una previa denuncia de la ilicitud durante el procedimiento de investigación.

3. En el escrito de defensa deben proponerse las pruebas de las que pretenda valerse la defensa en el juicio. Cabe también formular petición de aseguramiento de pruebas (art. 612 ALECRIM). Como novedad respecto de la LECrim, el apartado 4º del referido art. 612 ALECRIM aclara que la declaración de los peritos autores de informes emitidos por laboratorios oficiales solo podrá proponerse consignando los motivos concretos de impugnación de su pericia y las razones por las que su declaración en el acto del juicio resulta imprescindible para que dicha impugnación pueda ser estimada.

En lo que respecta a la falta de presentación en plazo del escrito de defensa, existe una destacable diferencia entre la regulación del actual procedimiento abreviado y lo dispuesto en el ALECRIM. En efecto, en el actual art. 784.1. II y III LECrim se dispone que, *si la defensa no presentare su escrito en el plazo señalado, se entenderá que se opone a las acusaciones y seguirá su curso el procedimiento (...)* Una vez precluido el trámite para presentar su escrito, la defensa sólo podrá proponer la prueba que aporte en el acto del juicio oral para su práctica en el mismo (...). En el art. 615.1 ALECRIM, por el contrario, se establece que *transcurrido el plazo para presentar el escrito de defensa sin que haya sido cumplimentado, se requerirá a la representación de la persona acusada para que lo presente en el plazo de veinticuatro horas, apercibiéndole de las responsabilidades en que pueda incurrir. Si no atendiese al requerimiento, el juez ordenará la designación de un abogado de oficio. En este caso, el abogado de oficio presentará el escrito de defensa en el término acordado inicialmente.* De este modo se refuerza la defensa del acusado, que podría resentirse considerablemente no sólo de cara al juicio, sino también en cuanto a la posibilidad de impedir la apertura de éste, cuando no se haya presentado escrito de defensa. En cualquier caso, la necesidad de que el nuevo abogado deba ser nombrado de oficio, sin dar la posibilidad al acusado de nombrar a uno de su confianza puede resultar excesiva.

VIII. FALTA DE IMPUGNACIÓN DE LA ACUSACIÓN Y APERTURA INMEDIATA DEL JUICIO ORAL: EL DEBILITAMIENTO DEL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

El art. 616.2 ALECRIM contiene una concisa disposición que, sin embargo, posee una enorme trascendencia al afectar a los principios fundamentales del sistema de enjuiciamiento penal. Señala el precepto que, *de no impugnarse la acusación, se entenderá que el acusado renuncia a la audiencia preliminar y el juez acordará sin más trámites la apertura del juicio oral*. Es decir, ante la pasividad del acusado, se sustrae al Juez de la Audiencia Preliminar la facultad de controlar *ex officio* la concurrencia de los presupuestos que fundamentan la acción penal o, si se prefiere, dicho órgano judicial debe dar lugar a la apertura del juicio por mucho que constate, a la vista de los escritos de acusación presentados, la concurrencia de causas que habrían de conducir al sobreesimiento. Si no se impugna la acusación, pues, el órgano judicial no podrá realizar dicha comprobación tras oír a las acusaciones en la Audiencia Preliminar, lo que le hubiera permitido formularles las preguntas y solicitarles las aclaraciones que hubiese considerado oportunas sobre la procedencia de abrir el juicio, o examinar por sí mismo el procedimiento de investigación, tal como cabe hacer en aquella audiencia en virtud del art. 618.2 ALECRIM.

Por la misma razón, si se hubiesen presentado pruebas incluso abiertamente vulneradoras de derechos fundamentales, el Juez de la Audiencia Preliminar habrá de decretar impávido la apertura del juicio oral y pasar por alto tan irregulares elementos de convicción. Y no se olvide que nunca cabe descartar el lamentable pero real escenario de un Ministerio Fiscal o unas acusaciones particulares o populares hipercelosas enfrentándose a una defensa más o menos incompetente, escenario ante el que el legislador no puede permanecer indiferente tratándose de ejercitar el *ius puniendi*.

“Desoficializada” de este modo la decisión sobre la apertura del juicio, ante la renuncia del acusado, las acusaciones quedan eximidas de cualquier esfuerzo alegatorio o probatorio y puede realizarse el tránsito a la fase de enjuiciamiento, aunque ésta, en el caso extremo, resultase completamente improcedente, eliminando de este modo todo control judicial sobre el reconocimiento definitivo de la acción penal. Se abunda así, aún más, en el fortalecimiento de la posición procesal del MF, que es quien con mayor frecuencia ejercita la acusación y quien ya cuenta durante la fase de investigación con muy desiguales oportunidades para determinar los resultados de la fase de investigación. Por lo demás, me remito a las consideraciones

realizadas líneas atrás sobre la conveniencia de que el reconocimiento de la acción penal quede sometido a control judicial durante los diferentes estadios del procedimiento.

En el Derecho vigente existe un solo supuesto en el que cabe sustraer la decisión sobre la apertura del juicio al examen jurisdiccional de la acusación. Se trata del art. 30.2 LOTJ, que por las razones ya expuestas no me merece una valoración positiva³⁰. Prevé aquel precepto que *la Audiencia Preliminar podrá ser renunciada por la defensa de los acusados, aquietándose con la apertura del juicio oral, en cuyo caso, el Juez decretará ésta, sin más, en los términos del art. 33 de la presente Ley. Para que dicha renuncia surta efecto ha de ser solicitada por la defensa de todos los acusados.*

Estamos, pues, ante una disposición francamente desacertada, que no se corresponde con el predominio del interés público cuya salvaguarda debe informar toda la regulación del proceso penal, puesto que pone en manos de las acusaciones (acaso sólo particulares o populares) la continuación y tramitación del proceso, ignorando así el control judicial *ex officio* de la acusación que tan sensatamente ha regido hasta la actualidad el enjuiciamiento criminal. Quiebra de este modo el principio de oficialidad que debe informar las actuaciones penales en detrimento de la tradición procesal española y europea, proclive a subrayar el protagonismo garantista de los órganos judiciales.

Si el referido carácter facultativo de la fase intermedia se justificase con fundamento en el principio acusatorio, estaríamos ante una prueba más de que el legislador español sigue empecinado en identificar el así llamado principio acusatorio con el desapoderamiento de los órganos judiciales de funciones de control de legalidad y garantía de los derechos, reforzando así la hegemonía procesal de la acusación oficial con potencial perjuicio de aquellas legalidad y garantía y aproximando nuestro modelo de enjuiciamiento al norteamericano. De poco sirve recordar de nuevo que el así llamado principio acusatorio no comporta despojar a los órganos judiciales de trascendentales funciones de control, sino, simplemente, de exigir que los hechos se introduzcan en el proceso por quien no ostenta la condición de juzgador, quien asimismo debe instar el castigo, delimitar el objeto procesal

³⁰ En este sentido, aunque sólo respecto de la tipicidad, también DEL MORAL: “Tampoco el acierto ha acompañado al legislador al redactar este precepto, pues hay un olvido significativo. Al imponerse obligadamente la apertura del juicio oral en estos casos, se olvida que pueden existir supuestos en los que el instructor considere que los hechos no son constitutivos de delito y por tanto lo procedente fuera dictar un sobreseimiento libre...”. Cfr. *La fase intermedia en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Actualidad Penal, nº 7 de 1996, nº marginal 107.

al que debe atenderse la sentencia y sin que, en vía de recurso, quepa condenar o agravar la situación del acusado si no es a instancias de un acusador en dicho sentido³¹.

La posibilidad de renunciar al control judicial sobre la concurrencia de los presupuestos que condicionan el reconocimiento de la acción penal como derecho al juicio y a la sentencia no es, desde luego, un descubrimiento de los autores de la ALECRIM, sino un modo de proceder ya previsto, entre otros, en el proceso civil portugués y en el italiano³², aunque no así, por ejemplo, en el alemán. En cualquier caso, no soy partidario de enjuiciar la bondad o la conveniencia de las instituciones jurídicas empleando el rasero de su mayor o menor aceptación allende nuestras fronteras, aunque, obviamente, el hecho de que una determinada solución haya encontrado acogida en otros ordenamientos jurídicos afines debe llevar a considerar seriamente la posibilidad de adoptarla en el propio ordenamiento.

IX. EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR: EL DES- APODERAMIENTO DEL JUEZ PARA DECRETAR Y DE LAS ACUSACIONES NO OFICIALES PARA SOLICITAR LA PRÁCTICA DE DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS. EL REGIMEN DE LA PUBLICIDAD

Se abre esta fase del procedimiento, como ya se ha referido, en el caso de que el acusado haya impugnado la acusación.

Como preparación de la audiencia, se da traslado a las acusaciones de los escritos de defensa con el fin de que formulen sus alegaciones sobre las objeciones de la defensa y sobre las diligencias que ésta propone. Al evacuar este trámite las acusaciones pueden solicitar las diligencias que estimen pertinentes para acreditar la validez de las pruebas impugnadas por la defensa (art. 617.1. II ALECRIM). El Juez debe resolver sobre la práctica de estas diligencias en la audiencia, así como sobre las propuestas por la

³¹ En este sentido, véase por otros muchos, ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 12ª edición, editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Sao Paulo, Buenos Aires, 2019, pp. 50 y ss.

³² En el caso de Portugal, el art. 286.2 del *Código de Processo Penal* dispone terminantemente que *a instrução tem carácter facultativo* y debe ser solicitada por el acusado. Y el art. 419.5 del *Codice di Procedura Penale* dispone que *l'imputato può rinunciare all'udienza preliminare e richiedere il giudizio immediato*. En ese caso, el apartado 6º del precepto señala que *il giudice emette decreto di giudizio immediato*. En cambio, en el caso de Alemania, el § 199 StPO se limita a establecer que el tribunal competente para el enjuiciamiento ha de decidir si el juicio oral debe ser abierto o procede archivar provisionalmente el proceso (*das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht entscheidet darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder das Verfahren einzustellen ist*).

defensa en su escrito, que, como se dijo antes, serán sólo las diligencias relevantes para decidir sobre la apertura del juicio que se solicitaron, pero no se practicaron durante la fase de investigación.

En lo que se refiere a la comparecencia de las partes, el art. 618.1. II ALECRIM dispone que la celebración de la audiencia preliminar no se suspenderá por la inasistencia de la persona acusada que haya sido debidamente citada ni tampoco por la incomparecencia injustificada de las demás partes. Por su parte, las acusaciones particulares o populares que dejen de comparecer sin alegar justa causa serán tenidas por desistidas del ejercicio de la acción y apartadas del procedimiento (art. 618.1. III ALECRIM). Y, en cualquier caso, el Ministerio Fiscal debe ser convocado a la audiencia, aunque en su momento hubiese acordado el archivo del procedimiento (art. 618.1. I ALECRIM).

El apartado 2º del art. 618 ALECRIM se ocupa de la actuación del Juez durante la audiencia disponiendo que podrá formular a las partes en cualquier momento las preguntas y solicitarles las aclaraciones que considere necesarias y que, en todo caso, podrá examinar por sí mismo el procedimiento de investigación. Ello no obstante, el precepto no faculta al Juez para decretar de oficio la práctica de diligencias. Nuevamente cabe reprochar al ALECRIM desatender o postergar el interés público privando a los órganos judiciales de la facultad de buscar por sí mismos elementos probatorios que resulten relevantes para confirmar si procede o no decretar la apertura del juicio solicitada.

Como ya señalé antes, dicha limitación me parece completamente desafortunada. Aunque el ALECRIM llegase a convertirse en ley sin rectificar este punto, el Juez de la Audiencia Preliminar, tendría, en todo caso, en virtud de lo dispuesto en el ya aludido art. 618.2. II ALECRIM, la facultad de examinar todas las actuaciones practicadas en el procedimiento de investigación, y podría tener en consideración dicho material para resolver sobre la petición de apertura del juicio formulada por las acusaciones.

Merece asimismo un comentario poco favorable el estrecho margen que el ALECRIM concede a la facultad de las acusaciones particular o popular para instar la práctica de diligencias complementarias. El art. 780.2 LECrim ya introducía una —a mi juicio— injustificada asimetría entre las acusaciones al atribuir carácter vinculante a la petición del fiscal y discrecional a la del resto de las acusaciones³³. En ALECRIM da un paso más en este

³³ Cuando el Ministerio Fiscal manifieste la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la práctica

sentido profundizando en la referida asimetría, con el agravante de que, si se solicitaron diligencias al Fiscal en el curso de la fase de investigación y éste no accedió a su práctica (*el fiscal acordará su práctica si las considera relevantes para la investigación*, reza el art. 572.2 ALECRIM), la revisión de dicha decisión no podrá ser planteada por el resto de las acusaciones al Juez de Garantías, excepto cuando el fiscal haya decretado el archivo de las actuaciones y las acusaciones soliciten al Juez de Garantías que les autorice a ejercitar la acción penal, pues en este caso dichas acusaciones *podrán interesar la práctica de las diligencias que hayan sido previamente denegadas por el Fiscal responsable de la investigación* (art. 587.2. II ALECRIM). En el caso, sin embargo, de que el fiscal hubiese formulado acusación, pero el resto de las acusaciones estimasen necesario para sostener sus tesis la práctica de alguna diligencia, no existirá la posibilidad de instar dicha diligencia.

El apartado 4º del propio art. 618 ALECRIM se regula lo relativo a la publicidad de esta fase procesal señalando que *el juez, atendiendo a la existencia de un interés informativo relevante podrá, oídas las partes, acordar la publicidad de esta audiencia*. Me parece que nos hallamos ante otra disposición desacertada, ya que la fase intermedia es un momento procesal en el que todavía no se ha resuelto sobre la apertura del juicio y cabe aún que el tránsito a la fase plenaria no vaya a tener nunca lugar. La publicidad, en estas condiciones, no parece en absoluto conveniente. A no ser, claro está, que el juicio sobre la acusación acabe degenerando en un mero formalismo carente de trascendencia real o una suerte de ritualismo previo a una casi inexorable o tácitamente asumida apertura del juicio. Y no se olvide que en esta fase del proceso la solidez o fundamento de la acusación sólo ha superado el control de legalidad y verosimilitud ejercido por una autoridad innegablemente relacionada con el poder ejecutivo y organizada como una estructura jerárquica, sin que los órganos judiciales, dotados, éstos sí, de un estatuto de plena imparcialidad e independencia, se hayan pronunciado al respecto. Los devastadores efectos estigmatizadores de los que se pretende proteger a la persona investigada mediante la falta de publicidad de las actuaciones pueden producirse o agravarse a pesar de que bien cabe la posibilidad de que el juicio nunca llegue a abrirse.

A mi juicio y por las razones expuestas, esta fase del proceso debería recibir en cuanto a la publicidad exactamente el mismo tratamiento que la

de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, en cuyo caso acordará el Juez lo solicitado. El Juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o acusaciones personadas.

fase de investigación previa y reservar la publicidad para el juicio oral, que es el criterio seguido por el actual art. 649. II LECrim. Así pues, al igual que sucede con la fase de investigación, considero que la máxima concesión a la publicidad que el ALECRIM podría haber establecido es, como dispone el art. 144.2 ALECRIM respecto de la fase de investigación, que sólo cuando existiese un interés informativo relevante cabría facilitar a los medios de comunicación información sobre el objeto y el estado del procedimiento, en la forma y con los límites generales previstos para el procedimiento de investigación, pero en ningún caso debería haber introducido la posibilidad de abrir la Audiencia Preliminar a la publicidad externa, que siempre debería tener lugar a puerta cerrada.

X. EL FIN DE LOS ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO Y DE LAS CUESTIONES PREVIAS, ESPECIALMENTE EN RELACIÓN CON LA PRUEBA ILÍCITA. EL TRATAMIENTO DE LOS ÓBICES PROCESALES, DE LA AUSENCIA DE PRESUPUESTOS PROCESALES, Y DE LAS NULIDADES DE ACTUACIONES U OTRAS RAZONES QUE OBSTEN A LA CELEBRACIÓN DEL JUICIO ORAL

En el procedimiento ordinario por delitos graves, al resolverse separadamente sobre los artículos de previo pronunciamiento, la decisión sobre el reconocimiento de la acción penal queda artificialmente escindida, ponderándose, en primer lugar, si existen indicios racionales de criminalidad, con la consiguiente apertura del juicio, y decidiéndose después sobre la concurrencia de otros presupuestos de la acción penal mediante los artículos de previo pronunciamiento (art. 666 LECrim), con la paradójica posibilidad de que este examen lleve a la exclusión o eliminación del juicio ya abierto, resultado que, además de absurdo o ilógico hace inútil la actividad procesal realizada con vistas a la preparación del juicio. Lo mismo cabe decir respecto de cuestiones diferentes, como las relativas a la licitud de la prueba, la existencia de nulidad de actuaciones o la ausencia de otro tipo óbices procesales tenga lugar con anterioridad a la apertura del juicio.

La referida anomalía se explica en buena parte porque en el procedimiento ordinario existe una dislocación entre el momento de pedir la apertura del juicio y el de efectuar la calificación provisional. Entre las negativas consecuencias de esta forma de articular ambas operaciones, destaca que la apertura del juicio tiene lugar sin la precisa delimitación del hecho justiciable,

de modo que no cabe otro remedio que esperar a que dicha delimitación se produzca una vez abierto el juicio y presentadas las conclusiones provisionales para formular al menos algunas de las objeciones contenidas en los artículos de previo pronunciamiento.

En el caso del procedimiento abreviado, a diferencia del ordinario, la apertura del juicio se decreta a la vista de un escrito donde las acusaciones fijan el objeto del proceso. No existía, pues, inconveniente de principio para que el legislador hubiese situado en la fase intermedia el control sobre la licitud de la prueba, la existencia de nulidades procesales, artículos de previo pronunciamiento u otros presupuestos de carácter procesal que pudiesen condicionar la apertura del juicio.

Ya en su tiempo me mostré partidario de que dicho control (también la apreciación *ex officio*) y decisión sobre lo que actualmente constituyen artículos de previo pronunciamiento (arts. 666 LECrim) así como de las cuestiones previas del procedimiento abreviado (art. 786.2 LECrim) fuesen reubicadas en la fase intermedia. De esta forma, una vez delimitados con cierta precisión los contornos del hecho justiciable, cabría que tanto las partes como el órgano judicial estuviesen en condiciones de hacerse una idea cabal sobre la concurrencia de la totalidad de los presupuestos que condicionan la admisibilidad del juicio antes de resolverse sobre su apertura, evitando escindir absurdamente dicho enjuiciamiento.

Con evidente acierto, el ALECRIM ha traído la resolución sobre la licitud de la prueba a la fase intermedia. También se prevé la posibilidad de alegar la prescripción y la cosa juzgada como óbices procesales justificantes del sobreseimiento (art. 622.1 ALECRIM).

Por lo demás, la utilidad de las cuestiones previas relativas a la ilicitud de la prueba se ha revelado en la práctica del procedimiento abreviado más bien modesta en términos de evitar el contacto del tribunal enjuiciador con un material en el que no debe fundar la sentencia y que puede perjudicar su imparcialidad predisponiéndolo psicológicamente a decidir en un determinado sentido. La realidad se ha encargado de hacer patente que posponer al inicio del plenario la alegación de estas cuestiones equivale, de hecho, a relegar su resolución hasta la propia sentencia.

Y en relación con la licitud de la prueba, es importante reparar en las consecuencias procesales que va a generar la resolución sobre la licitud. Si el Juez de la Audiencia Preliminar resuelve excluir una prueba, las partes podrán impugnar esta decisión en sede de recurso contra la sentencia (arts. 620. I y 621 ALECRIM). Si el tribunal del recurso rectifica el criterio del

Juez de la Audiencia Preliminar, la sentencia será, en su caso, anulada y se ordenará al tribunal enjuiciador que practique la consabida prueba y vuelva a dictar sentencia considerando el nuevo elemento de juicio. Estaremos, en definitiva, ante un defecto anulatorio que no ha sido cometido por la sentencia o por los juzgadores que la dictaron, sino por una resolución ajena y previa al juicio.

Si el Juez de la Audiencia Preliminar considera que una prueba impugnada no contraría los derechos fundamentales y admite su práctica en el juicio oral, creo que este hecho no puede anular la capacidad enjuiciadora del tribunal sentenciador, quien, discrepando del criterio del Juez de la Audiencia Preliminar, puede perfectamente considerarla ilícita y excluirla del juicio o, en todo caso, abstenerse de considerarla en la sentencia. No cabe violentar la convicción jurídica del tribunal, que es, en definitiva, quien debe resolver, con plenitud de facultades, sobre la procedencia de absolver o condenar, obligándolo a construir su pronunciamiento sobre pruebas cuya obtención se ha logrado de modo radicalmente ilegal vulnerando derechos fundamentales.

El hecho de que contra la decisión desestimatoria de la ilicitud no quepa recurso alguno (art. 620. I ALECRIM) ni pueda ser reiterada ante el tribunal del enjuiciamiento (art. 621 ALECRIM) significa que las acusaciones no podrán plantear dicha cuestión fase de plenario, pero no que el tribunal deba ser privado de sus facultades enjuiciadoras y obligado a contrariar su conciencia jurídica y moral dando por buena cualquier violación de un derecho fundamental. Lo que hay que entender, más bien, es que el ALECRIM sólo suprime los mecanismos impugnatorios de las partes, por haber haberlos tenido previamente a su disposición de modo suficiente, pero no la iniciativa del juzgador.

Es cierto, sin embargo, que, sin examinar las actuaciones de la fase de investigación, que según el ALECRIM (arts. 629 y 630) no deben incluirse en el expediente del juicio oral, difícilmente podrá el tribunal del plenario apreciar la nulidad de las pruebas que se le presentan (*verbi gratia*, el acta de un registro). Por este motivo, sería preciso replantearse la referida disposición del art. 621 ALECRIM de prohibir la reiteración de la impugnación ante el tribunal del enjuiciamiento. Con ello no se hace inútil el enjuiciamiento sobre la licitud de la prueba en la fase intermedia ni reiterativa la opción de replantear la impugnación ante el tribunal del juicio. Es previsible que el de la fase intermedia funcione correctamente las más de las veces y que los casos en que la decisión estimatoria del Juez de la Audiencia Preliminar sea impugnada y finalmente anulada no resulten frecuentes, ni tampoco lo sean

los casos en los que el tribunal del enjuiciamiento discrepe del de la Audiencia Preliminar, en el caso de que el legislador cambie la actual redacción del ALECRIM y admita que la decisión desestimatoria sobre ilicitud adoptada en la fase intermedia pueda revisarse ante el tribunal del plenario. En todos los casos, en efecto, discernir sobre el fundamento de la acusación, función del todo imprescindible en un proceso penal cuya fase de investigación no está a cargo de un órgano judicial, implica insoslayablemente verificar si la acusación se basa en pruebas lícitas que puedan fundamentar un fallo condenatorio. No existe pues (o al menos es inevitable) una irrazonable reiteración de enjuiciamientos entorno a la ilicitud de la prueba.

Por lo que se refiere a la declinatoria de jurisdicción, actualmente incluida entre los artículos de previo pronunciamiento del art. 666 LECrim, en el ALECRIM cabe plantearla ante el Juez de Garantías y ante el Juez de la Audiencia Preliminar, tal como dispone el art. 43 ALECRIM. Parece que procede formular esta impugnación cuando se considere que el Tribunal de Instancia (o la Audiencia Nacional) al que pertenece al Juez de la Audiencia Preliminar carezcan de jurisdicción o competencia. En este caso, también habría incurrido en dichos defectos el Juez de Garantías del Tribunal de Instancia correspondiente (o de la Audiencia Nacional) que se ocupó del procedimiento de investigación, ante el que también cabía interponer la declinatoria (art. 43.1 ALECRIM). De todos modos, si la declinatoria no se intentó en dicho momento, cabe hacerlo también en la fase intermedia ante el Juez de la Audiencia Preliminar (art. 43.2 ALECRIM). En el juicio oral, sin embargo, únicamente podrá denunciarse la falta de jurisdicción o de competencia objetiva cuando se conozcan o sobrevengan hechos o circunstancias que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad (apartado 3º del art. 43 ALECRIM) cuando las partes modifiquen sus escritos de acusaciones en el juicio, con el resultado de que el nuevo delito objeto de acusación escape de la competencia del tribunal (art. 688 LECrim)

Nada se dice sobre otros posibles óbices procesales, ausencia de presupuestos procesales, la producción de algunos casos de nulidad de actuaciones durante el procedimiento de investigación u otras circunstancias que pudiesen obstar a la celebración del plenario. Ciertamente, se trataría de supuestos poco frecuentes, aunque no obstante parece prudente prever la posibilidad de que puedan presentarse. Estamos pensado, por ejemplo, en el caso en que la defensa discuta la procedencia de que el Fiscal haya admitido una acusación particular (art. 116.2 ALECRIM), tal vez la que solicita la pena más elevada. Se trata de una resolución del fiscal frente a la que no se prevé expresamente un recurso ante el Juez de Garantías (art. 585 ALECRIM) y

que, por lo tanto, sólo podría ser impugnada ante el Juez a de la Audiencia Preliminar. Lo mismo sucedería, por ejemplo, con la litispendencia.

El hecho de que se haya eliminado un trámite posterior a la apertura del juicio semejante al de los actuales artículos de previo pronunciamiento y las cuestiones previas conduce necesariamente a la conclusión de que cualesquiera posibles óbices, nulidades de actuaciones, ausencia de presupuestos procesales u otros posibles motivos que obstan la válida celebración del juicio deben poder ser planteados en la fase intermedia, por mucho que la ALECRIM no prevea expresamente el correspondiente motivo de sobreseimiento o la posibilidad de otorgar la consabida oportunidad para corregir el defecto, si fuere susceptible de subsanación. La ALECRIM tan sólo regula en su art. 653.1 un par de “alegaciones previas” que pueden plantearse al inicio del juicio, que se contraen a la existencia de causas de suspensión del juicio o a la proposición, por parte de la defensa, de una nueva prueba, que únicamente será admisible si puede ser practicada en el acto y se justifica debidamente que no pudo proponerse con anterioridad.

XI. EL DESENLACE DEL JUICIO DE ACUSACIÓN: SOBRESEIMIENTO O APERTURA DEL JUICIO ORAL

Concluida la Audiencia Preliminar, el Juez que la ha tramitado debe resolver sobre las eventuales impugnaciones formuladas por las defensas en relación con la licitud de las pruebas, hecho lo cual, habrá de decidir si decreta el sobreseimiento o la apertura del juicio. A continuación, examinamos dichos aspectos.

1. EL SOBRESEIMIENTO

Tras la Audiencia Preliminar, el juez debe resolver sobre la procedencia de abrir el juicio o decretar el sobreseimiento. El ALECRIM contiene relevantes novedades respecto de la regulación del sobreseimiento en la actual LECrim.

1.1. Las causas de sobreseimiento

Algunas de las causas por las que cabe solicitar el sobreseimiento según el ALECRIM son diferentes de las previstas en los actuales arts. 637 y 641 LECrim y otras coinciden sustancialmente. Veámoslo detenidamente.

1. Ausencia de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que haya servido de fundamento a la acusación formulada (art. 622.1 ALECRIM).

Se trata de un motivo coincidente con el del actual número 1º del art. 637 LECrim (*cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa*). El art. 622.1 ALECRIM añade unos gramos de precisión al referirse al hecho justiciable fijado en los escritos de acusación y no al más genérico *hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa*.

2. Cuando el hecho no sea constitutivo de infracción penal (art. 622.1 ALECRIM). Parece que en este caso la causa de sobreseimiento vuelve a coincidir esencialmente con la del actual núm. 2º del art. 637 LECrim (*cuando el hecho no sea constitutivo de delito*).
3. La prescripción (art. 622.1 ALECRIM). Como es conocido, la prescripción está prevista como artículo de previo pronunciamiento en el art. 666. 3ª LECrim, y podía plantearse también en el trámite de las cuestiones previas del art. 786.2 LECrim. Por las razones más arriba apuntadas, constituye un acierto avanzar la apreciación de este óbice a la fase previa a la apertura del juicio.
4. La cosa juzgada (art. 622.1 ALECRIM). Como en el caso de la prescripción del delito, actualmente la cosa juzgada está prevista también como artículo de previo pronunciamiento en el art. 666. 2ª LECrim, y podía plantearse también en el trámite de las cuestiones previas del art. 786.2 LECrim. Tal como sucede con la prescripción, supone un notable avance situar la apreciación de este óbice en la fase previa a la apertura del juicio.
5. Insuficiente fundamentación de la acusación (arts. 622.2 y 623 ALECRIM). El motivo no es una completa novedad, ya que parece coincidir, al menos en lo esencial, con el motivo 1º del actual art. 641 LECrim, que fundamenta el sobreseimiento provisional (*cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa*). Con mayor precisión, el actual art. 623.1 ALECRIM aclara qué haya de entenderse por una acusación insuficientemente fundamentada, que será aquella que atendidos los medios lícitos de prueba que la parte acusadora pretenda utilizar en el acto del juicio oral, la acción penal sea manifiestamente improporcionable. Se trata, pues, de prosperabilidad en términos de verosimilitud o de pronóstico del desenlace probatorio en el juicio.

Lo que no resulta tan fácil de establecer es el grado de certeza o convicción que deba existir en el ánimo del juzgador —o más bien, que pueda razonablemente deducir de las averiguaciones realizadas— para dictar aquella resolución que autoriza el juicio y reconoce el derecho a la sentencia sobre el fondo. Sólo está claro que dicha certeza no es tan intensa o elevada como la necesaria para condenar ni tan limitada como la que se precisa para incoar el procedimiento de investigación. Entre ambos extremos media un amplio espacio en cuya extensión habría que situar el punto en el que se justifica aquella decisión³⁴.

Si hubiese de seleccionar alguna de locuciones adecuada para referirse al grado de convencimiento que el juzgador debe alcanzar en esta fase del proceso, la que tal vez se aproximase mejor a dicha medida sería la de “probabilidad”, en el sentido que sigue: lo que el tribunal debe concluir para decretar la apertura del juicio no es que los hechos han sido probados, arrogándose las funciones del tribunal sentenciador, sino que, tras un examen de las diligencias practicadas, las acusaciones cuentan con pruebas lícitas, idóneas y suficientes que hacen posible —aunque no seguro— que el tribunal sentenciador los considere probados y dicte un pronunciamiento de condena. Como se afirma en la doctrina alemana, se trata de llevar a cabo un pronóstico sobre el desenlace probatorio en un eventual juicio (*Beweisbarkeitsprognose*)³⁵.

Creo que es aún preciso especificar algo más en qué consista dicha “probabilidad”, examen o pronóstico sobre la virtualidad probatoria del

³⁴ También la StPO y la doctrina alemana son pródigas en expresiones análogas para desentrañar el significado de lo que la ley denomina “motivo suficiente para el ejercicio de la acción penal” (*genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage*, cfr. § 170.I StPO): el § 152.II StPO afirma que el Ministerio Fiscal está obligado a acusar en la medida en que concurra un fundamento fáctico suficiente (*sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen*); y, sobre todo, el § 203 StPO condiciona la apertura del juicio a que, según los resultados de la instrucción, el imputado parezca suficientemente sospechoso de haber cometido un hecho punible (*nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens, der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint*), expresión que contrasta con la del § 160 StPO, que considera suficiente la sospecha de haberse cometido un delito para que el fiscal deba instruir diligencias de averiguación (*sobald die Staatsanwaltschaft... von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zur ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen*). La diferencia estriba, pues, en la calificación de “suficiente” que debe revestir la sospecha para justificar la apertura del juicio, expresión que, por sí sola, tampoco permite determinar el grado de certeza sobre el que nos venimos interrogando.

³⁵ Por todos, NAGLER, *Das Zwischenverfahren*, Gerichtsaa (111), 1938, pp. 361 y ss.; LÜTTGER, cfr. *Der „genügende Anlaß“ zur Erhebung der öffentlichen Klage*, Goldammers Archiv (GA), 1957, p. 197; KLEINKNECHT/MEYER/GÖBNER, cfr. *Strafprozeßordnung* (comentario a la StPO), 41 edic. München 1993, p. 775, marginal 2; LÖWE/ROSENBERG, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*, III tomo, 24 ed. 1987, p. 68, marginal 14.

material acopiado por las acusaciones en el enjuiciamiento peculiar de la fase intermedia. En concreto, “probabilidad”, en el supuesto que nos ocupa, debe entenderse como imposibilidad de descartar o de excluir. Es decir, el órgano judicial que abre el juicio debe concluir que, a la vista del material que las partes pretenden aducir como prueba, no cabe excluir o descartar que un tribunal sensato pueda convencerse de la culpabilidad del acusado sin incurrir en arbitrariedad; no que él, órgano judicial de la fase intermedia, ante dichas pruebas condenaría, pues este juicio resultaría a todas luces improcedente: por una parte, por usurpar el cometido del tribunal enjuiciador, y, por la otra, al no haberse practicado aún la prueba en plenitud y, por lo tanto, no darse las condiciones mínimas para alcanzar la certeza moral exigida para condenar, cometido que sólo el tribunal del enjuiciamiento puede asumir cabalmente. De acuerdo también con este entendimiento acerca de la extensión y alcance del examen que debe llevarse a cabo en la fase intermedia sobre el fundamento fáctico de la acusación, Gómez Orbaneja, refiriéndose al sobreseimiento provisional ex art. 641.1 LECrim, ha sostenido que procede acordarlo cuando los hechos objeto de investigación no sean probables, entendida la probabilidad como susceptibles de ser probados³⁶. Si no cabe descartar dicha susceptibilidad o potencialidad de resultar probados, procede sobreseer. Y por supuesto, *a fortiori*, cuando concurra la causa de sobreseimiento del art. 637.1 LECrim, sucederá no sólo que cabe descartar que un tribunal considere probados los hechos, sino que incluso han quedado refutadas las sospechas que condujeron a iniciar las actuaciones instructorias³⁷.

En todo caso, creo que acertadamente, el art. 623 ALECRIM facilita el enjuiciamiento del Juez de la Audiencia Preliminar concretando tres supuestos en los cuales procede decretar el sobreseimiento por la insuficiencia de fundamentación en la acusación. Se trata, en concreto, de los siguientes:

- a) El único fundamento de la acusación sea la declaración de una persona coacusada, sin elementos de corroboración del contenido de su declaración.

³⁶ Cfr. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal...* cit., pp. 190 y 191. Al respecto, véase también SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, *El sobreseimiento libre*, Editorial Aranzadi, Zizur Txikia 2002, pp. 79 y ss.; MASCARELL NAVARRO, M^a José, *El sobreseimiento provisional en el proceso penal español*, Editorial General del Derecho, Valencia 1993; VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a Luisa, *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2009.

³⁷ En este sentido, SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, *El sobreseimiento libre...* cit., pp. 79 y ss.

- b) La acusación se fundamente, exclusivamente, en un testimonio de referencia no corroborado por otros elementos objetivos.
- c) La atribución del hecho a la persona acusada descansa, únicamente, en su identificación visual sin ningún elemento de corroboración.

Hay que advertir, no obstante, que la facilitación es limitada, ya que la ausencia de elementos objetivos de corroboración a los que se refiere el precepto debe ser absoluta o manifiesta. En la medida en la que obren en la causa elementos probatorios que puedan confirmar u otorgar cierta verosimilitud a la declaración correspondiente, parece que procederá decretar la apertura del juicio.

6. Perjuicio irreparable para la defensa por haberse retrasado indebidamente la celebración de la primera comparecencia (art. 622.2 y 624ALECRIM).

Estamos ante un motivo de sobreseimiento completamente novedoso. El art. 624.1 ALECRIM lo define en estos términos: *procederá el sobreseimiento cuando, aun resultando de la investigación indicios racionales de criminalidad, el fiscal haya retrasado de forma injustificada el acto de la primera comparecencia causando al acusado un perjuicio irreparable para su derecho de defensa.* Y en todo caso, específica, *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.*

Recuérdese que el art. 557.1 ALECRIM ordena que *desde que resulten de las actuaciones indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada, el fiscal la convocará a una primera comparecencia para comunicarle que la investigación se dirige contra ella.* Si el Fiscal, una vez constatada la existencia de indicios de comisión del hecho punible, retrasa injustificadamente la celebración de dicha convocatoria puede ocasionar a la persona encausada daños o pérdidas irreparables en el ejercicio de sus oportunidades defensivas, singularmente, como especifica el precepto, cuando se le impida de este modo obtener o asegurar fuentes de prueba de descargo.

La consecuencia de un retraso injustificado en el traslado de los cargos, sin embargo, no tiene por qué ser automática y necesariamente el sobreseimiento. Cabe, como señala el precepto, que el perjuicio ocasionado al derecho de defensa no resulte irreparable, pero haya otorgado a las acusaciones algún tipo de ventaja sobre la defensa.

En dicho caso, señala el apartado 2º del art. 624.2 ALECRIM, con el objeto de restaurar el equilibrio indebidamente quebrantado, cabrá acordar la nulidad de los actos investigadores realizados sin previo traslado de cargos, así como de las pruebas que de dichos actos se deriven.

Se trata, en definitiva, de asegurar la plena vigencia del derecho de defensa impidiendo que el Fiscal pueda hacer ilusorio dicho derecho u obtener ventajas retrasando de modo injustificado su obligación de trasladar los cargos a la persona investigada tan pronto como haya indicios que lo hagan preceptivo.

1.2. La necesidad de concordancia o correlación entre los motivos de archivo (art. 586 ALECRIM) y los de sobreseimiento (art. 622 ALECRIM)

Nos preguntamos en este momento si existe correlación o correspondencia entre los motivos que justifican el archivo de las actuaciones al concluir el procedimiento de investigación, establecidas en el art. 586.2 ALECRIM, y las causas de sobreseimiento previstas en el art. 622 ALECRIM, ahora analizadas. En principio, parece que, efectivamente, debería existir dicha armonía o concordancia: los motivos que llevan al fiscal a poner fin a la investigación archivando parece que deberían llevar también al Juez de la Audiencia Preliminar a decretar el sobreseimiento. Al fin y al cabo, según el apartado 1º del art. 586 ALECRIM, dicha decisión de archivo debe adoptarse cuando se constate que *no concurren elementos suficientes para ejercitar la acción penal*, que es en definitiva el mismo análisis que deberá realizar el Juez de la Audiencia Preliminar para resolver sobre la apertura del juicio en la fase intermedia.

La excepción podría ser, en cierto sentido, la letra e) del art. 586 ALECRIM, cuando no existan en absoluto o con claridad elementos que permitan señalar un autor. En este caso, el archivo no se produce en relación con ninguna persona y por lo tanto sería inconcebible que se formulase acusación, de modo que sería un supuesto de archivo sin reflejo o correspondencia en la fase intermedia. En el resto de los casos, sin embargo, parece difícil concluir que lo que justifica el archivo no haya de determinar el sobreseimiento, si el motivo correspondiente no se apreció al concluir la fase investigación; o que lo que justifica el sobreseimiento de la fase intermedia no hubiese de haber provocado el archivo de haber sido apreciado al concluir la investigación.

Comprobemos si existe la referida concordancia o correspondencia examinando uno a uno los motivos de archivo del art. 586.2 ALECRIM:

a) *Cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal.* En este supuesto también cabe decretar el sobreseimiento ex art. 622.1 ALECRIM, si es apreciado por el Juez de la Audiencia Preliminar (*cuando el hecho no sea constitutivo de infracción penal*). A mi juicio merece ser criticada la necesidad de que la carencia de relevancia penal deba ser manifiesta para proceder al archivo. Tratándose de un enjuiciamiento de carácter jurídico, no se entiende porqué el fiscal no puede pronunciarse sin mayor demora y deba deferirlo a la fase intermedia. Parece exigible que el Ministerio Público esté en condiciones de formarse un criterio jurídico sobre los hechos en un tiempo razonable sin necesidad de deferirlo hasta el momento de formular su escrito de acusación.

b) *Cuando aparezcan exentas de responsabilidad criminal las personas investigadas y no deba imponerse una medida de seguridad.* La pregunta que se plantea en este caso es: ¿el Juez de la fase intermedia no podría decretar el sobreseimiento si comprueba que, pese a la acusación o acusaciones formuladas, concurren motivos para considerar exentas de responsabilidad criminal a las personas investigadas y hayan de imponerse medidas de seguridad? A mi juicio la respuesta es rotundamente afirmativa. De modo expreso, no existe, sin embargo, el motivo de sobreseimiento correspondiente en el art. 622.1 ALECRIM, como no sea considerando al amparo del art. 623.1 ALECRIM, que la acción penal es manifiestamente improsperable a la vista de los medios de prueba lícitos que obran en la causa, es decir, considerando que está acreditado, por ejemplo, que el acusado padecía un trastorno mental que excluye su responsabilidad penal, de modo que no procede el ejercicio de la acción penal, sino la imposición de medidas de seguridad.

c) *Cuando de la investigación resulte que la persona investigada no ha tenido participación en el hecho que ha dado lugar a la formación del procedimiento.* Este razonable motivo de archivo no encuentra correspondencia expresa entre los motivos de sobreseimiento del art. 622 ALECRIM, pero parece claro que debería decretarse el sobreseimiento si en la fase intermedia, pese a acreditarse la comisión de un hecho punible, que es literalmente lo que justifica el sobreseimiento al amparo del art. 622.1 ALECRIM, resulta también claro que el acusado no ha participado en su perpetración. Es una interpretación forzada cuando no *contra legem* de la literalidad de la causa de sobreseimiento. En todo caso, la referida causa de archivo habría de tener cabida en el motivo de sobreseimiento del art. 623 ALECRIM, por

insuficiente fundamento de la acusación, que se presentaría como manifiestamente improsperable. Para despejar dudas y en aras de la seguridad jurídica, sería conveniente que esta causa de archivo tuviese también reflejo entre los motivos de sobreseimiento del art. 622 ALECRIM.

d) *Cuando no existan indicios racionales de la comisión del hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento.* En el art. 622.1 ALECRIM se establece como causa de sobreseimiento *cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que haya servido de fundamento a la acusación formulada.*

e) *Cuando no haya elementos suficientes para atribuir la responsabilidad criminal a una persona determinada.* Como se ha dicho más arriba, cuando no quepa atisbar ni siquiera lejanamente o aventurar con un mínimo de fundamento un posible autor de los hechos, está claro que no cabrá formular acusación y, por lo tanto, el motivo de archivo no podrá plantearse como causa de sobreseimiento. Por el contrario, cuando se haya formulado acusación contra alguien, pero esa persona considere que no existen razones mínimamente sólidas para atribuirle a él el hecho punible, parece también claro que debería ser posible alegar esta circunstancia en la fase intermedia y, en su caso, decretarse el consabido sobreseimiento. Sería preciso acudir de nuevo al motivo de sobreseimiento del art. 623 ALECRIM (insuficiente fundamento de la acusación).

Si realizamos el análisis de concordancia en sentido opuesto, es decir, examinando si las causas de sobreseimiento previstas en el art. 622 ALECRIM podrían apreciarse como causas de archivo, llegaremos a la conclusión de que ni la prescripción, ni la cosa juzgada, ni la causación de un perjuicio irreparable por retraso indebido de la primera audiencia tienen reflejo o correspondencia, al menos expresa, como causas de archivo. Lo cual nos parece carente de toda justificación: ¿deberá acusar el fiscal si comprueba que los hechos ya han sido juzgados en firme, el delito ha prescrito o que el retraso en el traslado de los cargos ha provocado un perjuicio del derecho de defensa que abocará al sobreseimiento en la fase intermedia? Parece evidentemente que no. Y creo que no merece la pena malgastar el tiempo en realizar interpretaciones que violenten el significado que razonablemente cabe extraer de los términos en que están redactadas las causas de archivo del art. 586.2 ALECRIM cuando en este momento de discusión y preparación del texto legislativo cabe introducir las oportunas adiciones y modificaciones.

En definitiva: debería realizarse el ajuste o adaptación ahora señalado para establecer una casi perfecta concordancia entre las causas de archivo y las causas de sobreseimiento.

1.3. Sobreseimiento por aplicación del principio de oportunidad en la fase intermedia (art. 177 ALECRIM)

Aparte de los anteriores motivos de sobreseimiento, el art. 177.1 ALECRIM dispone que siempre que así lo soliciten todas las partes personadas, el Juez de la Audiencia Preliminar podrá disponer el sobreseimiento de la causa por las razones de oportunidad señaladas en los artículos 174 y ss. ALECRIM, constatando a tal efecto la concurrencia de los elementos reglados que permiten su aplicación, para lo cual el órgano judicial fijará mediante auto las obligaciones y reglas de conducta que correspondan. El cumplimiento de las mismas, así como el de la no reiteración delictiva, se atribuye al mismo Juez de la Audiencia Preliminar que, en el caso de incumplimiento, acordará la reanudación del procedimiento por los trámites de la fase intermedia, sin posibilidad de una nueva aplicación del principio de oportunidad.

1.4. Consagración legal de la “doctrina Botín” (art. 622.3 ALECRIM)

Como es sabido, la STS 8025/2007, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2007:8025) estableció la así conocida como “doctrina Botín”. El TS señaló que, en el procedimiento abreviado, no cabía la apertura del juicio oral cuando sólo ejercía la acción penal la acusación popular puesto que se trataba de un delito contra la Hacienda Pública y, por tanto, con un perjudicado bien determinado. O, con otras palabras, que ante la renuncia a ejercitar la acción penal por parte de dicho perjudicado (en este caso el Estado) o, en todo caso, por parte del MF, no cabía decretar la apertura del juicio. Por el contrario, en la STS 687/2008, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2008:687) asentó la así conocida como “doctrina Atutxa”. El tribunal sostuvo que el juicio podía abrirse a instancias únicamente del acusador popular, ya que en aquel caso se trataba de un delito de desobediencia, en el que no existía un perjudicado determinado, sino un interés público difuso, no concretado en personas o perjudicados concretos.

Los razonamientos del Tribunal son mucho más complejos y elaborados, de suerte que en este momento no cabe profundizar más en la cuestión, por lo demás sobradamente conocida. En cualquier caso, determinar cuándo procede o no abrir el juicio oral en dichos casos no es siempre una cuestión

meridianamente clara y puede suscitar considerables dudas. Por ejemplo, en el conocido proceso seguido, entre otros, contra la Infanta Cristina y el Sr. Urdangarín (el llamado caso Noos), sólo ejercitó la acusación y solicitó la apertura del juicio oral el sindicato “Manos Limpias”. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sin embargo, mediante su Auto 1/2016, de 29 de enero (AAP IB 1/2016-ECLI:ES:APIB:2016:1A), entendió que el supuesto de hecho presentaba características similares a las del caso Atutxa, aunque se trataba también de un delito contra la Hacienda Pública. Consecuentemente procedió a la apertura del juicio también contra la Infanta Cristina, que hubo de sentarse en el banquillo de los acusados.

Por lo demás, la así denominada “doctrina Botín” ha quedado reafirmada por diferentes sentencias recientes, como por ejemplo en el FJ 47º de la STS 2056/2018, de 8 de junio (ECLI: ES:TS:2018:2056).

Pues bien, el art. 622.3 ALEGRIM traslada a un texto legislativo la esencia de la referida “doctrina Botín” ampliamente refrendada por la jurisprudencia del TS, cuando dispone que *en los delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos individuales, cuando ni el Ministerio Fiscal ni la víctima ejerciten la acción penal, el Juez de la Audiencia Preliminar dispondrá en todo caso el sobreseimiento, aunque existan acusaciones populares personadas que hayan presentado escrito de acusación.*

Sin extenderme en un análisis más profundo, soy del parecer que condicionar el ejercicio de la acción penal a la concreción individual de un perjuicio supone relegar a un segundo plano el interés público en la persecución de infracciones penales (que de suyo constituyen una ofensa a la colectividad y una agresión al interés público) y dar lugar a una cierta privatización del proceso penal, resultado que no merece aplauso. La propia expresión utilizada en el precepto, referida a *bienes jurídicos individuales*, es una categoría doctrinal que presenta no pocos problemas de delimitación conceptual³⁸ y carente de previa definición o reflejo expreso en el Código Penal, lo que la hace especialmente inadecuada para determinar de modo mínimamente claro y preciso cuándo cabe decretar el sobreseimiento con amparo en la referida causa legal. De ahí que resulte tan discutible, por ejemplo, considerar, como ha hecho la jurisprudencia, que el bien jurídico lesionado con el delito

³⁸ Véase sobre esta cuestión, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Concepciones y rasgos de los bienes jurídicos supraindividuales*, accesible en <https://fjcp.es/wp-content/uploads/2017/03/Carmen-P%C3%A9rez-Sauquillo-Mu%C3%B1oz.-Concepciones-y-rasgos-de-los-bienes-jur%C3%ADdicos-supraindividuales.pdf>, y de la misma autora, *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

de desobediencia merezca la consideración de colectivo o difuso, mientras que, en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública, se trate sólo de proteger un bien jurídico de titularidad estatal³⁹. Como si la provisión de los fondos necesarios para el funcionamiento de la cosa pública interesase o afectase sólo al Estado-persona jurídica.

En cualquier caso, parece claro que el proceso penal no se dirige a proteger derechos o intereses individuales, sino a proteger a la colectividad y, por ende, a tutelar intereses colectivos. El perjuicio causado por la acción delictiva puede, por supuesto, resultar susceptible de ser individualizado. Pero ni la finalidad de la pena ni la de proceso penal radican primordialmente en remediar dicho perjuicio o restaurar tal interés individual lesionado, sino en proteger un interés público.

1.5. Régimen de recursos (art. 626 ALECRIM) y la cosa juzgada del auto de sobreseimiento (art. 627.1 ALECRIM). El tratamiento de las imputaciones omitidas en el decreto de archivo o en el escrito de acusación

Contra el auto de sobreseimiento cabe recurso de apelación, según proceda, ante la Sala de Apelación de los TSJ, de la AN o ante la Sala de Recursos de los TSJ o del TS (cfr. art. 721 ALECRIM).

Interpuesto o no el recurso, una vez firme, el auto de sobreseimiento posee la autoridad de cosa juzgada (art. 627.1 ALECRIM), de modo que no cabe juzgar al mismo sujeto por los mismos hechos (*non bis in ídem*). Se suprime, de este modo, la diferencia entre el actual régimen del sobreseimiento, donde se distingue entre el así llamado libre, que equivale a la sentencia absolutoria (art. 637 LECrim) y el provisional (art. 641 LECrim), que entraña una suerte de suspensión o paralización de la causa.

Es preciso reparar en que existe una diferencia de considerable envergadura entre las consecuencias de apreciar alguna de las circunstancias que examinamos en su momento como causa de archivo o hacerlo como causa

³⁹ Para hacerse una idea acerca de los problemas que suscita la identificación del bien jurídico protegido por el delito fiscal o de defraudaciones a la Hacienda Pública puede consultarse, por ejemplo, ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones*, Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, 1987 y, del mismo autor, *Derecho penal económico y constitución*, Revista Penal, Barcelona, n. 1, p. 1-16, 1998; FERRÉ OLIVÉ, J.C., *El bien jurídico protegido en los delitos tributarios*, accesible en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/14375>, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, parte general. 3. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; TOLEDO Y UBIETO, E.O., *Los objetos de protección en los delitos contra las haciendas públicas*, en TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. (Coord.), *Delitos e infracciones contra la hacienda pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

de sobreseimiento. Como se vio, gran parte de las causas que fundamentan el sobreseimiento podrían haber justificado también el archivo.

Si el archivo se basa en los supuestos previstos en las letras d) y e) del artículo 586 ALECRIM (*cuando no existan indicios racionales de la comisión del hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento o cuando no haya elementos suficientes para atribuir la responsabilidad criminal a una persona determinada*), la causa podrá retomarse, mientras que si dichas circunstancias se aprecian durante la fase intermedia, serán constitutivas de motivos de sobreseimiento y provocarán una absolución con la fuerza de la cosa juzgada (art. 627.1 ALECRIM). Podría suceder que el fiscal decretase el archivo con fundamento en uno de dichos motivos, que la acusación particular o la popular impugnase dicho archivo, que, en consecuencia, el Juez de Garantías admitiese dichas acusaciones y que, finalmente, el Juez de la Audiencia Preliminar, discrepando de su colega de garantías, decretase el sobreseimiento. Sobre la base de los mismos resultados del procedimiento de investigación, la suerte de una persona dependería en muy alto grado del momento procesal y del juzgador (Juez de Garantías o Juez de la Audiencia Preliminar) en que se resolviese sobre la procedencia de ejercitar la acción penal, gozando en un caso de una perfecta inmunidad frente de los órganos de persecución penal y, en el otro, de una considerable exposición a la acción de los mismos.

Eso significa que, en cierta medida, la situación de las personas encausadas ha empeorado en relación con la LECrim. En ésta, toda persona investigada o encausada, cuando la instrucción ha finalizado sin que consten en la causa indicios racionales de criminalidad, se beneficiará de un sobreseimiento libre (art. 637.1 LEC) decretado por el Juez de Instrucción, mientras que, en la ALECRIM, cuando el fiscal archive el procedimiento por dicho motivo, sobre la persona investigada se cernirá siempre la incertidumbre sobre la reapertura de las actuaciones a instancias del fiscal. Ciertamente, el MF no posee una facultad soberana de dar lugar a dicha reapertura, pues como prevé el art. 590.1 ALECRIM, dicha reapertura está condicionada a la acreditación de que han aparecido nuevos elementos o circunstancias que justifiquen el ejercicio de la acción penal salvo que haya quedado extinguida la responsabilidad penal (art. 590.1 ALECRIM). Pero en todo caso, la persona investigada no podrá gozar de la tranquilidad que proporciona el cese definitivo e incondicional de las actuaciones penales.

Es cierto que los tribunales suelen mostrar una considerable reticencia a decretar el sobreseimiento libre ex art. 637.1 LECrim, prefiriendo acudir al motivo de sobreseimiento provisional del art. 641.1 LECrim (no resulta

debidamente justificada la perpetración del delito) cuando observan que la tesis de la acusación está aquejada de una fuerte debilidad probatoria. Con la nueva legislación, sin embargo, el justiciable perderá incluso tan remota posibilidad de verse definitivamente liberado de la persecución penal y sacudirse la condición de *liberto de por vida, verdadero siervo de la curia*⁴⁰.

Es preciso también recordar en este momento que el Juez de Garantías, en cualquier estado del procedimiento, previa petición de la persona investigada, puede decretar el sobreseimiento cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal (art. 555 LECrim). Al tratarse de la finalización del proceso mediante resolución judicial, por analogía con lo que sucede en el caso del sobreseimiento decretado en la fase intermedia, parece que dicha resolución también debería estar dotada de la autoridad de la cosa juzgada (art. 627.1 ALECRIM). Sería conveniente que, de prosperar la tramitación del ALECRIM, el legislador clarificase convenientemente este punto.

En los debates legislativos que se abran respecto de la parte del ALECRIM que ahora nos ocupa, creo que debería abordarse la cuestión de cómo evitar los abusos que pueden surgir a raíz de la interacción entre el instituto de la prescripción penal y el archivo sin efectos de cosa juzgada (en la actualidad sobreseimiento provisional). Porque en la actualidad es posible una utilización estratégica del proceso penal propiciando sucesivos “desarchivos” o reaperturas con sólo dirigir alguna actuación contra la persona investigada y provocando así la interrupción de la prescripción y que el plazo vuelva a correr, de modo que la persona afectada quede indefinidamente expuesta a la incertidumbre y a las molestias que se derivan de la reapertura de las actuaciones. Para evitarlo, los legisladores harían bien en plantearse ciertas propuestas doctrinales. Se ha sostenido, por ejemplo, la conveniencia de sustituir el actual sistema de prescripción por un plazo de caducidad que variaría según los delitos y que no podría ser interrumpido hasta su vencimiento por ninguna razón, salvo la rebeldía del acusado⁴¹. O también, el establecimiento un plazo de caducidad que operase desde el momento en que se dicta el auto de sobreseimiento provisional⁴². Cabría incluso ponderar la

⁴⁰ Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

⁴¹ Así, BANACLOCHE PALAO, J., *Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal*, Revista de Derecho Procesal, 1997-2, p. 300 y REY GONZÁLEZ, C., *La prescripción de la infracción penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid Barcelona, 1999, 2ª edición, p. 64.

⁴² Así VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2003. La autora completa su posición añadiendo que “consideramos que esta solución es más acertada que sostener la existencia de un único plazo de prescripción que opere con igual duración cuando todavía no se ha iniciado el proceso que cuando, agotada la instruc-

posibilidad, como sucede en Alemania (§ 78c.3 StGB), limitar el número de ocasiones en que se permita interrumpir la prescripción⁴³.

Para concluir este epígrafe es necesario tratar de otro aspecto de interés en relación con la cosa juzgada, a saber, el de la suerte que hayan de correr las imputaciones o atribuciones de delito realizadas durante la investigación preliminar que el fiscal omita en su decreto de archivo o en su escrito de acusación. Cuando hablo de las imputaciones realizadas en el procedimiento de investigación, me estoy refiriendo a las imputaciones de delito que han sido comunicadas al encausado por el Ministerio Fiscal durante dicha fase del proceso, tal como lo ordenan diferentes preceptos del ALECRIM, sobre en relación con la primera comparecencia para el traslado de cargos (art. 557.1 ALECRIM)⁴⁴.

Al respecto, creo que los cargos omitidos en el decreto de archivo habrían de seguir, como mínimo, el mismo régimen que en el caso del archivo basado en las letras d) y e) del art. 586.2 ALECRIM, de modo que la reapertura de la investigación sobre los mismos requiriese la oportuna autorización judicial condicionada a la acreditación de que han aparecido nuevos elementos o circunstancias que justifiquen el ejercicio de la acción penal salvo que haya quedado extinguida la responsabilidad penal (art. 590.1

ción, éste se paralice; y ello porque en este último caso, no sólo ha transcurrido un tiempo considerable desde la comisión del delito, sino que además ya se ha puesto de manifiesto la dificultad de la Administración de Justicia para conseguir datos que faciliten su persecución. Así pues, de adoptarse esta solución, el estado de incertidumbre derivado de esta resolución sólo podría dilatarse durante un determinado lapso, sin posibilidad de nuevas interrupciones. Ese plazo —que, en nuestra opinión, debería ser más breve que el de prescripción—, de no ser único, debería fijarse atendiendo a la complejidad de la investigación del hecho punible, y no en función de la gravedad del delito —criterio que en este momento del proceso resulta irrelevante—. Una vez que éste hubiere finalizado, el tribunal quedaría obligado a dictar un auto de sobreseimiento libre, poniéndose de este modo término definitivo al proceso”.

⁴³ Véase al respecto, VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2003.

⁴⁴ El art. 557.1 ALECRIM dispone que *desde que resulten de las actuaciones indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada, el fiscal la convocará a una primera comparecencia para comunicarle que la investigación se dirige contra ella (...)*. Con anterioridad a dicha comparecencia, el art. 14.1 ALECRIM dispone que *desde que se dirija el procedimiento contra una persona determinada, y en todo caso desde que esta sea privada de libertad, se le comunicarán los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica, dándole la oportunidad de defenderse. Si durante el proceso se le atribuyesen hechos nuevos o se modificase su eventual calificación jurídica, se le comunicarán igualmente los nuevos cargos*. Y el art. 51 ALECRIM, en sus letras a) y b) señala que toda persona sometida a investigación tiene derecho a: a) *Que en la primera comparecencia se le comunique la investigación, los hechos investigados y su calificación jurídica provisional*. b) *Conocer las diligencias de investigación practicadas y las que desde el momento de la primera comparecencia se realicen*. Y, en fin, el art. 561 ALECRIM dispone que *cuando la investigación haya de extenderse a nuevos hechos respecto de la misma persona investigada o cuando concurren elementos suficientes para atribuir el hecho punible a otra u otras personas, se las convocará a nueva comparecencia conforme a lo establecido en el artículo 557 de esta ley*.

ALECRIM). En cualquier caso, parece que siempre cabría recurrir el decreto de archivo solicitando un pronunciamiento expreso del fiscal sobre dichos extremos, es decir, obligando al fiscal a que se pronuncie claramente si deduce acusación o dicta decreto de archivo sobre los mismos.

Si el fiscal acusa omitiendo ciertas imputaciones formuladas durante el procedimiento de investigación, el acusado podrá solicitar el Juez de la Audiencia Preliminar que decrete el sobreseimiento respecto de las referidas imputaciones. En este caso, el sobreseimiento no podría ser sino el dotado de la autoridad de cosa juzgada (art. 627.1 ALECRIM). En todo caso, sería razonable la opción de otorgar al Ministerio Fiscal la oportunidad de ampliar su escrito de acusación. Si no lo hiciese, se impone el consabido sobreseimiento definitivo.

2. LA RESOLUCIÓN DE APERTURA DEL JUICIO

2.1. La irretractabilidad de la acusación

En el actual sistema de enjuiciamiento penal español, se entiende que, deducida la acusación, el órgano jurisdiccional debe pronunciarse sobre el reconocimiento o denegación de la acción ejercitada, decretando, en consecuencia, la apertura del juicio o el sobreseimiento. Si se da lugar a tales reconocimiento y correlativa apertura del juicio, la acción penal ejercitada deviene irretractable ⁽⁴⁵⁾. En efecto, desde dicho preciso instante, no cabe ya que los acusadores, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, pon-

⁴⁵ Así GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Madrid 1951, p. 195; VAZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal*, Revista Jurídica de Catalunya, 1984 núm. 2, p. 121. La Exposición de la Fiscalía del TS de 1883, núm. 32 señala que “abierto el juicio oral hay absoluta precisión de continuarlo por todos sus trámites legales y terminarlo por la sentencia que resulte procedente”. En otros ordenamientos tal regla se establece expresamente, como es el caso de Ordenanza Procesal Alemana (StPO) cuyo § 156 recoge el denominado *Inmutabilitätsprinzip* (o también *Verbot auf Zurücknahme der Anklage*) y se considera una manifestación del principio de legalidad. En dicho sentido ROXIN, *Strafverfahrensrecht.*, Múnich 1994, Editorial Beck, 14 B III. Así también el art. 75 del CPP italiano. Tratando del principio acusatorio MONTERO AROCA, cfr. *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*, La Ley 1994-I, pp. 980 y 981, señala como lo propio del principio acusatorio es que no haya proceso sin acusación, pero no que no haya condena sin acusación. Precisamente porque los acusadores no hacen valer en el proceso penal un derecho propio, ni concreto ni abstracto, a que se imponga pena, y no puede, por ende, hablarse con rigor de una pretensión penal, es indiferente la conducta de los acusadores una vez formulada acusación. La garantía de imparcialidad del órgano sentenciador, meta que genuinamente persigue el principio acusatorio, ha quedado ya satisfecha, una vez que los acusadores han instado la imposición de la pena, de forma que el órgano judicial puede entrar a conocer y dictar sentencia sobre los hechos deducidos en la acusación. Señala el autor cómo esta consecuencia se plasma de forma diversa en los distintos ordenamientos jurídicos: en algunos (como sucede en el citado § 156 StPO) se prohíbe al acusador retirar la acusación; en otros (el Código de proceso penal de Córdoba, en Argentina), la retirada de la acusación no se prohíbe pero se declara irrelevante, de forma que podrá, no obstante, dictarse sentencia de condena.

gan fin al proceso, hurtando al juzgador la posibilidad de enjuiciar los hechos y provocando una absolución en la instancia. Por mucho que tras las sesiones del juicio su parecer inicial respecto a la tipicidad de los hechos, su perpetración o atribución al acusado resulte radicalmente alterado, no podrán evitar la sentencia sobre el fondo, absolutoria o condenatoria, quedándoles, todo lo más, la posibilidad de pedir la absolución en sus conclusiones definitivas. El art. 741 LEC corrobora estas conclusiones, al disponer que *en la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio, condenando o absolviendo a los procesados (...) sin que pueda el Tribunal emplear en este estado la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar.*

Lo contrario supondría una inconveniente privatización del proceso penal: es razonable que se prohíba al tribunal introducir los hechos a enjuiciar, forma de proceder impuesta por el principio acusatorio con el fin de asegurar su imparcialidad. Pero una vez removido este obstáculo mediante la acusación, el fin eminentemente público del proceso penal parece postular que el órgano judicial pueda pronunciarse, con independencia de la voluntad de los acusadores, sobre la punibilidad de los hechos deducidos en el juicio. En efecto, en un proceso regido por la oficialidad (y no por el principio dispositivo) lo que cabe hacer depender de los acusadores es la introducción de los hechos, la iniciación del juicio; pero no, directamente, la imposición de la pena, pues ésta, como consecuencia jurídica del delito y dirigida a la defensa de la colectividad, aparece como un derecho-deber (potestad) incondicional y exclusivo del estado-jurisdicción.

Por otra parte, si cupiese una retirada de la acusación *stricto sensu*, habría que admitir absoluciones en la instancia, pues repugna al principio acusatorio que pueda haber enjuiciamiento sin acusación. Y una dilatada experiencia histórica, referida, entre otros lugares, en la exposición de motivos de la LECrim, enseña cuán indeseable resulta este tipo de pronunciamiento en el proceso penal, al provocar permanentes estados de inseguridad.

Repárese, además, que hacer depender la sentencia sobre el fondo de la voluntad de los acusadores ofrecería mayores facilidades para la práctica del chantaje, concretamente cuando el fiscal no hubiese formulado acusación. En este caso la imposición de la pena quedaría completamente en manos del acusador particular, quien podría utilizar —o más bien instrumentalizar— su facultad de continuar o poner fin a la causa según la víctima se aviniese o no a sus deseos.

El articulado de la ALECRIM no hace expresa referencia a la irretratabilidad de la acusación, pero sin lugar a duda, las consideraciones hechas hasta el momento le son también aplicables. Entre otras razones, el art. 692.3. 5º ALECRIM dispone que *el fallo, en el que se resolverán, en primer lugar, todas las cuestiones penales que hayan sido objeto del juicio, haciendo declaración expresa de condena o de absolución de los acusados por el delito principal y sus conexos*, sin que en lugar alguno se contemple la absolución meramente procesal, también denominada en la instancia.

2.2. El auto de apertura del juicio oral: el reconocimiento definitivo de la acción penal y la delimitación del objeto del proceso

Como va dicho, el auto de apertura del juicio oral supone el reconocimiento definitivo de la acción penal, es decir, el reconocimiento del derecho a que se sustancie el juicio oral y se dicte un pronunciamiento sobre la procedencia de imponer una pena.

Asimismo, el auto de apertura, regulado en el art. 628 ALECRIM lleva a cabo la delimitación del objeto del proceso, sobre el que habrá de recaer el pronunciamiento judicial. Consecuentemente, cumple el trascendental cometido de delimitar dicho objeto. Concretamente, el referido precepto señala que el auto de apertura determinará, a parte del órgano competente para el enjuiciamiento, tanto el elemento objetivo (los hechos) como el subjetivo (las personas acusadas o responsables civiles) del proceso: los hechos justiciables y las personas que habrán de ser juzgadas como acusadas o responsables civiles. El mismo precepto especifica que *son hechos justiciables los que habiendo sido objeto de los escritos de acusación no sean expresamente excluidos del enjuiciamiento*, pues cabe que el Juez de la Audiencia Preliminar excluya ciertos hechos de las acusaciones formuladas al entender que no procede enjuiciar a los acusados en virtud de ellos.

Como es ya tradicional en nuestro ordenamiento y en el Derecho comparado, el auto de apertura es irrecurrible, a excepción de lo que disponga respecto de la adopción de medidas cautelares (art. 628.2 ALECRIM).

2.3. La formación del expediente del juicio oral y la deducción de testimonios de actuaciones del procedimiento de investigación. Tasación de supuestos en los que las diligencias de investigación pueden acceder al juicio oral

Los arts. 629 y ss. ALECRIM se ocupan de la formación del expediente del juicio oral. Dicho expediente incluirá, en primer lugar, el testimonio del auto de apertura del juicio y de las calificaciones provisionales de las partes, aunque el art. 629.1. II ALECRIM se ocupa de especificar que el LAJ debe asegurarse que estas calificaciones no incluyan los escritos de fundamentación e impugnación de la acusación.

En efecto, esta fundamentación realizada con vistas al enjuiciamiento propio de la fase intermedia se basa en las actuaciones realizadas en el procedimiento de investigación e interesa que el tribunal enjuiciador no forme su convicción con base en estos materiales, sino con fundamento en la prueba practicada en el juicio. Se trata, en este sentido, de una sensata previsión del ALECRIM, que contribuye a reforzar la centralidad de la fase plenaria del proceso.

Con el mismo objeto, el art. 629.2 ALECRIM especifica de qué aspectos del procedimiento de investigación cabe deducir testimonio, a petición de las partes, para formar el expediente para el juicio oral. Son, concretamente, los siguientes:

- a) Las actas de las diligencias de aseguramiento de fuentes de prueba realizadas conforme a lo dispuesto en el título VIII del libro IV del ALECRIM.
- b) Las actas de las diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral.
- c) Los documentos e informes que obren en el procedimiento de investigación que hayan sido propuestos como prueba documental.

Y siguiendo en la misma línea de evitar que la convicción del tribunal enjuiciador se nutra de las actuaciones del procedimiento de investigación en perjuicio de la prueba practicada en el juicio, el art. 630 ALECRIM dispone que en ningún caso podrán testimoniarse para el expediente de juicio oral declaraciones de testigos o exposiciones orales de peritos realizadas en el procedimiento de investigación o aportadas a este, salvo las comprendidas en el artículo 629.2 a) ALECRIM, es decir, las actas de las diligencias de aseguramiento de fuentes de prueba. En puridad no sería necesario este precepto, por cuanto aquellas declaraciones de testigos o exposiciones orales de peritos realizadas en el procedimiento de investigación no aparecen

en la referida lista del art. 692.2 ALECRIM, que concreta los únicos casos en los que las actuaciones de investigación pueden acceder al juicio oral. La puntualización, sin embargo, no es en absoluto superflua, en la medida en que sirve para clarificar que dichas declaraciones y exposiciones orales no pueden acceder al plenario ni ser tenidas en cuenta por el tribunal enjuiciador para fundar la sentencia.

Del mismo modo, el precepto prohíbe también que se deduzca testimonio de las diligencias relativas a actuaciones policiales distintas de las previstas en el art. 629.2 b) ALECRIM a las que acabamos de hacer referencia, es decir, a las actas de diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral.

Además de los tres tipos de actuaciones realizadas en el procedimiento de investigación de las que cabe deducir testimonio según el art. 631.2 ALECRIM dispone que podrán entregarse a las partes a estos efectos los testimonios de todas las declaraciones practicadas en el procedimiento investigador o de las aportadas a este, para su eventual utilización en el caso previsto en el artículo 685 ALECRIM. Se trata de las denominadas “lecturas de contraste”. Al respecto, el art. 685.1 ALECRIM dispone que *cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada o aportada al procedimiento de investigación podrá pedirse, por cualquiera de las partes, su lectura total o parcial, siempre que se aporte en el acto el testimonio de la misma obtenido conforme a lo dispuesto en el artículo 631 de esta ley*. Se trata, en definitiva, de una disposición semejante a lo previsto en el art. 714 LECrim⁴⁶.

Es preciso observar que dichos testimonios no se incorporan al expediente del juicio oral, sino que se facilitan a las partes a su instancia, para el caso de que les interese con el objeto de efectuar las referidas lecturas de contraste.

⁴⁶ *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. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.* El art. 685.2 ALECRIM, por su parte, tiene un tenor idéntico a este segundo apartado del precepto, y, además, en su apartado 3º se establece que *la declaración efectuada en la fase de investigación que sea leída en el juicio oral no tendrá valor probatorio de los hechos en ella afirmados, pero podrá servir para determinar la credibilidad de la declaración prestada por el testigo en el acto del juicio.*

XII. A MODO DE CONCLUSIÓN

A modo de conclusión general, que se ha intentado ilustrar en las páginas precedentes, creo que la regulación proyectada, aunque sistemáticamente bien trabada y recogiendo aspectos altamente positivos, establece también un claro desapoderamiento del juez de la fase intermedia para realizar el necesario control de la acusación o, si se prefiere, un considerable debilitamiento del principio de oficialidad, sobre todo al atribuir a esta fase un carácter facultativo, puesto que su apertura se condiciona a la impugnación de la acusación por parte del acusado, y por silenciar toda facultad del juez de la fase intermedia para practicar de oficio las diligencias que crea convenientes para comprobar si procede abrir el juicio o decretar el sobreseimiento.

Convendría, además, que el legislador mejorase el texto del Anteproyecto estableciendo la necesaria concordancia entre los motivos que justifican el archivo del proceso por parte del Ministerio Fiscal al concluir la instrucción y aquellos que fundamentan dictar el sobreseimiento en la fase intermedia. Y por lo que se refiere a la novedosa función de depuración de la prueba ilícita, parece cuando menos conveniente que se establezca expresamente la plena soberanía del tribunal enjuiciador en orden a apreciar la ilicitud de las pruebas y proceder a su exclusión, por mucho que el tribunal de la fase intermedia no hubiese apreciado dicha ilicitud.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 12ª edición, editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Sao Paulo, Buenos Aires.
- ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones*, Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, 1987 y, del mismo autor, *Derecho penal económico y constitución*, Revista Penal, Barcelona, n. 1, 1998;
- BANACLOCHE PALAO, J., *Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal*, Revista de Derecho Procesal, 1997-2.
- BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, mit Einschluss des Strafgerichtsverfassungsrechts*, Walter de Gruyter, Berlin/Leipzig 1928.
- BETTIOL, *Istituzioni di Diritto e procedura penale*, Editorial CEDAM, Padova 1993.
- BRUNS H.J., *Tatverdachtsprüfung und Schlüssigkeitsprüfung im strafprozessualen Ermittlungsverfahren*, GS für H.Kaufmann, 1986.
- CAMMACK, Mark E., GARLAND, Norman M., *Advanced criminal procedure in a nutshell*, Editorial West Academic, St. Paul (MN) 2006, pp. 78 y ss.

- CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supra-individuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999;
- DEL MORAL, A., *La fase intermedia en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Actualidad Penal, nº 7 de 1996.
- ERNST C., *Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung*, Editorial Peter Lang, Frankfurt am Main 1986.
- FENECH, *Puntos de vista sobre el proceso penal*, en *Estudios de Derecho Procesal* (con CARRERAS), Barcelona 1962
- FERRÉ OLIVÉ, J.C., *El bien jurídico protegido en los delitos tributarios*, accesible en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/14375>,
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal*, Tomo II (Proceso penal), Valencia 1992
- GLASER, J., *Über die Versetzung in den Anklagestand bei schweren Verbrechen*, AcR 1952.
- GÓMEZ ORBANEJA E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T.II, Madrid 1951.
- HEGHMANN, M., *Das Zwischenverfahren im Strafprozeß*, Utv-Verlag, Múnich 1991.
- ROXIN, K., *Strafverfahrensrecht*, Editorial Beck, Múnich 1994.
- HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht*, Editorial Kohlhammer, Stuttgart, Berlín, Colonia, Maguncia, 1953.
- HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Penal* (con GÓMEZ ORBANEJA), Madrid 1975.
- HERRMANN, J., *Das Versagen des Strafprozeßrechts in Monstreverfahren*, ZStW 85, 1973.
- KLEINKNECHT/MEYER/GÖBNER, *Strafprozeßordnung* (comentario a la StPO), 41 edic. Munich 1993
- LÖWE/ROSENBERG, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*, III tomo, 24 ed. 1987.
- LÜTTGER, H., *Der „genügende Anlaß“ zur Erhebung der öffentlichen Klage*, Goldammer's Archiv (GA), 1957
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, parte general. 3. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011;
- MASCARELL NAVARRO, M^a José, *El sobreseimiento provisional en el proceso penal español*, Editorial General del Derecho, Valencia 1993;
- MIRANDA RODRIGUES, *O inquérito no novo Código de Processo Penal, O novo Código de Processo Penal*, Coimbra 1988.
- MONTERO AROCA, J., *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*, La Ley 1994-I.
- MUÑOZ ROJAS, *Acerca de las condiciones de las condiciones del proceso penal y de la pena*, RDPro, abril-junio 1965.
- NAGLER, *Das Zwischenverfahren*, Gerichtssaal (111), 1938.

- NIERWETBERG, *Die Feststellung hinreichenden Tatverdachts bei der Eröffnung insbesondere des Privatklagehauptverfahrens*, NSTZ 1989.
- ORMAZABAL, G., *El periodo intermedio del proceso penal*, editorial McGraw-Hill, Madrid 1997
- ORTELLS RAMOS en *Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia y juicio oral)*, Revista General de Derecho, 1993,
- PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Concepciones y rasgos de los bienes jurídicos supraindividuales*, accesible en <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/03/Carmen-P%C3%A9rez-Sauquillo-Mu%C3%B1oz.-Concepciones-y-rasgos-de-los-bienes-jur%C3%ADdicos-supraindividuales.pdf>, y de la misma autora, *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- PRIETO-CASTRO/GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 1987
- REY GONZÁLEZ, C., *La prescripción de la infracción penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid Barcelona, 1999, 2ª edición, p. 64.
- RIEB, *Eröffnungsentscheidung auf unvollständiger Aktengrundlage*, NSTZ, 1983.
- SCHMIDT E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1951.
- SCHMIDT, E., *Anklageerhebung, Eröffnungsbeschuß, Hauptverfahren, Urteil*, NJW 1963.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J, *El sobreseimiento libre*, Editorial Aranzadi, Zizur Txikia 2002
- SOUTO DE MOURA, J., *Inquérito e instrução, O novo Código de Processo Penal*, Coimbra 1988.
- STILE, A.M., *Die Reform des Strafverfahrens in Italien*, ZStW 104, 1992, núm. 2
- TOLEDO Y UBIETO, E.O., *Los objetos de protección en los delitos contra las haciendas públicas*, en TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. (Coord.), *Delitos e infracciones contra la hacienda pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal*, Revista Jurídica de Catalunya, 1984 núm. 2
- VERGER GRAU, *El principio acusatorio y derecho de defensa*, Editorial JM Bosch, Barcelona 1994.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, Mª Luisa, *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2009.
- WALDER, H., *Grenzen der Ermittlungstätigkeit*, en ZStW 95 (1983) Núm. 4.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL: DEL RÉGIMEN ACTUAL AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

Judicial review of illegally obtained criminal evidence. Especially, in the Draft of Criminal Procedure Law of 2020

Luis GÓMEZ AMIGO¹

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Almería
lgomez@ual.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL ESPAÑOL: 1. De la inicial jurisprudencia expansiva en cuanto a la exclusión de la prueba ilícita a las interpretaciones posteriores restrictivas. 2. La máxima restricción: la doctrina Falciani. III. FUNDAMENTO Y NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA. IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1881 Y EN LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE 2011 Y 2013: 1. Planteamiento: el panorama actual. 2. Los Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal de 2011. 3. La Propuesta de Código Procesal Penal de 2013. V. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. VI. CONCLUSIONES. VII. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

Resumen: El objeto de este trabajo es analizar el régimen previsto para la prueba ilícita en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Partimos para ello del examen jurisprudencial de la regla de exclusión de la prueba ilícita y de las regulaciones previas, tanto el régimen establecido en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, como los previstos en las propuestas legislativas de 2011 y 2013. Ello nos permitirá analizar de modo crítico las previsiones del nuevo Anteproyecto sobre la prueba ilícita, que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional establecida

¹ Estudio realizado en el marco de los siguientes Proyectos de Investigación: *Asignaturas pendientes del sistema procesal español* (DER2017-83125-P), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Gobierno de España), cofinanciado con FEDER; y *Hacia una Justicia eficiente y sostenible: una aproximación multidisciplinar* (UAL2020-SEJ-C1965), Proyecto I+D+i UAL-FEDER, Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, Junta de Andalucía, cofinanciado con Fondos FEDER.

en el caso Falciani e incorpora un sistema de depuración de la prueba ilícita que se desarrolla en la fase intermedia.

Palabras clave: prueba ilícita; tratamiento procesal.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the system of judicial review of illegally obtained evidence in the Draft of Criminal Procedure Law of 2020. We first review the case law of the exclusionary rule and the previous regulations contained in the current Criminal Procedure Law as well as in the Drafts of 2011 and 2013. This will allow us to critically analyze the regulation of the new Draft of Criminal Procedure Law.

Keywords: Illegally obtained evidence; Judicial review.

ABREVIATURAS

AATC:	autos del Tribunal Constitucional
art. /arts.:	artículo/artículos
ATC:	auto del Tribunal Constitucional
CE:	Constitución Española
cfr.:	confrontar
cit.:	citado
coord.:	coordinador/a
dir.:	director/a
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO:	Ley Orgánica
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTJ:	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
nº:	número
p./pp.:	página/páginas
Roj:	número de referencia de resoluciones judiciales del Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial
s./ss.:	siguiente/siguientes
SSTC:	sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS:	sentencias del Tribunal Supremo
STC:	sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TS:	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Conforme al art. 11.1 de la LOJP, no pueden surtir efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos fundamentales. Consagra, por tanto, este precepto la regla de exclusión de la prueba ilícita o prohibida², que es precisamente la obtenida vulnerando tales derechos³, y que conlleva la prohibición de valorar y, aun antes, de incorporar al proceso este tipo de pruebas. Queda, por tanto, prohibida su admisión, práctica y valoración⁴.

En el proceso penal, esta regla de exclusión de la prueba ilícita pretende resolver la tensión existente entre el interés estatal en perseguir eficazmente los delitos y la adecuada protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, tensión que alcanza su mayor nivel cuando los derechos fundamentales deben hacerse valer frente a la investigación de los delitos de mayor gravedad y aquellos que merecen un reproche social más acentuado. La cuestión es, además, completamente actual, pues los nuevos medios de investigación tecnológicos presentan potencialmente una mayor incidencia sobre la esfera personal de los ciudadanos y, por tanto, sobre sus derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, además de constituir derechos subjetivos públicos, se erigen en componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del sistema democrático⁵. Aun así, no son absolutos o ilimitados, pero su restricción o limitación en orden a la investigación penal sólo es posible, con carácter general, con sujeción a unos requisitos de legitimidad muy estrictos (reducidos a expresión sintética: previsión legal suficiente, adopción mediante resolución judicial especialmente motivada, e idoneidad, necesidad y proporcionalidad en relación con un fin constitucionalmente legítimo). Por ello, cuando estos derechos fundamentales se limitan en la in-

² Sobre el concepto de la prueba ilícita o prueba prohibida, pueden verse MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, 2005, Capítulo I; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, 2011, pp. 21 y ss.

³ Es el mismo concepto que se maneja en el art. 287.1 de la LEC, bajo la denominación de “*Ilícitud de la prueba*”.

⁴ Cfr. GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en *Prueba y proceso penal (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)* (J. L. Gómez Colomer, coord.), Tirant lo Blanch, 2008, p. 116. En los mismos términos, PLANCHADELL GARGALLO, A., “El largo y tortuoso camino de la prueba prohibida en nuestra jurisprudencia”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum* (J. M^a. Asencio Mellado, dir.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020, p. 1650.

⁵ Cfr. las SSTC 129/1989, de 17 de julio; 245/1991, de 16 de diciembre y 71/1994, de 3 de marzo; y el ATC 382/1996, de 18 de diciembre.

investigación penal sin cumplir estos requisitos de legitimidad constitucional resultará vulnerado el derecho fundamental afectado y la prueba será ilícita, tanto la obtenida directamente con dicha vulneración, como la que derive de la misma indirectamente o de modo reflejo.

Obtenida una fuente de prueba de modo ilícito, es decir, con violación de derechos fundamentales, no podrá incorporarse al proceso penal la información que proporcione la misma directamente, ni tampoco la que se derive indirectamente de ella. Se contrapone la prueba ilícita a la prueba irregular o irregularmente obtenida, que es aquella en la que concurren infracciones legales o irregularidades tanto en su obtención como en su incorporación al proceso, de modo que tal prueba será ilegal y nula conforme al art. 238 de la LOPJ. Pero, al no ser prueba ilícita por no vulnerar derechos fundamentales, su contenido podrá incorporarse al proceso a través de un medio de prueba regularmente practicado.

Así pues, la prueba ilícita penal deriva de la violación de un derecho fundamental en la investigación criminal. Por tanto, se produce cuando se vulnera alguno de los denominados derechos fundamentales y libertades públicas (los consagrados en los arts. 15 a 29 de la CE, junto al derecho a la igualdad del art. 14 y la objeción de conciencia del 30.2⁶), que son precisamente los que gozan de la protección reforzada del recurso de amparo ante el TC. Puesto que la violación del derecho fundamental se produce en la obtención de una fuente de prueba, el derecho fundamental vulnerado será de carácter sustantivo, generalmente, los reconocidos en los arts. 15 (integridad física) y 18 (derecho a la intimidad y a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y derecho a la protección de datos o a la autodeterminación informativa). Así ha venido sosteniéndolo el TC desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hasta la STC 97/2019, de 16 de julio⁷. Y la consecuencia de la violación de derechos fundamentales en la obtención de las fuentes de prueba es la exclusión, salvo las excepcio-

⁶ Por lo que respecta a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio del art. 30.2 de la CE, este derecho no tiene aplicación práctica actualmente, ya que desde el 1 de enero de 2002 en España no es obligatorio la realización del servicio militar.

⁷ A pesar de ello, algunos autores sostienen que también son susceptibles de vulneración durante la obtención de fuentes de prueba en una investigación penal determinados derechos fundamentales de naturaleza procesal del art. 24.2 de la CE, concretamente, el derecho a ser informado de la acusación, a la defensa de letrado, a no confesarse culpable y a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional. Cfr. DÍAZ CABIALE, J. A. (con MARTÍN MORALES, R.), *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001, p. 26; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 49.

nes admitidas jurisprudencialmente, tanto de la prueba directamente ilícita como de las derivadas o reflejas.

Según la doctrina tradicional de nuestro TC⁸, la prueba ilícita no sólo vulnera el derecho fundamental sustantivo afectado sino también el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE, si se valora en el proceso penal el resultado probatorio prohibido, mientras que el derecho a la presunción de inocencia sólo resultará violado cuando la condena se haya basado exclusivamente en pruebas ilícitas. En cambio, si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes, aunque se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resultará finalmente infringida.

Como veremos a continuación, la regla de exclusión de la prueba ilícita admite excepciones, establecidas por la jurisprudencia del TC y del TS, que permiten incorporar y valorar en el proceso pruebas obtenidas ilícitamente. Además, parece existir un cierto consenso en cuanto a la posibilidad de utilizar y valorar pruebas ilícitas que acrediten la inocencia del acusado, al menos como principio, con independencia de las modulaciones y matizaciones que deban realizarse al respecto⁹.

II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL ESPAÑOL

El alcance y la efectividad de la regla de exclusión de la prueba ilícita penal ha estado íntimamente ligado a su reconocimiento jurisprudencial, tanto por el TC como por el TS. De hecho, la regla de exclusión se reconoce por primera vez en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, por tanto, antes de su plasmación legal en el art. 11.1 de la LOPJ. Y el alcance de la regla de exclusión ha venido marcado por la evolución de su interpretación jurisprudencial, primero a través de una etapa expansiva y de consolidación, para dar paso posteriormente a una nueva etapa restrictiva, en la que van incorporándose importantes excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, sobre todo en cuanto a la prueba derivada o refleja. Finalmente, a

⁸ Cfr., por todas, las SSTC 81/1998, de 2 de abril y 49/1999, de 5 de abril.

⁹ Sobre esta cuestión y sus modulaciones y matizaciones, ARMENTA DEU, T., “Prueba ilícita y regla de exclusión: perspectiva subjetiva”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales*. Vicente Gimeno Sendra. *Liber amicorum* (J. M^a. Asencio Mellado, dir.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020, pp. 134-136.

raíz del caso de la lista Falciani¹⁰, el TC ha reinterpretado su jurisprudencia al respecto, de manera que la exclusión de la prueba ilícita ha dejado de ser la regla general, aunque contase con diversas y relevantes excepciones. En efecto, puede decirse que a partir de la STC 97/2019, de 16 de julio, la norma ha pasado a ser precisamente la contraria, de modo que, habiéndose producido la lesión de un derecho fundamental sustantivo en la obtención de una fuente de prueba, sin embargo, ello no determina por sí solo la automática violación del derecho a un proceso con todas las garantías, con exclusión de la correspondiente prueba.

En cuanto a esta evolución, vamos a examinar las resoluciones anteriores a la STC 97/2019, que consagran la exclusión de la prueba ilícita como regla general, si bien abriéndose progresivamente a un número cada vez mayor de excepciones, para analizar posteriormente el cambio de paradigma establecido en aquella sentencia, a partir de la cual, como hemos adelantado, la exclusión de la prueba ilícita ha dejado de ser la norma general.

1. DE LA INICIAL JURISPRUDENCIA EXPANSIVA EN CUANTO A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA A LAS INTERPRETACIONES POSTERIORES RESTRICTIVAS

Esta primera etapa comienza con la STC 114/1984, de 29 de noviembre¹¹, en la que se produce la proclamación de la regla de exclusión de la prueba ilícita —antes incluso de su reconocimiento legal en 1985 en el art. 11.1 de la LOPJ—, haciéndola derivar de la posición preferente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. Señala la STC 114/1984:

“Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de ‘inviolables’ (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental”. “Constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las ‘garantías’ propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad

¹⁰ Resuelto por la STS (2ª) 116/2017, de 23 de febrero (Roj: STS 471/2017) y la STC 97/2019, de 16 de julio.

¹¹ Para el análisis de esta etapa seguimos a GÓMEZ COLOMER, J. L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, cit., pp. 107 y ss. En el mismo sentido, PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014; y también, de la misma autora, “El largo y tortuoso camino de la prueba prohibida en nuestra jurisprudencia”, cit., pp. 1645 y ss.

que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro”.

Posteriormente, la STC 85/1994, de 14 de marzo, consolida la doctrina de la prueba ilícita, extendiéndola a la prueba derivada. Se consagra así la eficacia refleja de la prueba ilícita, que impide valorar no sólo las pruebas obtenidas vulnerando los derechos fundamentales de modo directo (una intervención telefónica, en el caso concreto), sino también las derivadas de aquéllas (prueba indiciaria).

A partir de esta fecha, la jurisprudencia establece las primeras excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita, que van a permitir, en determinadas circunstancias, incorporar al proceso y valorar pruebas derivadas de otra obtenida directamente con violación de derechos fundamentales.

En este sentido, la STC 86/1995, de 6 de junio, establece la excepción de la prueba jurídicamente independiente, considerando como tal la confesión de uno de los acusados:

“Ciertamente, contra la posibilidad de valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios puede aducirse que difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito. Pero la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. En este sentido, para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada, y basar en ella una condena penal, deben tenerse en cuenta los diversos factores concurrentes en cada caso, de entre los que cabe destacar en el sometido a la consideración de este Tribunal si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle. Asimismo, debe tenerse en cuenta la proximidad temporal entre la confesión y la ocupación ilegal (intervención telefónica y ocupación de droga ilícitas), pues resulta evidente que la voluntariedad de la confesión se encuentra comprometida, en mayor medida, cuando al confesante no se le ha advertido, previamente, que se podía negar a declarar, especialmente si la autoincriminación se produce, como sucede en el presente caso, inmediatamente después de conocer el resultado de la intervención ilegal”.

Posteriormente, la STS (2ª) 974/1997, de 4 de julio¹², añade una nueva excepción a la eficacia refleja de la prueba ilícita, consagrando la doctrina del descubrimiento inevitable. Conforme a la misma, puede admitirse y valorarse una prueba derivada de otra ilícita (una intervención telefónica ilícita por ausencia de motivación suficiente de la autorización judicial) cuando a través de la investigación en curso y a través de medios lícitos (vigilancia y seguimiento policial, iniciados con anterioridad a la intervención telefónica),

¹² Roj: STS 4754/1997.

se habría llegado inevitablemente al mismo resultado. Señala al respecto la STS (2ª) 974/1997:

“En el caso actual el efecto expansivo de la prueba lícita aparece limitado conforme a la doctrina del ‘descubrimiento inevitable’. En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína ‘al por mayor’. Es decir que ‘inevitablemente’ y por medios regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada.

En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues —con independencia de ello— las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención. La limitación del ‘descubrimiento inevitable’ debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de ‘buena fe’, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a ‘acelerar’ por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente; buena fe que en este caso concurre, pues se contaba con una autorización judicial correctamente obtenida, aún cuando el Tribunal sentenciador no la haya estimado válida por insuficiencia de motivación”.

Otra excepción es la del hallazgo casual. Conforme a la misma, son lícitas y pueden utilizarse en otro proceso penal las pruebas halladas de modo casual o inesperado en el curso de una intervención telefónica, registro domiciliario u otra diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales, realizadas con autorización judicial y cumpliendo el resto de presupuestos de legitimidad constitucional, pero para la continuación de la investigación con base en las nuevas pruebas, a través de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, es preciso, conforme al principio de especialidad, una nueva y específica autorización judicial. La doctrina del hallazgo casual ya aparece en la STS (2ª) 1313/2000, de 21 de julio¹³, y desde entonces ha seguido aplicándose por el TS. Finalmente, la doctrina del hallazgo casual encuentra reconocimiento legal expreso con la LO 13/2015, de 5 de octubre, que la incorpora a la LECRIM en el art. 579 bis (en sede

¹³ Roj: STS 6176/2000.

de detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica)¹⁴ y en el art. 588 bis i (con respecto a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y el resto de medios tecnológicos de investigación), que se remite al anterior¹⁵.

A partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, la jurisprudencia cambia de sesgo y pasa a ser claramente restrictiva en cuanto a la regla de exclusión de la prueba ilícita. Hasta este momento, la jurisprudencia admitía con carácter general la eficacia refleja de la prueba ilícita, habiendo establecido únicamente algunas excepciones, que hemos analizado y que permitían admitir y valorar, en determinados casos, pruebas derivadas de otra ilícita. Pero la STC 81/1998 consagra la teoría de la conexión de antijuridicidad como excepción general a la eficacia refleja de la prueba ilícita, que, por tanto, permite valorar cualquier prueba derivada si no existe conexión de antijuridicidad con la prueba obtenida directamente con vulneración de los derechos fundamentales. En síntesis, según esta teoría, para que una prueba derivada sea también ilícita no basta únicamente con que exista una conexión natural con la prueba ilícita originaria, sino que es preciso que la ilegitimidad constitucional se transmita a la prueba derivada, al existir conexión de antijuridicidad entre ellas. A tal efecto, señala la STC 81/1998:

“Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela

¹⁴ Art. 579 bis: “Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales.

1. El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal.

2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce”.

Sobre esta cuestión, véase la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2019, de 6 de marzo de 2019, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, epígrafe 2.8.

¹⁵ Véase al respecto, NADAL GÓMEZ, I., “El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40, 2016.

que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.

Además, la teoría de la conexión de antijuridicidad permite apuntalar y dar carta de naturaleza a la confesión voluntaria del acusado como prueba jurídicamente independiente, aunque derivada de la que se obtiene vulnerando los derechos fundamentales¹⁶. En este sentido, la STC 161/1999, de 27 de septiembre, considera prueba de cargo válida el reconocimiento por el acusado de que era suya la droga encontrada en virtud en un registro lesivo del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, ya que la confesión voluntaria del acusado rompe la conexión de antijuridicidad entre ambas pruebas:

“Las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada”.

Dentro de esta etapa restrictiva encontramos también la excepción de buena fe, reconocida por la STC 22/2003, de 10 de febrero. Según esta resolución, el sistema de excepciones que permite valorar pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales se refiere, en principio, a la prueba derivada o refleja, ya que este tipo de pruebas son constitucionalmente legítimas desde un punto de vista intrínseco. Por ello, ha de partirse, como principio, de la ilicitud constitucional de las pruebas ligadas a la vulneración del derecho fundamental de modo directo. Pues bien, la STC 22/2003 admite la licitud constitucional de una prueba obtenida de modo directo con vulneración de los derechos fundamentales, razón que nos lleva a incluir esta sentencia dentro de la jurisprudencia restrictiva de la regla de exclusión de la prueba ilícita¹⁷. En el caso examinado, el TC considera que la buena fe de los agentes

¹⁶ Recuérdese que así se consideró en la STC 86/1995, de 6 de junio.

¹⁷ Aunque la STC 49/1999, de 5 de abril, había declarado que la necesidad de tutela frente a las ilicitud probatoria es mayor en el caso de las pruebas originarias que en el de las derivadas, la STC 97/2019, de 16 de julio (con referencia a la STC 22/2003, de 10 de febrero), ha establecido

de policía que realizaron un registro domiciliario permite utilizar como prueba el arma de fuego encontrada. Y ello, aun cuando el registro vulnerara el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues el consentimiento de la esposa no servía en este caso, al tratarse de la víctima y haber una contraposición de intereses entre los cónyuges. Señala al respecto la STC 22/2003:

“No es eso, sin embargo, lo que aquí sucede, ya que desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto. La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad de mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar”.

2. LA MÁXIMA RESTRICCIÓN: LA DOCTRINA FALCIANI

Como hemos adelantado, con el caso de la lista Falciani la exclusión de la prueba ilícita ha dejado de ser la regla general, aunque tuviera importantes excepciones. Con la STC 97/2019, de 16 de julio, la interpretación ha pasado a ser la contraria, ya que la lesión de un derecho fundamental sustantivo en la obtención de una fuente de prueba no determina por sí sola la violación del derecho a un proceso con todas las garantías, con exclusión de la correspondiente prueba.

En realidad, el problema no está en que tanto la STS (2^a) 116/2017, de 23 de febrero¹⁸, como la STC 97/2019, de 19 de julio, establezcan que cuando

que, excepcionalmente también es posible la valoración de las pruebas ilícitas originarias, cuando pueda apreciarse la desconexión entre la violación del derecho fundamental sustantivo y las garantías procesales que aseguran la igualdad de las partes y la integridad y la equidad del proceso.

¹⁸ Roj: STS 471/2017. En esta sentencia el TS se aparta del principio de no indagación que venía aplicando tradicionalmente. Véase al respecto, GASCÓN INCHAUSTI, F., “La eficacia de las pruebas penales

las pruebas que vulneran derechos fundamentales han sido obtenidas por un particular sin intención probatoria ninguna, ni de manera directa, ni indirecta actuando como instrumento al servicio de la policía u otros agentes estatales, no les alcanza la regla de exclusión de la prueba ilícita. Esta puede ser una excepción más, que tendría su fundamento en que, al no actuar el particular al servicio de la autoridad, no entraría en juego la finalidad disuasoria que fundamenta la regla de exclusión¹⁹.

La verdadera cuestión reside en que la STC 97/2019, al resumir su doctrina sobre la prueba ilícita, en realidad la reinterpreta y la cambia, algo que podía hacer al ser una sentencia del Pleno del TC. Pero lo adecuado hubiera sido reconocerlo expresamente. En efecto, según la doctrina tradicional del TC, la prueba ilícita no sólo vulnera el derecho fundamental sustantivo afectado, sino que, si se incorpora y se valora en el proceso penal, también viola el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE²⁰. La teoría de la conexión de antijuridicidad estaba concebida como una excepción que, con carácter general, permitía valorar cualquier clase de prueba ilícita derivada, si la ilicitud constitucional no se transmitía a esta última. En cambio, la STC 97/2019 utiliza los parámetros de control de esta teoría para establecer la posibilidad de valoración de todo tipo de pruebas ilícitas, las derivadas pero también las originarias. Pero, sobre todo, invierte la regla, de manera que la norma general ya no es la exclusión de la prueba ilícita, aunque tuviera numerosas y muy relevantes excepciones²¹.

Con la STC 97/2019, la regla pasa a ser precisamente la contraria: las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sólo se excluirán si entre la violación del derecho fundamental sustantivo y la integridad del proceso justo (o de un proceso con todas las garantías) existe un nexo que evidencie una necesidad específica de tutela, consistente en la exclusión de la prueba ilícita²². Según la STC 81/1998, de 2 de abril, creadora

obtenidas en el extranjero al amparo del régimen convencional: apogeo y declive del principio de no indagación”, en *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea* (M^a. I. González Cano, dir.), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 31 y ss.

¹⁹ Cfr. en el mismo sentido, la STS (2^a) 489/2018, de 23 de octubre (Roj: STS 3754/2018).

²⁰ Cfr., por todas, las SSTC 81/1998, de 2 de abril y 49/1999, de 5 de abril.

²¹ Véase la demoledora crítica a esta sentencia de ASENSIO MELLADO, J. M^a., “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, n^o 9499, de 16 de octubre de 2019. En cambio, para PICÓ I JUNOY, J., la máxima restricción del ámbito de aplicación de la prueba ilícita que comporta la STC 97/2019 viene justificada por la vigencia del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes del art. 24.2 de la CE (“La prueba ilícita: un concepto todavía por definir”, *La Ley Probática*, n^o 1, tercer trimestre de 2020).

²² Según FUENTES SORIANO, O., “se introducen matices importantes en el fundamento de la regla de exclusión probatoria que ya no puede ser entendida, de forma rotunda y tajante, como —exclusivamente— una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales que lleve a negar valor

de la teoría de la conexión de antijuridicidad, las perspectivas interna y externa de esta teoría son complementarias, de modo que la prueba derivada sólo podrá tenerse en cuenta si resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho fundamental sustantivo y, además, la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del derecho afectado. Por el contrario, según la STC 97/2019, la prueba ilícita sólo debe excluirse si entre la vulneración originaria y el derecho a un proceso con todas las garantías existe un nexo que evidencie una necesidad específica de tutela, puesto que lo esencial es examinar si la vulneración del derecho fundamental sustantivo ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionales, comprometiéndose la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre las partes. Por eso, la regla es la contraria: con la teoría de la conexión de antijuridicidad, la admisión de la prueba ilícita era la excepción; mientras que ahora la excepción es su exclusión. Lo expresa claramente la STC 97/2019, de 16 de julio:

“Como se ha visto, en la doctrina de este Tribunal son necesarios dos pasos para determinar la posible violación del art. 24.2 CE como consecuencia de la recepción probatoria de elementos de convicción ilícitamente obtenidos: A) se ha de determinar, en primer lugar, si esa ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad; B) se ha de dilucidar, en caso de que el derecho fundamental haya resultado, en efecto, comprometido, si entre dicha vulneración originaria y la integridad de las garantías del proceso justo que nuestra Constitución garantiza (art. 24.2 CE) existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos (...)

La constatación de la violación originaria del derecho fundamental sustantivo (en este caso, del derecho a la intimidad) no determina por sí sola, sin embargo, la automática violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), generando la necesidad imperativa de inadmitir la correspondiente prueba”.

En definitiva, con la STC 97/2019, de 16 de julio, se alcanza la máxima restricción de la regla de exclusión de la prueba ilícita, ya que la prueba obtenida, directa o indirectamente, vulnerando derechos fundamentales sustantivos sólo deberá excluirse, con la consiguiente prohibición de su incorporación y valoración en el proceso, cuando además produzca la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

probatorio a una información como mero mecanismo sancionatorio o de protección de los mismos. Se aplicará la regla de exclusión probatoria cuando la violación de un concreto derecho fundamental determine la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)” [“La prueba prohibida aportada por particulares, a la luz de las nuevas tecnologías”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales*. Vicente Gimeno Sendra. *Liber amicorum* (J. M^a. Asencio Mellado, dir.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020, p. 739].

III. FUNDAMENTO Y NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Para establecer un régimen coherente en cuanto a la prueba ilícita, es necesario ahondar en cuál es el verdadero fundamento de la regla de su exclusión en el proceso penal, y a partir del mismo construir una regulación adecuada de la prueba ilícita penal. Porque debemos adelantar ya que consideramos imprescindible establecer una regulación legal de la regla de exclusión de la prueba ilícita, relativamente detallada y, por tanto, que vaya más allá de su mero enunciado, como ocurre actualmente con el art. 11.1 LOPJ²³.

En cuanto al fundamento de la exclusión de la prueba ilícita²⁴ son tres los que suelen manejarse habitualmente. En primer lugar, la tutela de la integridad y la posición preferente de los derechos fundamentales, concretamente, de los derechos fundamentales sustantivos, que son los que pueden lesionarse en la obtención de las fuentes de prueba. En segundo lugar, la defensa de la pureza del propio proceso y de sus garantías. Finalmente, el efecto disuasorio, por el que se traslada al Estado y sus agentes el mensaje de que su actuación de búsqueda de prueba no tendrá eficacia cuando se produzca con vulneración de derechos fundamentales.

Cualquiera de los tres posibles fundamentos es loable y atendible, pero en mi opinión debemos buscar el fundamento último de la regla de exclusión, en definitiva, nos estamos preguntando por cuál es el fundamento real, que dé explicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones. Desde esta perspectiva, no parece que este fundamento pueda ser el respeto del derecho a un proceso con todas las garantías: una cosa es que la utilización de la prueba ilícita conlleve o pueda conllevar la lesión de este derecho a un proceso con todas las garantías y otra distinta es que este mismo derecho sea el fundamento último de la regla de exclusión.

Tampoco parece que ese fundamento real de la regla de la exclusión pueda ser la tutela de la integridad de los derechos fundamentales. Como hemos visto, la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene numerosas e importantes excepciones, hasta el punto incluso de poder considerar que

²³ Cfr. en el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Algunas ideas sobre la prueba ilícitamente obtenida”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales*. Vicente Gimeno Sendra. *Liber amicorum* (J. M^a. Asencio Mellado, dir.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020, pp. 577 y 586-588.

²⁴ Sobre este tema, véase *in extenso*, CUADRADO SALINAS, C., *Fundamento y efectos de la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Análisis teórico y jurisprudencial de la regla de exclusión en los EEUU, Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y España*, Tirant lo Blanch, 2021.

actualmente su exclusión es la excepción. Por tanto, si podemos aceptar que, en determinados supuestos, es admisible la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales es porque el fundamento de la regla de exclusión es distinto.

Por todo ello, entendemos que el fundamento real de la exclusión de la prueba ilícita es el efecto disuasorio. Y es que este efecto disuasorio es el que está en la base de las diferentes excepciones a la regla de exclusión. Así, se considera admisible la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales cuando dicha prueba puede catalogarse como jurídicamente independiente, un descubrimiento inevitable o un hallazgo casual; o cuando la antijuridicidad de la prueba ilícita originaria no se ha transmitido a la derivada, sin que existan especiales razones que aconsejen la exclusión de dicha prueba para que no se sigan produciendo violaciones del derecho afectado; o bien, cuando la confesión voluntaria del acusado o la buena fe de los agentes policiales sean razones para la no exclusión de la prueba ilícita, respectivamente; finalmente, cuando la prueba se ha obtenido por un particular sin finalidad probatoria ninguna. Todos estos supuestos suponen excepciones a la exclusión de la prueba ilícita precisamente porque no es necesario aplicar el efecto disuasorio, ya que en ellos el Estado no ha actuado de modo fraudulento y torticero en la obtención de las pruebas, o la actividad probatoria realizada de manera constitucionalmente adecuada habría conducido al mismo resultado. Por ello, consideramos que el verdadero fundamento de la regla de exclusión es el efecto disuasorio²⁵.

Como hemos adelantado, es necesario el desarrollo legal de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Y creemos que dicha regulación debe ser relativamente detallada, y no reducirse únicamente a su enunciado, tal y como aparece actualmente recogida en el art. 11.1 de la LOPJ.

En este sentido, entendemos que la regulación legal de la prueba ilícita penal debe extenderse, al menos, al enunciado de la regla de exclusión, con determinación de su alcance. También debería contemplar expresamente las excepciones a la misma, estableciendo en qué casos y con qué requisitos puede admitirse y valorarse una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, tanto con respecto a la prueba derivada o refleja como, en su caso, a la prueba ilícita originaria. Asimismo, debería incluir su tratamiento procesal, es decir, a quién y a través de qué trámites le corresponde controlar que no se admita y valore la prueba ilícita en el proceso penal. Además,

²⁵ Cfr. en el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Algunas ideas sobre la prueba ilícitamente obtenida", cit., pp. 588-590.

parece conveniente que dicha regulación incluya el régimen de la prueba ilícita cuando acredite la inocencia del acusado, contemplando expresamente la posibilidad de utilizarla y valorarla, con las modulaciones y precisiones que se entiendan necesarias. Finalmente, existen otras cuestiones sobre las que merece la pena reflexionar, a efectos de incluirlas o no en el desarrollo legal de la prueba ilícita, como la concreción de los derechos fundamentales cuya vulneración puede dar lugar a la prueba ilícita; o la previsión expresa del juicio de ponderación a realizar para determinar la admisibilidad o no de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1881 Y EN LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE 2011 Y 2013

1. PLANTEAMIENTO: EL PANORAMA ACTUAL

Antes de examinar el tratamiento procesal de la prueba ilícita en las propuestas anteriores de nueva LECRIM, tanto la de 2011 como la de 2013, para centrarnos posteriormente en la regulación prevista en el Anteproyecto de 2020, debemos abordar el régimen de la actual LECRIM de 1881. Y ya desde un principio debemos advertir que la regulación actualmente establecida para el control y la depuración de la prueba ilícita es manifiestamente inadecuada, dado su carácter fragmentario y deficiente²⁶.

La primera cuestión que encontramos es cuál es el momento adecuado para realizar el control de la prueba ilícita, planteándose la disyuntiva entre proceder a dicho control lo antes posible, en el primer momento procesal en que se ponga de manifiesto, de oficio o a instancia de parte, la ilicitud de la prueba, incluso en la fase de instrucción; o bien, diferir dicho control a la sentencia, en el trámite de valoración de la prueba por el tribunal sentenciador, de manera que no se limite el derecho a la práctica de la prueba ni las facultades de este tribunal²⁷. Entendemos que lo adecuado y deseable es

²⁶ Sobre este tema puede verse, MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., Capítulo III; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, cit., pp. 167 y ss.; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, cit., pp. 133 y ss., examinando el Derecho comparado, y 148 y ss., analizando específicamente la LECRIM española; ASECIO MELLADO, J. M^a, “Prueba ilícita: declaración y efectos”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 26, 2012, epígrafe 4.

²⁷ Buena muestra de esta disyuntiva es la polémica doctrinal, con cruce de artículos de réplica y contrarréplica, entre ASECIO MELLADO, J. M^a, defendiendo la primera postura, en “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”,

que la prueba ilícita quede depurada lo antes posible, en cuanto se constate la ilicitud probatoria, y preferiblemente en la fase de instrucción²⁸. Lo contrario, con mantenimiento del material probatorio ilícito dentro del proceso, permitiría la incorporación de nuevas pruebas ilícitas derivadas, que, con base en la doctrina de la conexión de antijuridicidad, podrían ser finalmente valoradas y fundar la condena; peligro que aumenta exponencialmente a partir de la STC 97/2019, de 16 de julio.

En cuanto a los trámites concretos para realizar el control de la prueba ilícita, la depuración de la misma en la fase de instrucción es posible, de oficio o a instancia de parte, por medio de la nulidad de actuaciones del art. 240.2 de la LOPJ²⁹.

Una vez concluida la fase de instrucción, el control de la prueba ilícita está previsto, en el procedimiento abreviado, al inicio de las sesiones del juicio oral, a través del turno de intervenciones del art. 786.2 de la LECRIM,

Diario La Ley, nº 8009, de 25 de enero de 2013, y “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, *Diario La Ley*, nº 8026, de 19 de febrero de 2013; y GIMENO SENDRA, V., defendiendo la segunda postura, en “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASECIO)”, *Diario La Ley*, nº 8021, de 12 de febrero de 2013, y “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASECIO)”, *Diario La Ley*, nº 8027, de 20 de febrero de 2013.

Por su parte, PICÓ I JUNOY, J. mantiene una postura intermedia, que le lleva a defender la exclusión del material probatorio en la instrucción cuando su ilicitud sea clara y evidente, y diferir, en cambio, el control de la ilicitud probatoria al tribunal sentenciador en caso contrario. Cfr. “La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Fuentes Soriano, O., coord.), Tirant lo Blanch, 2017, p. 301; y también en “Problemas de la denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal”, en *El proceso penal en ebullición* (Roca Martínez, J. M^a, y Loredó Colunga, M., coords.), Atelier, 2017, pp. 185-186.

²⁸ En palabras de ASECIO MELLADO, J. M^a, (“Prueba ilícita: declaración y efectos”, cit.), “*una prueba ilícita no debe ser admitida, practicada o valorada, según el momento procesal en el cual se evidencie*” (epígrafe 1). Según el mismo autor, el control de la prueba ilícita, realizado tanto de oficio como a instancia de parte, “*se hará a través de cualquiera de los cauces que la ley permita a tal efecto, siempre que se pueda y con la mirada puesta en lograr la exclusión del material ilícito lo antes posible, en la fase de investigación, en la intermedia, en el juicio oral, en la vista, en la sentencia o en los recursos frente a ésta, siendo preferente lo primero y lo último la solución menos deseable*” [epígrafe 4.B)]. Cfr. en el mismo sentido, MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., Capítulo III, epígrafe II.1; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, cit., pp. 171-174.

²⁹ A este respecto, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999, de 29 de diciembre, *sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales*, sigue teniendo plena vigencia: “*Si a pesar de la vigilancia del Fiscal para impedir la intervención de las comunicaciones telefónicas sin habilitación judicial suficiente, éste ha tenido lugar y se pretende su incorporación al proceso, el Fiscal hará todo lo posible para que por el órgano jurisdiccional se declare la nulidad de esa actuación, y para que tal declaración de nulidad tenga lugar lo antes posible, recobrando así su plena vigencia el derecho fundamental injustamente conculcado. Para ello cuenta, desde la misma fase de instrucción y en caso de que no pueda prosperar ya el recurso (por preclusión del plazo, por ejemplo), con el expediente previsto en el artículo 240.2 LOPJ*” (epígrafe V.3).

en el que las partes pueden denunciar la vulneración de derechos fundamentales y hacer alegaciones sobre el contenido y finalidad de las pruebas (ilícitas) propuestas, resolviendo el tribunal en el mismo acto, sin posibilidad de recurso en ese momento, pero pudiéndose reproducir la cuestión en el recurso contra la sentencia.

En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado la ilicitud de la prueba puede suscitarse a través del planteamiento de las cuestiones previas ante el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, concretamente las de las letras b) (alegación de la vulneración de algún derecho fundamental) y e) (impugnación de los medios de prueba propuestos por las demás partes) del art. 36.1 de la LOTJ, cuestiones que no pueden reproducirse en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado, aunque sí pueden alegarse al recurrir contra la sentencia (art. 678 LECRIM). Aunque estas cuestiones se plantean antes de la constitución del Tribunal del Jurado, es decir, sin presencia de los jurados, posteriormente, al inicio del juicio oral está previsto un turno de intervenciones para que las partes expongan al Jurado alegaciones sobre el contenido de sus respectivas calificaciones y la finalidad de la prueba que han propuesto. En ese mismo trámite, las partes pueden proponer nuevas pruebas para practicarse en el acto, que, tras oír a las demás partes, podrían ser declaradas ilícitas por el Magistrado-Presidente (art. 45 LOTJ)³⁰.

En el proceso ordinario por delitos graves no está previsto un trámite similar a los anteriores, pero la ilicitud probatoria podría denunciarse a través de los artículos de previo pronunciamiento del art. 666 de la LECRIM o promoviendo el incidente de nulidad del art. 240.2 de la LOPJ al comienzo de las sesiones del juicio oral³¹.

Como hemos señalado, esta regulación es fragmentaria y deficiente. Así, el turno de intervenciones del procedimiento abreviado no prevé la práctica de prueba sobre la ilicitud probatoria, y entendemos a este respecto que un trámite adecuado de depuración de la prueba ilícita debería contemplar dicha posibilidad, tal y como prevé actualmente para el proceso civil el art. 287 de la LEC. Por su parte, la regulación de las cuestiones previas en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado remite a la tramitación de los artículos de previo pronunciamiento de la LECRIM, que no

³⁰ Precisamente por ello, el art. 54.3 de la LOTJ dispone, al regular las instrucciones del Magistrado-Presidente a los jurados, que, aunque aquél no debe realizar ninguna alusión a su opinión sobre el resultado de la prueba, sin embargo, sí les advertirá sobre la necesidad de no atender a las pruebas que hubiesen sido declaradas ilícitas o nulas.

³¹ Cfr. en este sentido, dirigiéndose a los Fiscales, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999, de 29 de diciembre, *sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales* (epígrafe V.4).

cuenta con un régimen probatorio adecuado para la prueba ilícita, ya que sólo prevé la prueba documental, excluyendo expresamente la testifical (art. 672 LECRIM)³². Además, algunos de los trámites existentes han sido interpretados jurisprudencialmente de manera laxa. En concreto, en cuanto al control de la prueba ilícita en el turno de intervenciones del procedimiento abreviado, viene entendiéndose por la jurisprudencia que no es un trámite excluyente y preclusivo, de manera que la denuncia de la ilicitud probatoria puede reproducirse o apreciarse por el propio tribunal durante el juicio oral, y el tribunal puede no resolver en el trámite del art. 786.2 y diferir la decisión sobre la ilicitud probatoria a la sentencia³³.

2. LOS ANTEPROYECTOS DE LEY PARA UN NUEVO PROCESO PENAL DE 2011

En el año 2011 la propuesta de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal se articula a través de dos anteproyectos, conocidos como Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal: el Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El primer anteproyecto, de tan sólo 16 artículos, distingue el desarrollo de los derechos fundamentales sustantivos (arts. 1-7), por un lado, y el de los derechos fundamentales procesales (arts. 8-15), por otro. Entre estos últimos, el art. 12 se refiere a las garantías probatorias, dedicándose específicamente el art. 12.3 a la prueba ilícita: *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. Sin embargo, la ley procesal penal podrá autorizar la utilización de las informaciones obtenidas a partir de las mismas siempre que no guarden una conexión jurídica relevante con la previa lesión del derecho fundamental. Esta excepción nunca podrá aplicarse en caso de tortura o atentados graves a la integridad física o moral”*³⁴.

El Anteproyecto de LECRIM de 2011 desarrolla estas previsiones en los arts. 128 a 130³⁵.

³² Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., Capítulo III, epígrafe II.3.1.

³³ Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., Capítulo III, epígrafe II.2; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, cit., pp. 150-151.

³⁴ Por su parte, el art. 12.1 establece que toda prueba de cargo debe ser incorporada al proceso penal con pleno respeto al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

³⁵ Según el apartado LXIX de su Exposición de motivos, estos preceptos recogen la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre la prueba ilícita.

El art. 128, titulado “*Pruebas de origen ilícito*”, reproduce la regla de exclusión de la prueba ilícita, tanto la directa como la derivada o refleja.

El art. 129 se refiere específicamente a las pruebas derivadas o reflejas, y desarrolla la regla de desconexión, enunciada en el art. 12.3 del Anteproyecto de Ley Orgánica, que permite valorar las pruebas derivadas de otra ilícita. Según el art. 129, las pruebas obtenidas a partir de los conocimientos adquiridos con la previa lesión de un derecho fundamental solo podrán ser utilizados en el juicio oral y valorados en la sentencia si no guardan una conexión jurídica relevante con la vulneración originaria del derecho fundamental. Y a los efectos de determinar la existencia de dicha conexión, debe tenerse en cuenta la índole y características de la vulneración, el resultado obtenido con la misma y las necesidades esenciales de tutela que la efectividad y realidad del derecho fundamental exijan. Como se ve, este precepto recoge la teoría de la conexión de antijuridicidad establecida por la STC 81/1998, de 2 de abril, refiriéndose de manera muy sintética a los parámetros a tener en cuenta para establecer la desconexión de la prueba refleja respecto de la prueba ilícita originaria.

Por su parte, el art. 130 desarrolla la regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante tortura, disponiendo la exclusión del proceso penal de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, por el poder público mediante tortura, coacción, amenazas y atentados a la integridad física o moral, así como las que se hayan obtenido a partir de los conocimientos adquiridos con las mismas³⁶.

De manera complementaria, el art. 131.1 establece que las pruebas obtenidas de forma irregular, sin constituir violación de derechos fundamentales, podrán ser utilizadas para fundar una sentencia condenatoria, salvo en los casos en los que la ley prevea expresamente su nulidad.

En cuanto al tratamiento procesal de la prueba ilícita, el Anteproyecto de LECRIM de 2011 prevé su control en la fase de juicio oral, concretamente en los trámites de preparación del mismo, que incluyen la admisión de la prueba como primera actuación a realizar antes del inicio de las sesiones del juicio oral, ante el tribunal designado para el enjuiciamiento. Por tanto, el control de la ilicitud probatoria se realiza en este trámite de admisión y depuración de la prueba, consistente en un sencillo incidente contradictorio

³⁶ A este respecto, la STC 97/2019, de 16 de julio, al desarrollar la teoría de la conexión de antijuridicidad, establece que, aunque la vulneración del derecho fundamental no haya estado orientada instrumentalmente a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionales, la prueba deberá excluirse si ha sido obtenida por medio de tortura o tratos inhumanos o degradantes.

basado en las impugnaciones formuladas por las partes³⁷, que se desarrolla ante el tribunal de enjuiciamiento al inicio de la fase de juicio oral.

Según los arts. 543 a 546, al tiempo de personarse ante el tribunal designado para el enjuiciamiento, las partes pueden impugnar, por escrito y acompañando los documentos justificativos cuando fuese necesario, la prueba propuesta por las demás partes por resultar impertinente o inútil o por haberse obtenido vulnerando algún derecho fundamental. El tribunal podrá disponer la celebración de vista cuando resulte imprescindible por la complejidad de las cuestiones planteadas, resolviendo en todo caso por medio de auto.

El art. 547 está dedicado de modo específico a la prueba ilícita, disponiendo que el tribunal examinará en primer lugar las denuncias relativas a la ilicitud probatoria, pronunciándose posteriormente sobre la admisión de las restantes pruebas propuestas. Si considera ilícita la prueba impugnada deberá declararlo así en el auto de admisión de prueba, inadmitiendo su práctica en el plenario. Y si toda la prueba propuesta por las acusaciones es declarada ilícita, el tribunal deberá dictar auto de sobreseimiento. En caso de declarar ilícita sólo parte de la prueba, el tribunal debe oír a las partes acusadoras para que manifiesten si están en condiciones de sostener la acusación con la prueba restante, dictando auto de sobreseimiento en caso contrario. Y contra el auto de sobreseimiento por prueba ilícita cabe recurso de apelación³⁸.

Finalmente, la ilicitud probatoria también puede controlarse en el recurso de apelación contra la sentencia, conforme al art. 630. Así, si el condenado solicita la revisión de la valoración de la prueba o del fallo condenatorio, el tribunal de apelación revisará el pronunciamiento de la primera instancia, valorando, entre otras cuestiones, la validez y la licitud de la prueba de cargo.

3. LA PROPUESTA DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2013

La Propuesta de texto articulado de Enjuiciamiento Criminal de 2013³⁹, normalmente conocida como Propuesta de Código Procesal Penal de 2013,

³⁷ Cfr. al respecto el apartado LXIX de la Exposición de motivos del Anteproyecto de LECRIM de 2011.

³⁸ En la fase intermedia, desarrollada ante el Juez de la Audiencia Preliminar, se prevé el sobreseimiento, entre otros motivos, por insuficiente fundamento de la acusación, que debe decretar el juez cuando, atendidos los medios de prueba que la parte acusadora pretende hacer valer en el acto del juicio, la acción penal sea manifiestamente improsperable. No obstante, si la falta de fundamento de la acusación formulada se basa en que la prueba se ha obtenido ilícitamente, el juez sólo debe pronunciarse sobre la ilicitud cuando la exclusión del medio de prueba resulte determinante para acordar el sobreseimiento por falta de fundamento de la acusación (art. 530 del Anteproyecto de LECRIM de 2011).

³⁹ Elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, y presentada por dicha Comisión el 25 de febrero de 2013.

recoge en su art. 13 la regla de exclusión de la prueba ilícita o prohibida y concreta su alcance y sus excepciones, pretendiendo conseguir una aplicación uniforme de la regla de exclusión por los tribunales⁴⁰. Además, dicho precepto contiene también la regla general aplicable al tratamiento procesal de la prueba ilícita.

Declara el art. 13.1 que no surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales ni las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos, y que tales pruebas son de valoración prohibida.

A continuación, el art. 13, en sus apartados 2 y 3, establece las excepciones a la regla de exclusión, que son cuatro, y que permiten utilizar y valorar pruebas ilícitas siempre que no estén conectadas con un acto de tortura⁴¹. En primer lugar, las que sean favorables al encausado. En segundo lugar, las pruebas derivadas o reflejas (pruebas que sean “*consecuencia indirecta de la vulneración del derecho fundamental*”, expresa literalmente) si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso, acogiendo así la doctrina del descubrimiento inevitable. En tercer lugar, pueden utilizarse y valorarse las pruebas consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas, incluyendo la excepción que posteriormente establecería la doctrina Falciani. Y en cuarto y último lugar, se dispone que la declaración autoincriminatoria del encausado, prestada en el plenario en términos que permitan afirmar su voluntariedad, se entenderá desconectada causalmente de la prueba declarada nula, incorporando la doctrina de la confesión voluntaria del encausado como prueba jurídicamente independiente.

Finalmente, el art. 13.4 establece una norma general para el tratamiento procesal de la prueba ilícita, señalando que las informaciones, fuentes de prueba o resultados de las pruebas deben ser excluidas del proceso en cual-

⁴⁰ Según el apartado II de la Exposición de motivos de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, “se dispone la exclusión de la prueba prohibida, de conformidad con la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad de armas y a un proceso con todas las garantías, de una forma más detallada que la que hasta ahora existía en nuestra legislación, para así superar las dudas interpretativas que frecuentemente surgían y que, a falta de criterios legales para solventarlas, se resolvían por los Tribunales no siempre con criterios uniformes”.

⁴¹ Sobre la prohibición absoluta de valorar pruebas conectadas con actos de tortura, téngase en cuenta la STC 97/2019, de 16 de julio.

quier momento en que se constate la infracción del derecho fundamental, sin perjuicio de que, si se rechaza la exclusión, las partes puedan reproducir posteriormente la petición de declaración de nulidad de la prueba.

Fuera de esta norma general, el trámite específicamente previsto para el tratamiento procesal de la prueba ilícita es el de las cuestiones previas establecido en el art. 443, que regula un turno de intervenciones al inicio del juicio oral, similar en parte al del actual art. 786.2 de la LECRIM, y que permite a las partes plantear, entre otras cuestiones previas, la vulneración de derechos fundamentales y hacer alegaciones sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas. De la misma manera que en la regulación actual, la decisión del tribunal es irrecurrible, sin perjuicio de que las partes puedan reproducir sus alegaciones en el recurso contra la sentencia.

Pero a diferencia de la regulación del actual 786.2 de la LECRIM, el art. 443.4 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 prevé la posibilidad de practicar prueba sobre la ilicitud probatoria, pudiendo el tribunal resolver sobre la misma como cuestión previa, o diferir su resolución a la sentencia, practicándose la prueba en este caso durante el juicio: *“Cuando se plantee una cuestión previa cuya resolución requiera la determinación de hechos debatidos por las partes y sea solicitada la práctica de prueba que resulte pertinente y útil para acreditarlos el Tribunal, mediante resolución oral contra la que no cabrá recurso alguno, podrá admitir la práctica de prueba con el fin de resolver la cuestión previa o admitir la prueba para su práctica durante el juicio por diferir la resolución de la cuestión a la sentencia”*⁴².

Al igual que en el Anteproyecto de LECRIM de 2011, el art. 592.1 del Código Procesal Penal de 2013 permite revisar la valoración de la prueba en el recurso de apelación contra la sentencia, a instancia del condenado, quien puede denunciar, entre otras cuestiones, la ilicitud de la prueba de cargo.

⁴² Los trámites a través de los cuales es posible el control de la prueba ilícita en el proceso ante el Tribunal del Jurado en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 son similares a los actuales. Así, el art. 523.1 señala que las cuestiones previas habrán de ser planteadas y resueltas en una audiencia preliminar, y el art. 523.2 establece un turno de intervenciones al inicio del juicio oral similar al del art. 45 de la LOTJ. Finalmente, el art. 530.3 prevé en cuanto a la prueba ilícita una facultad del Magistrado-Presidente idéntica a la del art. 54.3 de la LOTJ.

V. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

Debemos centrarnos ahora en las previsiones sobre la prueba ilícita contenidas en el Anteproyecto de LECRIM de 2020⁴³, que, en cuanto a la regla de exclusión de la prueba ilícita, sigue fielmente la doctrina Falciani establecida por el TC en su Sentencia 97/2019, de 16 de julio, “*que, cerrando por fin la doctrina constitucional sobre la materia, exige un juicio de ponderación cuyos elementos rectores quedan sintetizados en la regulación que ahora se presenta*”⁴⁴.

Efectivamente, la regla de exclusión de la prueba ilícita se desarrolla en el art. 21, conforme a la doctrina establecida por la STC 97/2019. El art. 21.1 dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales cuando entre el acto de obtención de la prueba y su utilización en el proceso exista una conexión jurídica suficiente. Y a continuación, explicita los parámetros a tener en cuenta para establecer dicha conexión. En primer lugar, dicha conexión existirá “*cuando la violación consumada comprometa, por su índole y características, la equidad e integridad del proceso*”. Es decir, se trata, conforme al parámetro de control interno, de examinar si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente lícitos, comprometiéndose la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre las partes⁴⁵. En segundo lugar, existe una conexión jurídica suficiente entre el acto de obtención de la prueba y su utilización en el proceso cuando la violación consumada, “*por su intensidad suponga un atentado grave contra el derecho fundamental vulnerado*”. En este caso, debe evaluarse, sin abandonar la perspectiva interna, si la vulneración del derecho fundamental sustantivo es de tal intensidad que, aunque no exista conexión instrumental entre la vulneración del derecho y la equidad e integridad del proceso, debe proyectarse sobre el ámbito procesal al afectar al núcleo axiológico más primordial de nuestro sistema de derechos fundamentales⁴⁶. Por último, la conexión también existe, dando lugar a la exclusión probatoria, “*cuando la admisión de la prueba pueda poner en peligro la eficacia general de dicho derecho, favoreciendo violaciones ulteriores*”, lo

⁴³ Aprobado en Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020.

⁴⁴ Apartado VII de la Exposición de motivos del Anteproyecto de LECRIM de 2020.

⁴⁵ Cfr. la STC 97/2019, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 3.

⁴⁶ Cfr. la STC 97/2019, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 3.

cual responde al parámetro de control externo del juicio de ponderación que debe realizarse según la STC 97/2019.

No obstante, aunque exista dicha conexión jurídica suficiente entre el acto de obtención de la prueba que ha vulnerado el derecho fundamental sustantivo y su utilización en el proceso, señala el art. 21.1 que se admitirán tales pruebas “*cuando las partes acusadoras puedan demostrar que habrían llegado a obtenerlas por medio de un medio distinto y lícito*”, asumiendo la doctrina del descubrimiento inevitable.

Finalmente, el art. 21.2 establece un límite absoluto para la admisión de pruebas, puesto que “*en ningún caso se admitirán las pruebas que, directa o indirectamente, procedan de actos constitutivos de torturas, tratos inhumanos o degradantes*”, reiterando la declaración contenida en el art. 5.3 de este Anteproyecto de 2020. Esta regla explícita un límite infranqueable que, en realidad, deriva del segundo parámetro de control de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, contenido en el art. 21.1⁴⁷.

Analizando este art. 21 del Anteproyecto de LEGRIM de 2020, podría parecer a primera vista que son pocas las excepciones expresamente previstas a la regla de exclusión de la prueba ilícita. Y sin embargo es al revés, siendo esta regulación la más restrictiva de las previstas hasta ahora, al igual que la STC 97/2019, en la que se basa, que establece la máxima restricción en cuanto a la exclusión de la prueba ilícita. En el Anteproyecto de 2020 la prueba obtenida, directa o indirectamente, con violación de un derecho fundamental sustantivo ya no vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías por el mero hecho de incorporarse y valorarse en el proceso penal. Como hemos visto, para que entre en juego la regla de exclusión probatoria es preciso que exista una conexión entre la vulneración del derecho fundamental sustantivo y la utilización de la prueba en el proceso, de manera que se haya buscado la infracción del derecho fundamental como medio para obtener una ventaja procesal; o bien la vulneración del derecho fundamental sea de especial gravedad; o finalmente, cuando la admisión de la prueba pueda favorecer violaciones posteriores del derecho fundamental afectado.

Por tanto, como ya dijimos la examinar la doctrina Falciani, el art. 21 del Anteproyecto de 2020 supone la máxima restricción de la regla de exclusión de la prueba ilícita, puesto que las pruebas obtenida vulnerando derechos fundamentales sólo se excluirán cuando entre la violación del derecho fun-

⁴⁷ Se refiere expresamente a este parámetro de control, incluido en la perspectiva interna, la STC 97/2019, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 3.

damental sustantivo y la integridad del proceso justo (o proceso con todas las garantías) exista un nexo que evidencie una necesidad específica de tutela, consistente en la exclusión de la prueba ilícita⁴⁸. Además, aunque se trate de prueba ilícita, no se excluirá en el caso de descubrimientos inevitables. No obstante, se excluirán, en todo caso, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, por medio de torturas o tratos inhumanos o degradantes.

Aunque el alcance dado a la regla de exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales por el Anteproyecto de LECRIM de 2020 nos parezca inadecuado por demasiado restrictivo, sin embargo, entendemos que los trámites establecidos para la depuración de la prueba ilícita sí resultan satisfactorios. En efecto, el control y la depuración de este tipo de prueba se realiza en la fase intermedia, ante el Juez de la Audiencia Preliminar en vez del tribunal competente para el enjuiciamiento, preservando así la imparcialidad de este último, que no entrará en contacto con las pruebas ilícitas; y con posibilidad de practicar prueba en la audiencia preliminar para acreditar o rechazar la ilicitud probatoria. Como señala la Exposición de motivos, *“la presente ley establece un juicio de acusación pleno, al que no se sustrae la función esencial de depurar los materiales ilícitamente obtenidos. Se ha optado, en efecto, por llevar la depuración de la prueba ilícita a su trámite natural, que es el juicio de acusación o confirmación de cargos. De este modo, la audiencia preliminar sirve para someter a completa revisión y depuración la actuación investigadora llevada a cabo, autónomamente por el Ministerio Fiscal, impidiendo el acceso al juicio oral de aquellos materiales que han sido ilícitamente obtenidos y evaluando, al tiempo, si los elementos restantes son suficientes para justificar la apertura del juicio oral. Con ello, se salvaguarda la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento, que, al quedar eximido de la función de depuración de la prueba, carece de todo contacto previo con los materiales investigadores y puede proceder al enjuiciamiento del hecho sin ningún prejuicio o idea preconcebida basada en el examen preliminar de meros actos de investigación”*⁴⁹.

En la fase intermedia, las partes acusadas presentarán sus escritos de defensa, como respuesta a los escritos de acusación, presentados al final del procedimiento de investigación. El escrito de acusación debe incorporar, en escritos separados, la calificación provisional y la proposición de prueba, por un lado; y la fundamentación de la acusación, por otro. Por su parte, el escrito de defensa se compone de la calificación provisional y la proposición

⁴⁸ Cfr. la STC 97/2019, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 3.

⁴⁹ Apartado LXX de la Exposición de motivos del Anteproyecto de LECRIM de 2020.

de prueba, y también puede incorporar cualquiera de las impugnaciones propias del juicio de acusación: el carácter ilícito de la prueba propuesta por la acusación y la improcedencia de la apertura del juicio oral por concurrir un supuesto de sobreseimiento, con posibilidad de solicitar la práctica de diligencias de prueba en ambos casos, además de acompañar los documentos que apoyen sus pretensiones de sobreseimiento y de exclusión de pruebas⁵⁰.

Así pues, la defensa puede en su escrito impugnar la acusación, denunciando el carácter ilícito de la prueba propuesta por la acusación [art. 609.1 a)]. En el escrito de impugnación se deben hacer constar los motivos de la ilicitud probatoria denunciada, expresando su fundamento y acompañando los documentos que apoyen la pretensión de exclusión de pruebas; y proponer las diligencias que hayan de practicarse en relación con la ilicitud de las pruebas propuestas por las acusaciones (art. 610).

La audiencia preliminar sólo tiene lugar cuando se haya impugnado la acusación formulada, con el objeto precisamente de resolver sobre la misma. El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de los escritos de defensa a las demás partes, quienes pueden alegar por escrito sobre las impugnaciones efectuadas y sobre las diligencias propuestas. Además, al formular sus alegaciones, las partes acusadoras podrán proponer diligencias para acreditar la validez de las pruebas impugnadas por la defensa. A continuación, el Juez de la Audiencia Preliminar resolverá sobre las diligencias propuestas por todas las partes en relación con la ilicitud de las pruebas, admitiendo las que sean útiles y pertinentes, que se practicarán en la audiencia preliminar en la forma establecida para la práctica de la prueba en el juicio oral (art. 617).

Los arts. 619 a 621 establecen en concreto el régimen de depuración de la prueba ilícita, es decir, regulan la resolución del Juez de la Audiencia Preliminar sobre la ilicitud probatoria denunciada, la posibilidad de recursos contra la misma y sus efectos. El juez resuelve sobre la ilicitud probatoria una vez celebrada la audiencia preliminar, por tanto, por medio de una resolución escrita, concretamente, por medio de auto. Las pruebas declaradas ilícitas no podrán ser utilizadas por las acusaciones en el juicio oral, y los materiales que las sustentan tampoco podrán ser tenidos en cuenta por el juez para valorar la suficiencia del fundamento de la acusación que justi-

⁵⁰ Según el art. 609.2, los responsables civiles solo pueden impugnar la acusación para denunciar la ilicitud de alguna de las pruebas que directamente les afecten. No pueden, en cambio, solicitar el sobreseimiento.

fique la apertura del juicio oral (art. 619)⁵¹. Contra el auto que desestime la impugnación de la prueba ilícita no cabe recurso. En cambio, contra el auto que estime la impugnación y excluya la prueba ilícita pueden interponer recurso de apelación las partes acusadoras, teniendo este recurso de apelación efecto suspensivo (art. 620)⁵². Finalmente, desestimada la impugnación, la denuncia de ilicitud probatoria no podrá ser reiterada ante el tribunal de enjuiciamiento, sin perjuicio de hacerla valer en el recurso contra la sentencia (art. 621). A este respecto, el art. 733.1 prevé que el condenado puede interponer recurso de apelación contra la sentencia para instar la revisión de la valoración de la prueba, entre otras cuestiones, en todo lo relativo a la suficiencia, la validez y la licitud de la prueba de cargo.

El recurso de apelación, con efecto suspensivo, contra la resolución que excluya la prueba ilícita merece una atención especial. Y es que dotar de efecto suspensivo a la apelación contra una resolución de efecto negativo o excluyente, como es el caso, carece de sentido. En puridad, el efecto suspensivo de la apelación significa que queda en suspenso y sin efecto, mientras no se resuelva la apelación, el contenido de la resolución recurrida. Por tanto, la exclusión de la prueba ilícita quedará en suspenso en tanto no se resuelva la apelación, que creo que no es lo que pretendía el redactor del Anteproyecto de LECRIM de 2020. Sobre esta cuestión, expresa el apartado LXX de su Exposición de motivos: *“La atribución de la función de depuración de la prueba al Juez de la Audiencia Preliminar se complementa, en el texto de la ley, con la articulación de un recurso de apelación con efecto suspensivo. De este modo, cuando el juez de la fase intermedia excluya determinadas pruebas por razón de su carácter ilícito, la decisión definitiva sobre su acceso al plenario podrá producirse antes de que dé comienzo el juicio oral”*. Si lo que se pretende, como se dice, es que la decisión sobre la exclusión de la prueba ilícita sea definitiva antes del comienzo del juicio oral, esto no puede conseguirse a través del efecto suspensivo de la apela-

⁵¹ El art. 624.2 establece que, en los casos en los que el fiscal haya retrasado injustificadamente el acto de la primera comparecencia, aunque sin causar un perjuicio irreparable para el derecho de defensa del acusado (supuesto en el que procede el sobreseimiento), el juez, para restaurar el equilibrio indebidamente quebrantado, podrá acordar la nulidad de los actos investigadores realizados sin previo traslado de cargos, así como de las pruebas que de dichos actos se deriven. Según el apartado LVIII de la Exposición de motivos del Anteproyecto de LECRIM de 2020, en este caso se da a los materiales investigadores un tratamiento similar a la prueba ilícita, al tratarse de materiales recogidos vulnerando el derecho de defensa.

⁵² La previsión del recurso de apelación en este caso coincide con lo dispuesto en el art. 722.1, que, al regular el recurso de apelación contra autos, sólo lo permite contra los autos de sobreseimiento y contra los autos que declaren que la prueba ha sido obtenida con violación de derechos fundamentales, excluyéndola del procedimiento.

ción, que no significa que la interposición de la apelación suspenda el curso del proceso penal. Por el contrario, lo que debería establecerse es, por una parte, que la tramitación de esa apelación sea preferente; y, por otra, que su resolución condicione la celebración de las sesiones del juicio oral, de manera que éstas no den comienzo hasta que la apelación contra el auto que excluya las pruebas ilícitas esté resuelta.

Resuelta la apelación y confirmada la ilicitud probatoria, la prueba en cuestión quedará definitivamente excluida del procedimiento, sin que quepa intentar su readmisión en el juicio oral ante el tribunal de enjuiciamiento⁵³. Cabe plantearse el supuesto contrario, es decir, si el tribunal de enjuiciamiento puede apreciar, de oficio, la ilicitud de una prueba en el juicio oral. Aunque no está previsto y resulta ajeno al sistema de control de la prueba ilícita previsto en Anteproyecto de 2020, probablemente habría que admitir dicha posibilidad con base en el art. 240.2 de la LOPJ⁵⁴, salvo que en la tramitación posterior del Anteproyecto se decida excluirla expresamente, del mismo modo que el art. 621 prohíbe a las partes reiterar la denuncia de la ilicitud probatoria ante el tribunal de enjuiciamiento⁵⁵.

VI. CONCLUSIONES

En estas conclusiones vamos a reflejar únicamente nuestra opinión sobre el régimen previsto para la prueba ilícita en el Anteproyecto de LECRIM de 2020. Consideramos que el alcance de la regla de exclusión establecida en el art. 21 es inadecuado, por restrictivo, igual que la doctrina contenida en la STC 97/2019, de 16 de julio, que se incorpora en el precepto. Además, dicho precepto (y la doctrina jurisprudencial a la que responde) exige, para determinar el alcance de la regla de exclusión probatoria, la realización de un juicio de ponderación que resulta complejo y que dificultará la labor de los tribunales ordinarios que, no se olvide, no cuentan ni con el tiempo ni con los letrados altamente cualificados de los que sí dispone el TC. Por

⁵³ Y parece que tampoco a través de la apelación contra la sentencia, ya que el art. 733 del Anteproyecto de LECRIM de 2020 sólo permite revisar la valoración de la prueba con base en la ilicitud de la prueba de cargo al condenado.

⁵⁴ Así lo considera el Informe del Consejo Fiscal, de 7 de julio de 2021, al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 2020, p. 528.

⁵⁵ También podría plantearse si el tribunal encargado del enjuiciamiento puede controlar de oficio las pruebas ilícitas que la defensa no haya impugnado en la fase intermedia, en el auto de admisión de prueba que debe dictar inadmitiendo la prueba impertinente o inútil en la preparación del juicio oral. Y ello, al amparo del art. 635.2 a) del Anteproyecto de LECRIM de 2020, que le permite rechazar de oficio la prueba que “consista en una actividad prohibida por la ley”.

último, parece un error trasladar casi literalmente a un texto legal una regla jurisprudencial restrictiva que puede evolucionar⁵⁶.

Por su parte, el sistema de control de la prueba ilícita previsto en el Anteproyecto de LECRIM de 2020 resulta coherente. A diferencia de las propuestas legislativas de 2011 y 2013, el establecimiento de un trámite para la depuración de la prueba ilícita en la fase intermedia, con posibilidad de practicar prueba para acreditar o rechazar la ilicitud probatoria, hace que esta cuestión se decida por el Juez de la Audiencia Preliminar y llegue resuelta al juicio oral. Desaparece con ello la posibilidad de contaminación del tribunal encargado del enjuiciamiento, a quien corresponderá, dentro de los trámites de preparación del juicio oral, la inadmisión de la prueba impertinente o inútil, pero no la resolución sobre la ilicitud probatoria, como tampoco la decisión sobre la suficiencia del fundamento de la acusación, que se realizan en la fase intermedia y corresponden al Juez de la Audiencia Preliminar⁵⁷. Este juicio general favorable, no obsta a que, también existan aspectos puntuales necesitados de revisión, como el referido al recurso de apelación contra el auto que excluya la prueba ilícita, cuya regulación es mejorable en cuanto al efecto suspensivo previsto.

VII. ANEXO BIBLIOGRÁFICO

ARMENTA DEU, T. (2011), *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons.

ARMENTA DEU, T. (2020), “Prueba ilícita y regla de exclusión: perspectiva subjetiva”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales*. Vicente Gimeno Sendra. *Liber amicorum* (J. M^a. Asencio Mellado, dir.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.

ASENCIO MELLADO, J. M^a. (2012), “Prueba ilícita: declaración y efectos”, *Revista General de Derecho Procesal*, n^o 26.

ASENCIO MELLADO, J. M^a. (2013), “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”, *Diario La Ley*, n^o 8009, de 25 de enero de 2013.

ASENCIO MELLADO, J. M^a. (2013), “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, *Diario La Ley*, n^o 8026, de 19 de febrero de 2013.

⁵⁶ A este respecto, resultan discutibles las palabras del apartado VI de la Exposición de motivos del Anteproyecto de LECRIM de 2020, según las cuales la STC 97/2019 ha cerrado “*por fin*” la doctrina constitucional sobre la materia.

⁵⁷ En cambio, el Informe del Consejo Fiscal, de 7 de julio de 2021, al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 2020, pp. 526-528, considera que la adecuada apreciación de la ilicitud probatoria requeriría la práctica de toda la prueba propuesta y debería realizarse por el tribunal de enjuiciamiento. Por ello, propone la eliminación de la función depuradora de la ilicitud probatoria de la audiencia previa, quedando ésta reservada únicamente al juicio de acusación.

- ASENCIO MELLADO, J. M^a. (2019), “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, nº 9499, de 16 de octubre de 2019.
- CUADRADO SALINAS, C. (2021), *Fundamento y efectos de la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Análisis teórico y jurisprudencial de la regla de exclusión en los EEUU, Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y España*, Tirant lo Blanch.
- DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTIN MORALES, R. (2001), *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2020), “Algunas ideas sobre la prueba ilícitamente obtenida”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum* (J. M^a. Asencio Mellado, dir.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- FUENTES SORIANO, O. (2020), “La prueba prohibida aportada por particulares, a la luz de las nuevas tecnologías”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum* (J. M^a. Asencio Mellado, dir.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2019), “La eficacia de las pruebas penales obtenidas en el extranjero al amparo del régimen convencional: apogeo y declive del principio de no indagación”, en *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea* (M^a. I. González Cano, dir.), Tirant lo Blanch.
- GIMENO SENDRA, V. (2013), “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASENCIO)”, *Diario La Ley*, nº 8021, de 12 de febrero de 2013.
- 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, de 20 de febrero de 2013.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2008), “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en *Prueba y proceso penal (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)* (J. L. Gómez Colomer, coord.), Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. (2009), *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2005), *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor.
- NADAL GÓMEZ, I. (2016), “El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40.
- PICÓ I JUNOY, J. (2017), “La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Fuentes Soriano, O., coord.), Tirant lo Blanch.

- PICÓ I JUNOY, J. (2017), “Problemas de la denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal”, en *El proceso penal en ebullición* (Roca Martínez, J. M^a, y Loredó Colunga, M., coords.), Atelier.
- PICÓ I JUNOY, J. (2020), “La prueba ilícita: un concepto todavía por definir”, *La Ley Probática*, nº 1, tercer trimestre de 2020.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2014), *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial*, Thomson Reuters Aranzadi.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2020), “El largo y tortuoso camino de la prueba prohibida en nuestra jurisprudencia”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum* (J. M^a. Asencio Mellado, dir.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.

EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020¹

Special procedure for intervention of the European Public Prosecutor's office in the draft of Spanish Criminal Procedural Law of 2020

Begoña VIDAL FERNÁNDEZ

Prof. Titular de Derecho Procesal

Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Valladolid

begonia.vidal@uva.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES PLANTEADAS POR LA DOCTRINA ANTE LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL SISTEMA PROCESAL PENAL ESPAÑOL PARA INTRODUCIR LA INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA. III. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO FISCAL. IV. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL PRE-LEGISLADOR: PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA. 1. Disposiciones Generales. 1.1. Ámbito de actuación. 1.2. Competencia judicial. 1.3. Régimen especial de las partes. 1.4. Deber general de colaboración. 2. Iniciación del procedimiento. 2.1. Iniciación por investigación del Fiscal Europeo Delegado. 2.2. Iniciación por ejercicio del derecho de avocación. 2.3. Comunicación entre autoridades. 2.4. Decreto de incoación. 3. Impugnación excepcional del decreto de incoación. 3.1. Procedimiento. 3.2. Resolución. 3.3. Cuestión prejudicial. 4. Tramitación del procedimiento y terminación de la investigación. 4.1. Tramitación del procedimiento. 4.2. Finalización. 4.3. Decreto de conclusión. V. CONCLUSIONES. VI. CONSIDERACIÓN FINAL. VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

Resumen: El ALECRIM de 2020 introduce un procedimiento especial para la intervención de la FE en los procesos penales españoles por delitos contra los intereses financieros de la UE, que sigue el modelo de proceso penal acusatorio del que parte el Reglamento (UE) 2017/1939 de 12 de octubre, por el que se establece una

¹ Trabajo realizado en el marco de los proyectos de investigación: "Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas" Plan Nacional I+D+I Ministerio de Ciencia e Innovación-PID2020-116848GB-I00 (II.PP. Coral Arangüena Fanego y Montserrat de Hoyos Sancho), "La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal. Su influencia en el proceso español" Proyectos de I+D de Generación de conocimiento del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades-PGC2018-094209-B-I00 (IP Mar Jimeno Bulnes).

cooperación reforzada para la creación de una Fiscalía Europea. La doctrina especializada y la Fiscalía española adelantaron los problemas y propusieron soluciones para hacer posible la actuación de la Fiscalía Europea en el proceso penal español. Se analizó esta pre-norma, en la que se han detectado algunas incoherencias y fricciones, y se hace una valoración de la propuesta a la vista de las aportaciones académicas y de los fiscales.

Palabras Clave: Fiscalía Europea, procedimiento de investigación, medidas de investigación, decreto de incoación, Fiscal Europeo Delegado, acción penal

Abstract: The Draft of Spanish Criminal Procedural Law of 2020 inserts a special procedure for intervention of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) in Spanish criminal proceedings pursuing crimes against EU financial interests, according to the adversarial procedural system model, as stated by the EU Regulation 2017/1939 about the enhanced cooperation on the establishment of the EPPO. Specialized authors and Spanish Prosecutors advanced the problems and proposed solutions to allow the intervention of the EPPO in Spanish criminal process. The analysis of this draft has been done, and some of the inconsistencies and frictions have been seen. An assessment is made in view of the contributions of academics and prosecutors.

Key Words: European Public Prosecutor's Office, procedure of investigations, investigation measures, decree of initiation, European Delegated Prosecutor, Prosecution

ABREVIATURAS

Directiva PIF: 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.

FE: Fiscalía Europea

FED: Fiscal Europeo Delegado

FGE: Fiscalía General del Estado

LOFE: 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.

MF: Ministerio Fiscal

op. cit.: obra citada

RFE: Reglamento (UE) 2017/1939 de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea

UE: Unión europea

I. INTRODUCCIÓN

El ALECRIM de 2020 introduce un procedimiento especial para la intervención de la FE en los procesos penales que se sigan en España por delitos contra los intereses financieros de la UE, para hacer posible la aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 de 12 de octubre de 2017, por el que se

establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (RFE).

En principio el Reglamento no tiene que afectar al modo en que se organizan las investigaciones penales en los sistemas nacionales de los Estados miembros², pero en realidad tal afirmación solo resulta válida en relación con las distintas variantes de modelo acusatorio que separan la dirección de la investigación del delito de la función de garantizar los derechos fundamentales de las personas investigadas. Cuando ambas funciones están atribuidas a una misma autoridad pública, como es el caso de España, la implantación de la Fiscalía Europea requiere modificaciones en el sistema procesal³, que permitan que el órgano de la Unión Europea competente (la Fiscalía Europea) asuma las funciones de investigación y promoción de la acción penal, dejando que la autoridad judicial nacional, se encargue de velar por la salvaguardia de los derechos fundamentales.

No obstante, no es cierto como se ha afirmado en el texto del anteproyecto, que sea imprescindible este cambio como consecuencia de la adaptación del proceso penal español para hacer posible la intervención de la Fiscalía Europea, pues como se recoge en el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento español al Reglamento 2017/1939 sobre la Fiscalía Europea⁴, “de las disposiciones del Reglamento cabe al mismo tiempo inferir un escenario diferente, ... donde coexistirían la dirección de la investigación por la Fiscalía Europea, en el marco de la competencia definida en el RFE y, por remisión de éste, en la Directiva de Protección de los Intereses Financieros (Directiva PIF)⁵, bajo el control de un juez de garantías en el Derecho nacional, y la dirección de la investigación por un juez de instrucción fuera del ámbito de competencias reservado al Fiscal Europeo en el Reglamento”. Porque si bien hay aspectos que se imponen directamente desde el Reglamento sin dejar margen de ac-

² Considerando (15) del Reglamento 2017/1939 de la Fiscalía Europea.

³ Exposición de Motivos ALECRIM apartado III. “Ese es el modelo generalmente aceptado en los países de nuestro entorno y el que, con las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión y del Reglamento 2017/1939, puede considerarse ya parte del acervo jurídico característico de la Unión Europea. En estos artículos se regula el procedimiento para permitir la actuación de la FE ante los tribunales españoles en los casos en los que éstos son competentes, pero cuya instrucción corresponde a la FE”.

⁴ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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, aprobado por Acuerdo del Pleno el 25 de marzo de 2021. Ponentes los Vocales: Juan Manuel Fernández Martínez y Rafael Mozo Muelas, parágrafo 41.

⁵ 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.

tuación como son los relativos a la organización, competencia y funciones de la Fiscalía Europea, a su intervención en las distintas fases del procedimiento y al control de las autoridades judiciales en garantía de los derechos fundamentales, fuera de los mismos los Estados pueden llevar a cabo la adaptación de sus ordenamientos internos⁶.

El pre-legislador introduce, en relación con la FE, un procedimiento que sigue el modelo plenamente acusatorio, aunque circunscrito a los procesos que son de la competencia de la FE, y establece la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estas disposiciones contenidas en el ALECRIM tienen total coherencia sistemática con la norma en la que se integran, pero la aplicación de este procedimiento especial sin la vigencia del nuevo proceso penal de la pre-norma, provoca tensiones y fricciones. Este panorama ha impulsado la reacción de los especialistas, fundamentalmente de la academia y del Ministerio Fiscal⁷, planteando los problemas que se avecinan y en ocasiones proponiendo soluciones.

II. CUESTIONES PLANTEADAS POR LA DOCTRINA ANTE LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL SISTEMA PROCESAL PENAL ESPAÑOL PARA INTRODUCIR LA INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA

La doctrina procesalista española ha venido analizando detenidamente los cambios que va a suponer atribuir la investigación criminal al Ministerio Fiscal en la nueva regulación para el enjuiciamiento criminal. Dentro de estos estudios algunos autores se han dirigido específicamente al análisis crítico de las consecuencias de la intervención de la Fiscalía Europea en el proceso penal español conforme a la legislación vigente, es decir en relación con el proceso penal regulado por la LECRIM de 1882, y proponen los cambios que el legislador debería acometer para llevar un proceso penal diseñado en el siglo XIX al siglo XXI en una comunidad que se caracteriza por la internacionalidad de las relaciones⁸.

⁶ Contenido en la Conclusión SEGUNDA del Informe del CGPJ de 12 de marzo de 2021, cit.

⁷ El Consejo Fiscal recibió la solicitud del informe sobre el ALECRIM de 4 de noviembre de 2020, el 23 de febrero de 2021 y lo emitió el 7 de julio de 2021. El Consejo General del Poder Judicial no ha publicado todavía su informe al ALECRIM, cuya solicitud tuvo entrada en el Consejo también el 23 de febrero de 2021.

⁸ Sin ánimo exhaustivo, cabe señalar entre otros: ARMENTA DEU, T. (2021), "Fiscalía Europea. Su incidencia en el ordenamiento procesal español", en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano)*, V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dirs), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 145 a 171. BACHMAIER WINTER,

De entre las numerosas cuestiones suscitadas por la doctrina destacamos las siguientes que se dirigen a este procedimiento y que necesitan ser resueltas. Al final del trabajo comprobaremos si el pre-legislador lo ha hecho satisfactoriamente.

La primera de las cuestiones que ha de ser respondida es si es necesario crear un proceso penal especial para el enjuiciamiento de los delitos cuya instrucción es competencia de la FE con aplicación supletoria de la regulación del proceso penal nacional, o si por el contrario es preferible identificar las especialidades e insertar las correspondientes especificaciones a lo largo de la regulación del proceso penal español para articular la intervención de la FE en las causas en las que es competente. La doctrina se viene inclinando por la primera solución⁹ como la menos mala¹⁰, aunque no esté exenta de problemas ya que aplicar supletoriamente en una causa con elemento transfronterizo, la legislación prevista para un proceso interno, sin duda va a generar fricciones puntuales.

Otra de las cuestiones planteadas es la situación orgánica de los Fiscales Europeos Delegados (FED), es decir de los fiscales nacionales que actúan como fiscales europeos en el territorio de cada Estado miembro¹¹. Según el RFE es posible establecer una figura mixta (sistema de “doble sombrero”) que les permita actuar como órgano nacional y también como europeo cuando la causa sea competencia de la FE. Sin embargo esta posibilidad ha

L. (2018) “Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea”, en *La Fiscalía Europea*, L. Bachmaier Winter (Coord.), Marcial Pons, pp. 145 a 172. GIL GARCÍA, F.S. (2021), “Consideraciones generales sobre el sistema de atribución y ejercicio de la competencia de la Fiscalía Europea en el proceso penal español: análisis y evaluación de sus principales elementos de interacción”, en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano)*, V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dir.), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 241 a 264. GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), “La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal penal español”, en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano)*, V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dir.), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 217 a 240. PÉREZ ENCISO, P. (2018), “El intercambio y tratamiento de información entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales. El sistema de gestión de casos”, en *La Fiscalía Europea*, L. Bachmaier Winter (Coord.), Marcial Pons, pp. 277 a 312. PÉREZ MARÍN, M^a A (2021), “The European Public Prosecutor’s Office-Protecting the Union’s Financial Interests through Criminal Law”, *eucri 2020/1*, pp. 36 a 40. RODRÍGUEZ PADRÓN, C. (2021), “El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: implicaciones orgánicas (1)”, *Diario La Ley* n^o9826 de 9 de abril. RUEDA NEGRI, J.M. (2021), “Investigaciones transfronterizas de la Fiscalía Europea y su incidencia en materia probatoria”, en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano)*, V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dir.), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 173 a 190. SATZGER, H. (2018), “La Fiscalía Europea y su coordinación con las fiscalías nacionales: en pro de un modelo de complementariedad”, en *La Fiscalía Europea*, L. Bachmaier Winter (Coord.), Marcial Pons, pp. 77 a 95.

⁹ Así lo reconoce ARMENTA DEU, T. (2021), *op. cit.*, p. 157.

¹⁰ GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *op. cit.*, pp. 231-232.

¹¹ Señalada por, entre otros, GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *op. cit.*, p. 226.

sido criticada porque además de poner en entredicho la necesaria objetividad e imparcialidad de la fiscalía, crea una situación inasumible cuando el FED nombrado es un magistrado, como así ha ocurrido en España¹². Junto a ello se ha señalado que la opción por ese sistema de “doble sombrero” generaría otras disfunciones. Así, por una parte, haría preciso modificar la rúbrica de la LOPJ sobre la extensión y límites de la Jurisdicción española, incluyendo “Extensión y límites de la instrucción en país europeo por el Fiscal Europeo”. Adelantamos ya que el ALECRIM no ha abordado esta cuestión omitiendo cualquier pronunciamiento sobre la situación orgánica de los FED.

Por otra parte, se plantea la necesidad de determinar qué autoridad nacional será la competente en caso de “discrepancia”, es decir de surgimiento de una cuestión de competencia, entre la Fiscalía Española y la FE. Según el RFE la autoridad competente para resolverla tiene que ser una autoridad nacional. Aquí podría ser el Presidente del TS o el Fiscal General del Estado¹³. Con carácter general, la doctrina se ha inclinado por la Fiscalía General del Estado (FGE)¹⁴.

La siguiente cuestión a aclarar en la norma procesal española es el modo de hacer llegar la *notitia criminis* al FED. Para mayor eficacia resulta aquí imprescindible la colaboración de todas las autoridades. Y por ello se ha considerado que el camino por el cual llega el conocimiento de los hechos al FED tiene que pasar necesariamente por la FGE, centralizando toda la información y su distribución.

También es necesario determinar si la competencia para la actuación investigadora de los FED debe distribuirse atendiendo al lugar de comisión del delito o si debe centralizarse. Para gran parte de la doctrina¹⁵ esta segunda opción es la más adecuada, concentrada en la Audiencia Nacional a efectos de mayor eficacia.

¹² De los 7 FED españoles: Oihana Azcue Labayen, Víctor Joaquín González-Herrero González, Gloria Yoshiko Kondo Pérez, María Elena Lorente Pablo, Olga Muñoz Mota, Laura Pellón Suárez de Puga y Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, todos son fiscales menos el último que es Magistrado. (Orden JUS/337/2021, de 6 de abril, por la que se resuelve el procedimiento selectivo para la designación de Fiscales Europeos Delegados, convocado por la Orden JUS/30/2021, de 22 de enero). En la Orden del Ministro de Justicia se nombran también los FED de reserva: Manuel Olmedo Palacios, María Fátima Valencia Fernández, Luis Pastor Motta, Rosa Frías Martínez y Antonio Zárate Conde. La fiscal María Elena Lorente renunció a su nombramiento, y su dimisión fue aprobada por el Colegio de la Fiscalía Europea por Decisión de 26 de mayo 2021, con efectos desde su renuncia el 18 de mayo 2021 (COLLEGE DECISION 066BIS/2021).

¹³ Así lo plantea GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *op. cit.*, p. 227.

¹⁴ ARMENTA DEU, T. (2021), *op. cit.*, p. 152.

¹⁵ Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *op. cit.*, p. 227.

El RFE obliga a incluir en nuestro sistema una figura hasta ahora no existente: el Juez de Garantías. Ello exige la necesaria modificación de la LOPJ, y que se regule en el ALECRIM su competencia y el procedimiento para solicitar medidas o impugnar las acordadas por el FED¹⁶. A su vez, la posibilidad de impugnar los decretos del FED abre una nueva disyuntiva, porque si se admite la recurribilidad generalizada de los decretos del FED se judicializa la instrucción, pero no prever recurso contra las decisiones del FED con efectos jurídicos externos supone vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, y el propio RFE establece que los actos procesales del FED tienen que ser controlados por los órganos judiciales nacionales¹⁷. Como solución GÓMEZ COLOMER propone distinguir tres tipos de actuaciones del fiscal¹⁸: en primer lugar, las dirigidas a obtener la autorización judicial para la realización de actos que afectan a la libertad de las personas o que deben ser judicialmente garantizados así como las que ponen fin a la instrucción, en estos casos debería ser impugnabile la autorización judicial si se dicta, en el momento procesal en el que se ordene. En segundo lugar, las dirigidas a realizar actos procesales no garantizados, que no deberían ser recurribles, sin perjuicio de alegar en contra en el recurso que se presente contra la resolución definitiva que en su día se dicte. Y, en tercer lugar, las actuaciones procedimentales de mero trámite que tienen que ser irrecurribles, salvo cuando causen indefensión, que serían impugnables con ocasión de la resolución que ponga fin a la instrucción.

En relación con las partes, señala GÓMEZ COLOMER¹⁹ que el problema que se puede plantear deriva de la amplitud con la que está prevista su intervención en el sistema español. Por una parte, en el proceso penal español se prevé la posibilidad de acusación popular, que no se contempla en el RFE. Y, por otra parte, nuestro sistema prevé el ejercicio acumulado de la acción civil a la penal. En los procesos en los que intervenga la FE se plantea el problema de posible concurrencia de administraciones como actores civiles y junto a ellas eventualmente otras víctimas. Para ARMENTA DEU, la solución está en aclarar que en la legislación española el FED puede ejercer la acción penal pero no la civil²⁰.

¹⁶ Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *op. cit.*, p. 228.

¹⁷ Artículo 42.1 RFE.

¹⁸ Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *op. cit.*, p. 229-230. Se fija en cómo resuelven esta cuestión los ordenamientos inglés, estadounidense, alemán e italiano, en los que es el MF quien investiga los crímenes.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 234.

²⁰ ARMENTA DEU, T. (2021), *op. cit.*, p. 156 y 159.

También destaca la doctrina especializada los problemas para determinar la amplitud de las facultades para investigar de los FED, así como para adoptar medidas cautelares reales y personales.

En el Reglamento se recoge el modo de actuar de la FE en las investigaciones y para la obtención y/o práctica de pruebas transfronterizas, con la colaboración de EUROJUST. Pero ha de ser el derecho español el que regule la ejecución de una medida cuando corresponda al juez nacional²¹.

Por último, la doctrina también ha puesto de relieve la necesidad de revisar y completar las causas de sobreseimiento del procedimiento de investigación contemplados en el RFE (o “archivo” en la terminología del Reglamento), ya que no se incluyen dos: sobreseimiento por inexistencia del hecho o cuando de existir no es constitutivo de delito.

III. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO FISCAL

La posición de la Fiscalía española es claramente crítica²² con la opción del pre-legislador del ALECRIM, ya que considera que no era imprescindible para la adaptación del proceso penal español al RFE, y que es intencionado para anticipar las soluciones procesales que contiene el ALECRIM, lo que obliga a encajar dos sistemas procesales opuestos, dado que la LECRIM de 1882 sigue vigente y se aplica supletoriamente²³.

El Informe aprobado por el Consejo Fiscal sobre el ALECRIM es una clara muestra de esta posición. Se trata de un Informe de 700 páginas, y de ellas solamente dedica tres al análisis de la regulación de este procedimiento, las cuales las utiliza para poner de manifiesto que está mejor regulado en la LO

²¹ GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *op. cit.*, p. 237.

²² NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. (2020), “Dirección de la investigación por el Fiscal Europeo. Limitaciones de derechos fundamentales y secreto de las actuaciones”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n° 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, pp. 83 a 107. SEGURA RODRIGO, M. (2020), “El proceso penal español en el que interviene la Fiscalía Europea”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n° 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, pp. 6 a 29. ZARAGOZA AGUADO, J.A. (2020), “El Ministerio Fiscal español y la Fiscalía Europea. Su configuración institucional. La autonomía y la independencia en su estatuto jurídico. Conflictos de competencia y mecanismos de resolución. La Fiscalía Europea y la Orden Europea de Detención”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n° 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, pp. 58 a 107.

²³ También refleja este pensamiento el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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, aprobado por Acuerdo del Pleno el 25 de marzo de 2021. Ponentes los Vocales: Juan Manuel Fernández Martínez y Rafael Mozo Muelas. Apartado 4.

de la Fiscalía Europea (LOFE). Reclama su supresión en el ALECRIM y que su regulación se realice mediante dicha ley especial²⁴.

Como otro de los puntos débiles del sistema español es la verdadera independencia de los miembros del Ministerio Fiscal, el Consejo Fiscal defendió en su Informe sobre el proyecto de orden que regula el procedimiento y configura la comisión de selección de los Fiscales Europeos y Europeos delegados, que la representación fiscal y judicial superase a la político-administrativa en dicha comisión, para respetar las garantías de independencia que se exigen de los candidatos a Fiscales Europeos y Fiscales Europeos Delegados, pero finalmente no ha sido así²⁵.

²⁴ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020, de 7 de julio de 2021, pp. 621 a 623. El trabajo realizado en este Informe es magnífico y resulta muy interesante, por ello merece la pena transcribir los siguientes párrafos (la cursiva es mía):

“Pese a la existencia de un anteproyecto específico de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal prevé también un procedimiento especial para su actuación en el Título IV, dividido en cuatro capítulos: disposiciones generales, iniciación del procedimiento de investigación, impugnación excepcional de la incoación del procedimiento, tramitación del procedimiento y terminación de la investigación. *De los dieciocho preceptos que componen el Título IV, diez reproducen básicamente los del anteproyecto específico de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. La regulación que contiene ese anteproyecto específico para adaptar el Reglamento de la Fiscalía Europea al ordenamiento nacional es, en general, más completa y extensa que la del procedimiento especial que aquí se examina, por ejemplo, en lo relativo a la asunción y devolución de competencia a las autoridades nacionales. La principal diferencia entre ambos anteproyectos es la denominada impugnación excepcional del decreto de la Fiscalía Europea incoando el procedimiento, que se recoge en el Anteproyecto de LECrim pero no en el anteproyecto de adaptación de la Fiscalía Europea. En realidad, la regulación en el Anteproyecto de LECrim en este punto es confusa, ya que otorga legitimación para la impugnación a la Fiscal General del Estado a quien el Reglamento atribuye precisamente facultad decisoria en casos de discrepancia sobre el ejercicio de la competencia entre la Fiscalía Europea y la nacional. Entendemos, por tanto, que lo dispuesto en el Capítulo III sería incompatible con el artículo 25.6 del Reglamento 2017/1939, cuyas previsiones se encontrarían adecuadamente desarrolladas en el artículo 9 del anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional a dicho Reglamento. Por todo lo anterior, para evitar posibles contradicciones, dado el solapamiento entre ambos anteproyectos y teniendo en cuenta que el específico para el funcionamiento de la Fiscalía Europea no solo es más completo, sino que debería entrar en vigor mucho antes que la nueva ley procesal, se propone la supresión completa de este título y que la regulación se haga en virtud de ley especial. No se entrará, por tanto, en este informe en el estudio detallado del procedimiento especial que se propone, remitiéndonos a lo dicho en el informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional a dicho Reglamento evacuado por el Consejo Fiscal”.*

²⁵ Informe de 17 de octubre de 2018, del Consejo Fiscal sobre el proyecto de Orden por el que se regula el procedimiento y se configura la comisión de selección para la designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo y candidatos a Fiscal Europeo Delegado en España, a los que se refieren los artículos 16 y 17 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. Conclusión SÉPTIMA.

La comisión ha sido constituida por Real Decreto 37/2019, de 1 de febrero, por el que se crea la Comisión de selección y se regula el procedimiento para la designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo y candidatos a Fiscal Europeo Delegado en España. Está formada por 4 miembros

IV. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL PRE-LEGISLADOR: PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA

1. DISPOSICIONES GENERALES (ARTS. 818 A 821)

1.1. *Ámbito de actuación (competencia material) de los FED*

El artículo 818 define el marco de actuación de la FE, determinando la competencia objetiva de los FED. En sus distintos apartados introduce en el ordenamiento español el campo material de actuación de la FE fijado por el RFE.

Es de destacar que este precepto está mal numerado, lo que provoca confusión y equívoco como consecuencia de las remisiones a apartados erróneos del mismo.

Dado que la FE debe ejercer la acusación ante los órganos jurisdiccionales nacionales, su competencia tiene que definirse por referencia al derecho penal nacional²⁶.

Para obtener una visión global del ámbito de actuación de los FED conviene tener presente la normativa involucrada: el RFE y el ALECRIM. En primer lugar, el RFE diseña un sistema de procedimiento penal en el que reserva a los FED la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal y la acusación cuando actúen dentro del marco de competencia material, personal y territorial que les confiere, de manera que dentro de ese ámbito los jueces de instrucción españoles (en el modelo actualmente vigente) tienen que ceder su competencia en la investigación cuando la reclame la FE²⁷.

El ALECRIM regula el procedimiento para la actuación de estos fiscales europeos en los procesos penales por delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión Europea siempre que, con arreglo al Reglamento (UE)

político-administrativos, 1 representante del MF y 1 representante de la judicatura: está presidida por la persona titular del Ministerio de Justicia, siendo Vicepresidente la persona titular de la Secretaría de Estado de Justicia, y forman parte de la misma, como vocales:

- a. Un representante de la Fiscalía General del Estado, designado por dicho órgano.
- b. Un representante del Consejo General del Poder Judicial, designado por dicho órgano.
- c. La persona titular de la Secretaría General de la Administración de Justicia.
- d. La persona titular de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Relaciones con las Confesiones y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.
- e. La persona titular de la Dirección General de Integración y Coordinación de Asuntos Generales de la Unión Europea del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

²⁶ Considerando (63) RFE 2017/1939.

²⁷ Así se recoge dentro del párrafo 45 del Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939..., cit.

2017/1939, del Consejo, de 12 de octubre de 2017, sean objeto de investigación por parte de la Fiscalía Europea y deban regirse por la legislación española.

Según establece el artículo 818.2 (*rectius* 818.3) del ALECRIM: *El procedimiento previsto en esta norma resulta aplicable a las siguientes infracciones:*

1º) De los delitos contra la Hacienda de la Unión no referidos a impuestos directos nacionales, tipificados en los artículos 305²⁸, 305 bis²⁹ y 306³⁰ del Código Penal. En el supuesto de ingresos procedentes de los recursos propios del impuesto de valor añadido, los Fiscales Europeos Delegados sólo son competentes cuando los hechos estén relacionados con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan, como mínimo, un perjuicio total de diez millones de euros.

La Fiscalía Europea tiene competencia para investigar los fraudes de los ingresos de recursos propios procedentes del IVA, pero no los fraudes de los ingresos de los impuestos directos propios. Este acotamiento de la competencia plantea problemas a la FE. Y es que una conducta defraudadora de los recursos propios del impuesto de valor añadido habitualmente va de la mano

²⁸ Defraudar, por acción u omisión, “1. ... eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros... 3. Las mismas penas se impondrán a quien cometa las conductas descritas en el apartado 1 y a quien eluda el pago de cualquier cantidad que deba ingresar o disfrute de manera indebida de un beneficio obtenido legalmente, cuando los hechos se cometan *contra la Hacienda de la Unión Europea*, siempre que la *cuantía defraudada excediera de cien mil euros en el plazo de un año natural*.”

No obstante, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en este apartado”.

²⁹ Incrementa la pena cuando la defraudación se cometa concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.

b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.

c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito.

³⁰ “El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta, en *cuantía superior a cincuenta mil euros*, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 305, el pago de cantidades que se deban ingresar o, dando, fuera de los casos contemplados en el artículo 308, a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años”.

de una defraudación de impuestos directos, pues para cometer la primera infracción es preciso “adornarla” de actuaciones falsas que involucran infracciones de impuestos directos (reclamar ilegalmente el reembolso del IVA en un negocio simulado implica deducir ilegalmente los inexistentes gastos vinculados de dicho negocio)³¹. Se podría considerar que sería competente la FE ya que en tales casos las infracciones del IVA y de los impuestos directos estarían “indisociablemente vinculados”³², o en terminología española considerarlos delitos conexos. Sin embargo el problema aparece porque como se ha dicho las infracciones a los impuestos directos están expresamente excluidas de la competencia de la FE: “La FE no será competente respecto de delitos referentes a los impuestos directos nacionales, incluidos los delitos indisociablemente vinculados a ellos”³³. La contradicción que se plantea puede superarse si se interpreta que las infracciones de impuestos directos nacionales también pueden ser objeto de investigación por la FE en cuanto sean delitos instrumentales del principal de defraudación de los recursos propios procedentes del IVA y siempre que la actuación tenga relación con dos o más Estados miembros (es decir, tengan repercusión transfronteriza) y supongan un perjuicio total de al menos 10 millones de euros para la UE³⁴. De no entenderse así se corre el riesgo de anular la capacidad de la FE para investigar fraudes transfronterizos del IVA graves³⁵.

*2º) De la defraudación de subvenciones y ayudas europeas prevista en el artículo 308 del Código Penal*³⁶.

Las conductas penadas consisten en falsear las condiciones para la obtención de subvenciones y ayudas por un valor superior a 100.000 euros o aplicar (en cuantía superior a 100.000 euros) los fondos recibidos a fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos.

³¹ CECARELLI, D. (2021), “A Legal Obstacle in the Regulation?”, *eucri 2021/1: EPPO Now Operational – Perspectives from European Prosecutors*, p. 47.

³² Artículo 22.3 RFE: “La FE también será competente respecto de cualquier otro delito que esté indisociablemente vinculado a un comportamiento constitutivo de delito incluido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del presente artículo”.

³³ Artículo 22.4 RFE.

³⁴ De acuerdo con la aplicación *sensu contrario* del artículo 25.3 en relación con el artículo 22 apartados 3 y 1 RFE.

³⁵ En este sentido CECARELLI, D. (2021), *op. cit.*, p. 48.

³⁶ El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, así como que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, los aplique en una cantidad superior a cien mil euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida.

3º) De los delitos de blanqueo de capitales que afecten a bienes procedentes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, de cohecho activo y pasivo, de malversación de caudales públicos, además de los tipificados en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, cuando afecten a los intereses financieros de la Unión.

4º) De los delitos relativos a la participación en una organización criminal³⁷ cuya actividad principal sea la comisión de alguno de los delitos previstos en los ordinales anteriores.

El concepto de “delitos relativos a la participación en una organización criminal” puede abarcar la pertenencia de una organización delictiva y no solo a la organización y dirección de ésta.

El artículo 818.2 (*rectius* 818.3) añade: “En cualquier caso, la competencia se extenderá a los delitos conexos a los previstos en los tres primeros ordinales, sin perjuicio del efectivo ejercicio de tal competencia de conformidad con el artículo 25.3 del Reglamento (UE) 2017/1939”. El RFE utiliza el concepto de “delitos indisociablemente vinculados”, que parece excesivamente fluido, pero el propio RFE da la clave para su comprensión en el Considerando (54) RFE, a la luz de la jurisprudencia que mantiene como criterio la identidad de los hechos materiales, o hechos sustancialmente idénticos, entendida como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas vinculadas entre sí en el tiempo y en el espacio.

GOMEZ COLOMER propone modificar la definición de delitos conexos para adecuarla a la normativa europea que hace referencia a tres tipos de vínculos: los cometidos para proporcionar los *medios* para cometer los delitos graves, para facilitar la propia *comisión* de éstos, y los cometidos para conseguir la *impunidad* de los delitos graves³⁸.

El ALECRIM los regula en el artículo 39, aclarando que: 1. Se consideran delitos conexos:

a) Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas cuando una regla especial determine la competencia de diferentes tribunales.

b) Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si ha precedido concierto para ello.

³⁷ El artículo 570 bis CP, párrafo segundo del n.1, define organización criminal “A los efectos de este Código”.

³⁸ (2021) “La inserción de la Fiscalía...”, *op. cit.*, p. 233 y en la nota al pie núm. 14, recoge esta distinción del artículo 3.4 del Reglamento (UE) 2018/1727 sobre EUROJUST

c) Los cometidos como medio para perpetrar otros delitos o facilitar su ejecución.

d) Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

e) Los diversos delitos que se atribuyan a una persona cometidos mediante un solo acto u omisión, o aprovechando idéntica ocasión o lugar o que constituyan delito continuado y no hayan sido hasta entonces sentenciados.

f) Los cometidos por diversas personas cuando se derive una lesión o daño recíproco.

En definitiva y a modo de resumen, cabe afirmar que la FE tiene competencia en: 1) delitos que perjudiquen intereses financieros de la UE recogidos en la Directiva PIF tal y como haya sido implementada al ordenamiento jurídico español, pero en el caso del fraude del IVA solo cuando los hechos tengan repercusión transfronteriza y supongan un perjuicio total de al menos 10 millones de euros, incluidos las infracciones a los impuestos directos cuando hayan sido delitos instrumentales del principal de defraudación de recursos propios procedentes del IVA; 2) los delitos relativos a la participación en una organización delictiva que cometa los delitos anteriores, y 3) los delitos conexos con aquellos³⁹.

Finalmente, la FE puede ejercer su competencia en relación con los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la UE, aunque el perjuicio causado o que puedan causar a la Unión no sea superior al causado o que puedan causar a otra víctima, cuando está en mejores condiciones para investigar o para ejercer la acción penal⁴⁰. Pero para esta actuación necesita el consentimiento de la autoridad nacional competentes, que en España es la FGE.

Está previsto en el RFE que, en caso de discrepancia sobre si la FE tiene competencia o no para investigar estos delitos en cuanto instrumentales, corresponde resolverlo a la autoridad nacional designada. El ALECRIM establece en el artículo 818.3 (*rectius* 818.4, de nuevo hay una errata en la numeración) que en caso de *discrepancia entre la Fiscalía Europea y el Ministerio Fiscal acerca de si la conducta presuntamente constitutiva de delito está incluida en este apartado, corresponderá al Fiscal General del Estado decidir a quién corresponde la competencia para investigar los hechos*.

³⁹ Informe del CGPJ sobre el *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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*, parágrafo 135.

⁴⁰ Artículo 25.4 en relación con el artículo 22 y con el artículo 25.3, todos ellos del RFE.

Finalmente se recoge en el artículo 818.4 (*rectius* 818.5) del ALECRIM en relación con las comunicaciones entre la Fiscalía Europea y el Ministerio Fiscal español relativas a *la iniciación, la avocación, la remisión o la transferencia de un procedimiento penal, así como cualesquiera otras específicamente contempladas en el Reglamento (UE) 2017/1939, que se regirán por lo dispuesto en la normativa interna de la Fiscalía Europea y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.*

1.2. Competencia judicial (artículo 819)

El ALECRIM establece que con carácter general *es competente para conocer de los procedimientos previstos en este título la Audiencia Nacional, pero en los supuestos de aforamiento la competencia corresponderá al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal Supremo, en sus respectivos casos. Para la determinación del Juez de Garantías, del Juez de la Audiencia Preliminar, del tribunal de enjuiciamiento y de los órganos llamados a conocer los recursos “se ajustará a las reglas previstas en esta ley”.* En el ALECRIM se prevén las reglas aludidas, en sus artículos 28 (fase de investigación), 29 (fase intermedia), 30 (enjuiciamiento) y 31 (órgano unipersonal o colegiado)⁴¹.

⁴¹ Se refiere al articulado del Anteproyecto. El contenido es el siguiente:

Artículo 28. Competencia para la fase de investigación.

1. Las diversas actuaciones que el libro IV de esta ley reserva a la autoridad judicial son competencia de la sección de Investigación del Tribunal de Instancia de la circunscripción en la que el delito se haya cometido.
2. Para el ejercicio de estas funciones, el Tribunal de Instancia se constituirá siempre con un solo magistrado, que se denominará Juez de Garantías.
3. En los procesos atribuidos a la Audiencia Nacional, será Juez de Garantías un magistrado de la sección de Investigación de dicho tribunal.
4. El magistrado que haya actuado como Juez de Garantías no podrá intervenir en las fases posteriores del procedimiento.
5. En cada Tribunal de Instancia y en la Audiencia Nacional se establecerá un servicio de guardia en el que participarán de modo sucesivo todos los integrantes de las respectivas Secciones de Investigación.

Artículo 29. Competencia para la fase intermedia.

1. Es competente para el juicio de acusación y para las demás actuaciones previstas en el libro V de esta ley, la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia de la circunscripción en que el delito se haya cometido.
2. Para el ejercicio de estas funciones, el Tribunal de Instancia se constituirá siempre con un solo magistrado, que se denominará Juez de la Audiencia Preliminar.
3. En los procesos atribuidos a la Audiencia Nacional, será Juez de la Audiencia Preliminar un magistrado de la sección de enjuiciamiento de dicho tribunal.
4. El magistrado que haya actuado como Juez de la Audiencia Preliminar no podrá intervenir en el enjuiciamiento del hecho.

Artículo 30. Competencia para el enjuiciamiento.

La atribución de la competencia a la Audiencia Nacional ha sido siempre la propuesta preferida por la doctrina debido tanto a su ámbito competencial estatal como a su experiencia en la realización centralizada de todas las actuaciones procesales de reconocimiento mutuo⁴².

No se admite el planteamiento de declinatoria ni cualquier otra forma de impugnación de la competencia judicial establecida en la norma cuando con ella pretenda discutirse la potestad de la Fiscalía Europea de asumir la investigación de los hechos o de ejercitar la acción penal en relación con ellos⁴³.

1.3. Régimen especial de las partes (artículo 820)

Dentro de este título se abordan dos cuestiones: el tratamiento de la acusación popular y de las víctimas.

El ALECRIM declara en el primer párrafo del artículo 820 que “en el procedimiento previsto en este título no se admitirá la personación como acusación popular”, lo que no es una exigencia establecida en el RFE. Aunque está dentro del marco constitucional⁴⁴, esta exclusión ha sido criticada por el Consejo Fiscal⁴⁵, que además señala la eventual vulneración del principio de equivalencia al excluir la posible intervención de los ciudadanos españoles de la protección de los intereses de la Unión. Algunos de los delitos de la competencia de la FE resultan idóneos para que los ciudadanos puedan defender una visión de la legalidad penal alternativa a la del Ministerio Fiscal,

3. Corresponde a la sección de enjuiciamiento de la Audiencia Nacional el conocimiento y fallo de las causas por delito cuya competencia le atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. En cada Tribunal de Instancia y en la Audiencia Nacional se establecerá un servicio de guardia para la sustanciación del juicio oral en los procedimientos de enjuiciamiento inmediato. En dicho servicio participaran de modo sucesivo todos los integrantes de las respectivas secciones de enjuiciamiento.

Artículo 31. Enjuiciamiento unipersonal o colegiado.

6. La sección de enjuiciamiento de la Audiencia Nacional se constituirá siempre en forma colegiada para el enjuiciamiento de las causas que le correspondan.

⁴² En este sentido, entre otros, GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021); o RUEDA NEGRI, J.M. (2021), “Investigaciones transfronterizas de la Fiscalía Europea y su incidencia en materia probatoria”, en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano)*, V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dirs), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 177.

⁴³ Artículo 819.3 ALECRIM.

⁴⁴ Informe del CGPJ sobre el *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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*, (Conclusión CUADRAGÉSIMA).

⁴⁵ “... nos parece injustificada la prohibición de la acusación popular, figura de previsión constitucional y arraigo en nuestra tradición procesal cuyo mantenimiento no impide el Reglamento Europeo, compatible con el Reglamento 2017/1939 y cuya utilidad en procedimientos por este tipo de delitos ha quedado probada”.

como puede ser el caso de las infracciones que protegen intereses difusos o de los delitos de corrupción política⁴⁶.

Y quienes se encuentren personados como acusadores populares perderán automáticamente la condición de parte⁴⁷.

El ALECRIM no tiene en consideración a las víctimas en este procedimiento más allá de reconocerles legitimación como acusación particular “de conformidad con las previsiones y limitaciones establecidas en el Reglamento (UE) 1939/2017”. Aunque parece incorporar lo establecido en la norma europea, hay que aclarar que esta norma no se refiere a las víctimas como partes en el procedimiento. No obstante y pese a este silencio, el tratamiento de la víctima en un proceso que sea competencia de la FE en España tiene que ser idéntico, con los mismos derechos y posibilidades de intervención procesal que en un proceso penal interno⁴⁸, porque aquí sí que es el propio RFE el que permite que las personas implicadas en los procesos de la FE disfruten de todos los derechos procesales que les proporcione la legislación nacional aplicable⁴⁹.

El ALECRIM no recoge los *derechos de la persona investigada* ni los *derechos de las partes personadas* en este procedimiento especial. Todo lo que dice en relación con las partes se encuentra en este artículo 820 analizado.

1.4. Deber general de colaboración (artículo 821)

Establece el pre-legislador que *todas las autoridades españolas estarán obligadas a proporcionar a la Fiscalía Europea la información que esta solicite a efectos de decidir sobre la iniciación o la avocación de un procedimiento penal.*

Esas autoridades requeridas, aparte del MF y de los órganos judiciales y su Policía Judicial, pueden ser administrativas⁵⁰.

⁴⁶ Informe del Consejo Fiscal, de 12 de marzo de 2021, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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, apartado 6.3.3.

⁴⁷ Artículo 823.5 ALECRIM.

⁴⁸ En este sentido, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. (2020), “Dirección de la investigación por el Fiscal Europeo. Limitaciones de derechos fundamentales y secreto de las actuaciones”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, 2020, p. 102.

⁴⁹ Artículo 41.3 RFE.

⁵⁰ Normalmente la información vendrá de la propia Administración Pública a través de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) en el caso de delitos de fraude de subvenciones, o de la Agencia Tributaria (AEAT) en el caso de fraudes de IVA transfronterizo con graves repercusiones

La relación entre las autoridades requeridas y los Fiscales europeos delegados se desarrollará de acuerdo con el deber de colaboración leal y cooperación activa entre las instituciones nacionales y la Fiscalía Europea. Los FED pueden dar instrucciones a la Policía Judicial y a otras autoridades administrativas. Obviamente no pueden dar instrucciones a los miembros del Ministerio Fiscal, pero pueden requerir su colaboración para la práctica de actuaciones concretas. Se ha planteado aquí si tratándose de fiscales esta información y colaboración debe pedirse directamente a los fiscales delegados de cooperación internacional⁵¹ o a los fiscales de anticorrupción y criminalidad organizada⁵². Pero en el ALECRIM se centraliza en la Fiscalía General del Estado, de conformidad con lo establecido para las comunicaciones entre los FED y las autoridades nacionales.

2. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (ARTS. 822 A 827)

Hay que decir, con carácter previo, que el contenido colocado por el pre-legislador bajo esta rúbrica es confuso⁵³. La iniciación de las investigaciones solo puede tener lugar una vez que los FED tienen conocimiento de hechos con apariencia delictiva que pueden caer dentro de su ámbito de competencias, que puede proceder de distintas fuentes. Este conocimiento puede tener lugar antes de iniciarse una investigación por otras autoridades, o después de iniciada.

El artículo 822 norma la iniciación del procedimiento por investigación de los FED. Este conocimiento pueden adquirirlo cuando les es comunicado por las autoridades nacionales que los han conocido en el ejercicio de sus funciones. Aquí entra en juego la obligación de colaborar, recogida en el artículo 821 visto.

En el artículo 823 se regula el inicio por el ejercicio del derecho de avocación, por tanto, cuando ya existe una investigación sobre esos hechos, pero con una redacción confusa. Parece distinguir en un principio los dos modos de iniciar el procedimiento de investigación por un FED: investigación por los FED por tener éstos conocimiento de los hechos. Y, por otra parte, el inicio por ejercicio del derecho de avocación por la FE, después de que

económicas (SEGURA RODRIGO, M. (2020), “El proceso penal español en el que interviene la Fiscalía Europea”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, p. 9). Concretamente, dentro de la IGAE el Servicio Nacional de Coordinación antifraude debe establecer los cauces de coordinación e información entre las instituciones nacionales y la OLAF.

⁵¹ RUEDA NEGRI, J (2021), *op. cit.*, p. 182.

⁵² SEGURA RODRIGO, M. (2020), *op. cit.* p. 6.

⁵³ Además de contener una errata pues los dos apartados del artículo 822 están numerados con un 2 y un 3, estando en cambio ausente el número 1.

autoridades nacionales han iniciado las investigaciones por hechos cuya competencia podría corresponder a la FE.

2.1. Iniciación del procedimiento por investigación del Fiscal Europeo Delegado (artículo 822)

De conformidad con el artículo 822.2 (*rectius* 822.1) ALECRIM, *los fiscales europeos delegados iniciarán una investigación cuando tengan conocimiento de hechos con apariencia delictiva que pudieran recaer en el ámbito de sus competencias, previa verificación de la competencia. A tales efectos, las autoridades que, en el ejercicio de sus funciones, tengan conocimiento de un hecho aparentemente delictivo cuya competencia pueda corresponder a los fiscales europeos delegados, se lo comunicarán sin dilación atendiendo a los requisitos de forma y contenido establecidos en el artículo 24 del Reglamento (UE) 1939/2017 (artículo 822.3 —rectius 822.2—), que recoge el modo y requisitos para la presentación de informes, registro y verificación de la información que tiene que transmitirse “sin dilación indebida”.*

Pueden tener este conocimiento por una denuncia (las anónimas serían admisibles en cuanto solamente tienen la virtualidad de poner en marcha una investigación y además tienen especial importancia para delitos cometidos por organizaciones criminales)⁵⁴, por la presentación de una querrela, o por otro medio previsto legalmente. “Por otro medio previsto legalmente” se entiende el informe de la Policía Judicial, por informaciones transmitidas por miembros del MF o por órganos judiciales.

El informe que se envía a la FE tiene que contener, como mínimo una descripción de los hechos, incluidas una evaluación del eventual perjuicio, la posible tipificación jurídica y toda información disponible sobre víctimas potenciales, sospechosos y cualquier posible implicado⁵⁵, y en los casos de perjuicio inferior a 10.000 euros, las consideraciones del emisor sobre si no ha sido posible determinar si el asunto tiene repercusiones a escala de la UE o si los sospechosos son funcionarios o agentes de la UE o de sus instituciones⁵⁶. La información así recibida es registrada y verificada para evaluar si existen motivos para iniciar una investigación⁵⁷.

⁵⁴ SEGURA RODRIGO, M., *op. cit.*, p. 12. La autora destaca la importancia de la Directiva 2019/1939 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (*wistleblower*), asuma o no el caso la FE.

⁵⁵ Artículo 24.4 RFE.

⁵⁶ Vid. artículo 24.5 y por remisión artículo 25.2 RFE.

⁵⁷ Artículo 24.6. En el caso de que la FE decida que no existen motivos para investigar esos hechos han de anotarse las razones en el sistema de gestión de casos, y comunicarlo a quienes informaron del

2.2. *Iniciación del procedimiento por el ejercicio del derecho de avocación (artículo 823)*

En el artículo 823 se regula el inicio del procedimiento por ejercicio del derecho de avocación. Y distingue el precepto según haya comenzado esa investigación la policía judicial (artículo 823.1) o en cambio el MF o un órgano judicial (artículo 823.2). En el texto del ALECRIM parece entenderse que el inicio de las investigaciones por la policía judicial tiene el mismo valor que el realizado por un órgano judicial a los efectos del ejercicio del derecho de avocación (trasladar la competencia para realizar la instrucción de la causa de la autoridad nacional competente a la FE). Según el *artículo 823 ALECRIM*:

a) Cuando la *Policía Judicial* inicie una investigación por hechos para los que sean competentes los fiscales europeos delegados, deberá realizar la comunicación a los mismos mediante el informe previsto en el artículo 24 del Reglamento (UE) 1939/2017, informando igualmente a la Fiscalía General del Estado. Se trata del Informe cuyo contenido se ha expuesto *supra*. Y tiene el valor y los efectos propios de la presentación de atestado.

b) Cuando el *Ministerio Fiscal o un órgano judicial* tengan conocimiento de hechos cuya competencia corresponda a los fiscales europeos, deben informar sin dilación, para que el FED pueda decidir sobre ejercitar o no el derecho de avocación. Y tienen que abstenerse de llevar a cabo nuevas actuaciones, salvo las exclusivamente dirigidas a asegurar la investigación, en todo caso de adoptar cualquier decisión que pueda impedir el ejercicio del derecho de avocación de la Fiscalía Europea, en particular de presentar escrito de acusación, de archivar el procedimiento o de interesar el dictado de una sentencia de conformidad.

Cuando los FED tienen conocimiento de unos hechos para cuya investigación pueden ser competentes, pueden ejercer el derecho de avocación en los términos previstos en el artículo 27 de su Reglamento. Si el FED considera que los hechos entran en el ámbito de competencia de la FE, traslada su informe a la FE, con toda la información requerida en la norma europea, y la FE tiene que decidir si ejercita o lo el derecho de avocación en el plazo

comportamiento delictivo, y si se trata de delitos que no son de la competencia de la FE debe informar sin dilación a las autoridades nacionales competentes remitiéndoles todas las pruebas pertinentes. (artículo 24.7 y .8 RFE).

de 5 días. Si el FED considera no ejercerlo, informa a la Sala Permanente a través del FE de su Estado⁵⁸.

Si la FE rechaza la avocación del asunto o no se ha pronunciado en plazo, continúa el procedimiento según los trámites ordinarios, sin perjuicio de que pueda reconsiderar su actuación por hechos nuevos comunicados por el MF, en cualquier momento posterior siempre que no haya finalizado la investigación nacional y no se haya presentado escrito de acusación ante un tribunal⁵⁹.

Si la Fiscalía Europea ejercita el derecho de avocación, las autoridades nacionales que estén investigando están obligadas a remitir las actuaciones, absteniéndose de conocer, sin perjuicio de la realización de las medidas urgentes necesarias para asegurar la investigación. Especialmente, no pueden adoptar decisiones definitivas como el ejercicio de la acción penal o el sobreseimiento de la causa. No se produce la retroacción de actuaciones, salvo en lo que resulte indispensable para la continuación de la investigación.

Todas estas comunicaciones entre las autoridades nacionales y los fiscales europeos delegados se efectúan a través del *sistema de gestión procesal de casos*.

2.3. Comunicación entre autoridades (artículo 824)

Los FED, tras la verificación inicial, tanto en caso de que no ejerzan su competencia, como cuando hayan tenido conocimiento de hechos que no sean de su ámbito de competencia, lo comunicarán a las autoridades nacionales que trasladaron la información, a los ofendidos y perjudicados por el delito y, en todo caso, al Ministerio Fiscal por conducto de la Fiscalía General del Estado.

Esta decisión ha de ser comunicada a los ofendidos o perjudicados por el delito para que puedan si lo desean reiterar su denuncia ante el órgano nacional competente⁶⁰.

⁵⁸ Según el Artículo 278 RFE, para estos casos de negativa a ejercer el derecho de avocación está previsto agilizar la toma de decisión por el FED mediante la aplicación por éste de unas “orientaciones generales” aprobadas por el Colegio de la FE, cuando se trate de delitos que causen o puedan causar un perjuicio a la Unión inferior a 100.000 euros, y no consideren necesaria una investigación o ejercer una acción penal a nivel de la Unión.

⁵⁹ Vid. el artículo 27.7 RFE.

⁶⁰ GIL GARCÍA, F.S. (2020), “El proceso penal español en el que interviene la Fiscalía Europea”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, “Consideraciones generales sobre el sistema de atribución y ejercicio de la competencia de la Fiscalía Europea en el proceso penal español: análisis y evaluación de sus principales elementos de interacción”, en *Nuevos postulados de*

Como se ha podido observar, el sistema de investigación previsto en el RFE se apoya en un intercambio de información entre autoridades nacionales y la FE en diferentes momentos de la investigación, incluidos los momentos previos, que exige la creación de un sistema eficiente y seguro, así como rápido y automatizado de la transmisión y gestión de esta información⁶¹. Todas estas comunicaciones entre las autoridades nacionales y los fiscales europeos delegados se efectúan a través del *sistema de gestión procesal de casos*. Y todas las actuaciones relativas a este procedimiento se registran como “procedimiento de investigación de la FE” y se anotan en el *Sistema de Gestión de Casos* de la FE (CMS por sus siglas en inglés)⁶². Es de destacar que un único CMS de la FE coexiste con los distintos CMS nacionales, todos ellos diferentes, y que todos ellos tienen que ser interoperables entre sí y con el de la FE para permitir la transmisión de información y de datos relevantes. Esta cualidad es especialmente importante en los supuestos de ejercicio del derecho de avocación por la FE así como cuando decide transferir la investigación a las autoridades nacionales⁶³.

Una vez más la redacción del artículo 824 puede inducir a errores. No se distingue claramente si se trata del sistema de gestión de casos de la FE o del expediente tramitado en España. Conviene aclarar que en todo caso el expediente original se tiene que tramitar en España y su custodia corresponde a las autoridades españolas y ha de regirse, así como su acceso, por las normas españolas. En el CMS únicamente debe haber una copia del proce-

la cooperación judicial en la Unión Europea (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano), V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dirs.), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 256.

⁶¹ Analiza detenidamente todo el sistema de información entre autoridades PÉREZ ENCISO, P. (2018), en su trabajo sobre “El intercambio y tratamiento de información entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales. El sistema de gestión de casos”, en *La Fiscalía Europea*, L. Bachmaier Winter (Coord.), Marcial Pons, pp. 277 a 312.

⁶² El artículo 44 RFE contempla la creación del “sistema de gestión de casos” de la Fiscalía Europea, gestionado por ésta. Tiene por objeto:

a) respaldar la gestión de las investigaciones y el ejercicio de la acción penal por la Fiscalía Europea, en particular mediante la gestión de los flujos de trabajo internos de información y el apoyo a la labor de investigación en los asuntos transfronterizos;

b) garantizar un acceso seguro a la información sobre investigaciones y ejercicio de la acción penal por la oficina central y por los Fiscales Europeos Delegados;

c) permitir las comprobaciones cruzadas de información y la extracción de datos a efectos estadísticos y de análisis operativos;

d) facilitar la supervisión para garantizar que el tratamiento de datos personales operativos sea lícito y se ajuste a las disposiciones pertinentes del presente Reglamento.

– Y ha de contener los siguientes elementos: a) un registro de la información obtenida por la Fiscalía Europea de conformidad con el artículo 24, incluida cualquier decisión en relación con dicha información; b) un índice de todos los expedientes (sin más datos personales que los necesarios para identificar los casos); c) toda la información de los expedientes conservados electrónicamente en el sistema de gestión de casos de conformidad con el artículo 45, apartado 3.

⁶³ PÉREZ ENCISO, P. (2018), “El intercambio...”, *op. cit.*, p. 293.

dimiento custodiado en España, y la regulación de su acceso corresponde al RFE⁶⁴.

2.4. Decreto de incoación (artículo 825)

El *procedimiento para la actuación de la Fiscalía Europea* se inicia, con independencia de si es por investigación o si es por ejercicio del derecho de avocación, mediante *decreto* del FED con el siguiente contenido, con la precisión que le permitan los datos disponibles en ese momento⁶⁵:

- a) la identidad de la persona investigada, de resultar conocida,
- b) la de las personas ofendidas y perjudicadas (de las víctimas del delito),
- c) los hechos objeto de investigación y
- d) la calificación jurídica que provisionalmente pueda atribuirse a dichos hechos.

En este procedimiento especial, *el decreto incluye además una justificación expresa de la competencia de la Fiscalía Europea. Y si lleva consigo la avocación de un procedimiento en curso, tiene que identificar el procedimiento de investigación que es objeto de avocación*⁶⁶.

En el supuesto de intervención de la FE por encontrarse en mejores condiciones para investigar a pesar de tratarse de un supuesto en el que el perjuicio para los intereses financieros de la UE no es mayor que el causado a otra víctima, es preciso el consentimiento de las autoridades nacionales competentes previsto en el artículo 25.4 del RFE.

El decreto de incoación del procedimiento es firmado por el Fiscal Europeo Delegado encargado en cuanto fiscal responsable de la investigación. Es posible que el FED o el Fiscal Europeo supervisor decidan atribuir la realización de la investigación a un Fiscal nacional. En estos casos la designación tiene que recaer en un miembro del Ministerio Fiscal con competencia para actuar ante la Audiencia Nacional⁶⁷.

El decreto de incoación es comunicado de inmediato por el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) al órgano judicial competente conforme

⁶⁴ Vid. Informe del Consejo Fiscal sobre el APLO de Fiscalía Europea, de 12 de marzo de 2021, cit., apartado 6.1-E) Documentación y gestión documental.

⁶⁵ Ateniéndose a lo dispuesto en el artículo 550 del propio ALECRIM.

⁶⁶ Artículo 825 ALECRIM.

⁶⁷ Artículo 826 ALECRIM. Fiscal responsable de la investigación.

al artículo 819 del ALECRIM, y recibida esta comunicación, se procede a la designación del Juez de Garantías conforme a las normas de reparto.

Cuando la incoación lleve consigo la avocación de un procedimiento penal en curso, el decreto se comunica a quien venga actuando en él como Juez de Garantías, que se inhibirá de inmediato en favor del órgano judicial que resulte competente de acuerdo con el artículo 819. No obstante, si el procedimiento avocado ya se desarrollase ante la Audiencia Nacional o ante el órgano judicial competente por razón del aforamiento, seguirá conociendo del procedimiento de la Fiscalía Europea el Juez de Garantías que estuviera actuando en aquel⁶⁸.

La lectura de esta previsión del ALECRIM provoca confusión porque parece hablar del juez de garantías antes de que haya sido designado conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, y simultáneamente se le pide que cese en su labor de juez de garantías en esa causa. Esta confusión deriva una vez más de la forzada anticipación de una parte de la proyectada reforma del proceso penal español.

Según el ALECRIM (artículo 825.3) el decreto de incoación del procedimiento no podrá ser objeto de impugnación salvo en el caso excepcionalmente establecido en el artículo 828 del ALECRIM.

3. IMPUGNACIÓN EXCEPCIONAL DE LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO (ARTS. 828 A 832)

Respecto de este Capítulo es preciso advertir que esta regulación del ALECRIM se contradice con lo establecido en la LOFE vigente, cuyo artículo 90 declara que todos los decretos de los FED son impugnables ante el Juez de Garantías, incluido el decreto de incoación del procedimiento⁶⁹, para lo cual están legitimadas la representación de la persona investigada y las víctimas. Y contra la resolución del juez de garantías cabe recurso de apelación. En consecuencia, en la LOFE no se recoge este procedimiento de impugnación excepcional.

Sin perjuicio de lo afirmado, para el pre-legislador, el decreto de incoación del procedimiento no podrá ser objeto de impugnación salvo en el caso excepcionalmente establecido en el artículo 828 de esta ley⁷⁰. De acuerdo con este último precepto, *el Fiscal General del Estado podrá im-*

⁶⁸ Artículo 827 ALECRIM. Determinación del Juez de Garantías.

⁶⁹ Artículo 23.3 LOFE.

⁷⁰ Artículo 825.3 ALECRIM.

*pugnar*⁷¹ el decreto de incoación del procedimiento previsto en este título si dicha resolución infringe el ámbito material de competencia dispuesto en el RFE⁷². El plazo para impugnar es de veinte días desde la comunicación del decreto al Ministerio Fiscal.

Es competente⁷³ para conocer de la impugnación regulada en este capítulo la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. No obstante, en los supuestos de aforamiento, la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia o a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sus respectivos casos.

3.1. Procedimiento (artículo 830)

En la norma contenida en el ALECRIM, se especifica el procedimiento para la sustanciación de este incidente de impugnación excepcional, según el cual, presentado el escrito de impugnación, la Sala dará audiencia a la Fiscalía Europea, a la persona investigada y a los que estuvieran personados como parte en el procedimiento que, en su caso, haya resultado avocado.

Tanto el Fiscal General del Estado, al presentar la impugnación, como la Fiscalía Europea, al formular sus alegaciones, podrán presentar los elementos de convicción que estimen oportunos e interesar la práctica de prueba.

Cuando sea necesario practicar prueba, o en cualquier otro supuesto en el que la Sala lo considere preciso, se celebrará vista.

Dentro del plazo de veinte días a contar desde la audiencia de las partes o, en su caso, desde la celebración de la vista, la Sala resolverá mediante auto lo que proceda, aceptando o rechazando la actuación de la Fiscalía Europea.

3.2. Resolución (artículo 831)

El auto resolviendo el incidente puede estimar la impugnación, y en la misma resolución anula el decreto de incoación con la reapertura automática del procedimiento avocado, y las actuaciones practicadas conservan su validez. Si el auto desestima la impugnación, confirma el decreto de incoación. Contra el auto dictado por la Sala de la Audiencia Nacional cabe apelación ante la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, pero si se

⁷¹ Artículo 828 ALECRIM. Legitimación.

⁷² En los apartados 2 o 3 del artículo 22 o en los apartados 2 o 3 del artículo 25 del RFE.

⁷³ Artículo 829 ALECRIM: Competencia.

trata de un auto dictado por un TSJ o por la Sala de lo Penal del TS no cabe recurso.

3.3. Cuestión prejudicial (artículo 832)

Establece el ALECRIM que *para la resolución de la impugnación excepcional del decreto de incoación podrá plantearse cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.2 c) del Reglamento FE y, en todo caso, conforme a lo establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*

Conviene advertir, además de lo afirmado al principio de este apartado, que esta normativa puede ser considerada incluso contraria al Derecho de la UE, ya que no es competencia de los Estados regular los casos en los que los jueces nacionales pueden plantear una cuestión prejudicial al TJ. Es esta una facultad o una obligación establecida en el TUE y en el TFUE, y es competencia exclusiva del TJ no solo resolver estas cuestiones sino también decidir sobre su admisibilidad. Lo que debería haber regulado el pre-legislador no es esta previsión sino cómo, quién y cuándo plantear esta cuestión prejudicial.

Partiendo de esta consideración previa, procede analizar el precepto en cuanto a su contenido y límites. En la redacción se alude al artículo 42.2-c) del RFE. Este artículo especifica la competencia del TJUE en relación con las actuaciones de la FE, aclarando que en los supuestos de duda sobre la interpretación a dar a los preceptos que determinan la extensión de la competencia de la FE en los casos en los que es impugnada, el único órgano competente para resolverlo es el TJ y no lo es ningún órgano judicial nacional. Por otra parte, los tribunales nacionales pueden plantear cuestiones en interpretación del Derecho de la Unión, pero no sobre la validez de los actos procesales de la Fiscalía Europea en relación con el derecho procesal nacional ni con las medidas nacionales de transposición de directivas. Porque corresponde a los jueces nacionales controlar la validez de los actos procesales de la FE que están destinados a producir efectos jurídicos ante terceros⁷⁴.

Ello conduce a la consideración de que esta regulación no tiene sentido, pues legitima para impugnar al órgano al que atribuye la competencia para resolver las discrepancias (cuestiones de competencia) sobre el ámbito de actuación entre la FE y la fiscalía nacional: la Fiscalía General del Estado.

⁷⁴ Vid. Considerando (88) Párr. Tercero del RFE.

Como lo califica el Informe del Consejo Fiscal, esta redacción es cuando menos “confusa”⁷⁵.

4. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y TERMINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Tramitación del procedimiento (artículo 833)

Corresponde a los FED dirigir la investigación ordenando todos los actos de investigación y aseguramiento contemplados en la LECRIM, con excepción de los que han de ser realizados por el Juez de Garantías: que son concretamente autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales y las medidas cautelares personales reservadas a una autoridad judicial, así como asegurar la fuente de prueba personal.

El artículo 30 RFE recoge el catálogo de medidas a disposición del FED. Solo pueden adoptar las medidas previstas en la regulación “cuando existan motivos razonables para creer que la medida específica de que se trate podría facilitar información o aportar pruebas útiles para la investigación, y cuando no quepa recurrir a medias menos intrusivas que puedan lograr el mismo objetivo”, y el delito objeto de la investigación sea punible con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión⁷⁶.

El texto del RFE recoge expresamente la distinción entre que el FED *pueda practicar o tenga que solicitar* la práctica de las actuaciones enumeradas, para incorporar las medidas que en algunos ordenamientos como el español solo pueden ser acordadas por un juez. Para MORÁN MARTÍNEZ⁷⁷, constreñir al fiscal que actúa por la FE a tener que solicitar del juez de instrucción su práctica convertiría en un fracaso la FE en España. Pero el ALECRIM no contiene ninguna previsión en relación con estas facultades de los FED.

Todas estas actuaciones tienen que registrarse como procedimiento de investigación de la FE en el “sistema de gestión de casos” de la FE⁷⁸. Los FED tienen acceso directo a este registro así como al índice⁷⁹.

No se contempla en el ALECRIM la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda acordar medidas cautelares, ni reales⁸⁰ ni personales. Al desarrollar

⁷⁵ Informe del Consejo Fiscal de 7 de julio de 2021, al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, cit., p. 622.

⁷⁶ Artículo 30.5 RFE.

⁷⁷ (2020) “Investigaciones transfronterizas y cooperación judicial internacional en la Fiscalía Europea”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, p. 44.

⁷⁸ Vid. supra notas 61 y 62.

⁷⁹ Vid. artículo 46 RFE. Vid. supra apartado 4.2.3. “Comunicaciones entre autoridades”.

⁸⁰ Posibilidad muy reclamada por los Fiscales nacionales. Sobre las medidas cautelares reales en el ALECRIM para el proceso ordinario que diseña el pre-legislador, vid. específicamente ARANGÚENA FANEGO, C.

la tramitación de este procedimiento especial (en el artículo 833) se remite a las reglas generales del Libro IV del ALECRIM (“Del procedimiento de investigación”⁸¹), donde no se contiene ninguna referencia a las medidas cautelares por el Ministerio Fiscal⁸².

Según el artículo 834 ALECRIM, una vez *incoado el procedimiento, se tramita conforme al procedimiento ordinario*⁸³ con las especialidades que la misma pre-norma detalla a continuación.

a) El procedimiento de investigación no puede ser sometido a plazo máximo, siempre que actúe sin retrasos justificados.

En la situación actual, el juez de instrucción está sometido a un plazo máximo de 12 meses, prorrogable (artículo 324 LECrim vigente). El nuevo procedimiento ordinario que regula el ALECRIM contempla en su artículo 574 la posibilidad de que la defensa solicite al Juez de Garantías la fijación de un plazo para su conclusión si han transcurrido doce meses desde la práctica de la primera comparecencia, o dieciocho meses cuando se trate de investigaciones de la Fiscalía de la Audiencia Nacional o de las Fiscalías Especiales. En coherencia con la norma europea, esta posibilidad está vedada en los procedimientos en los que interviene la FE.

b) Cuando sea necesaria la autorización o la convalidación de la Sala Permanente o de otro órgano de la Fiscalía Europea, los actos del fiscal

(2021), “Medidas cautelares reales en el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3, pp. 491-521.

⁸¹ Arts. 521 a 603 ALECRIM.

⁸² De hecho, resulta sorprendente la ubicación que el pre-legislador les ha buscado, regulando las medidas cautelares en el Libro II, antes incluso del dedicado al procedimiento de investigación (Vid. ARANGÜENA FANEGO, C. (2021), “Medidas...”, cit., p. 494).

⁸³ Regulado en los arts. 550 y ss. ALECRIM. Según el artículo 556 (*Investigación preliminar*):

1. Si al iniciarse el procedimiento no se conoce la identidad de los posibles responsables criminales o no se dispone en dicho momento de elementos suficientes para dirigir la investigación contra los señalados como tales en la denuncia o en el atestado policial, el fiscal, por sí o a través de la Policía Judicial, podrá practicar las diligencias necesarias para obtener los datos, informaciones, declaraciones y cualesquiera otros elementos que puedan servir para atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada.

2. Desde el momento en que las referidas diligencias proporcionen elementos suficientes para atribuir el hecho punible a una persona determinada, el fiscal dispondrá la celebración de la primera comparecencia conforme a lo establecido en el artículo siguiente.

No se procederá de este modo cuando se haya autorizado el secreto de la investigación, en cuyo caso la primera comparecencia se practicará inmediatamente después de haberse alzado el secreto.

3. De no concretarse la sospecha en una persona determinada o cuando de las diligencias practicadas no resulten indicios para atribuir la realización del hecho punible a quien aparezca designado como responsable en la denuncia o en el atestado, el fiscal dispondrá el archivo del procedimiento de investigación con arreglo al artículo 586.2 e) de esta ley.

En este último caso, el letrado de la Administración de Justicia notificará la existencia del procedimiento y el decreto de archivo, además de a las personas señaladas en el apartado 4 del artículo 586 de esta ley, a quienes aparezcan designados como responsables en la denuncia o en el atestado.

responsable de la investigación deberán contar con dicha autorización o convalidación.

Esta autorización o convalidación de la Sala Permanente de la FE es necesaria en los siguientes supuestos:

- para ejercer la acción penal o para solicitar el archivo de un caso,
- para llevar el caso a un juicio de conformidad,
- archivar un caso de conformidad,
- remitir un caso a las autoridades nacionales por ser el perjuicio de cuantía inferior a 100.000 euros, o por no ser superior al que se pueda causar a otra víctima. La Sala Permanente adopta su decisión siguiendo las “Orientaciones Generales” que publica el Colegio a estos efectos, que buscan garantizar la coherencia y la eficiencia de las actuaciones de la FE en los Estados miembros⁸⁴.
- También precisa autorización para recurrir la sentencia definitiva⁸⁵.

La Sala Permanente puede delegar en el Fiscal Europeo supervisor la decisión de llevar un caso a juicio así como de solicitar su archivo (excepto por ausencia de pruebas pertinentes), cuando la menor gravedad del delito o la escasa complejidad o baja cuantía de la causa lo justifique, informando de ello al Fiscal General Europeo⁸⁶.

c) Solo se dictará sentencia de conformidad cuando se hayan cumplido los requisitos previstos en el artículo 40 del Reglamento de la Fiscalía Europea.

Esta exigencia significa que el FED encargado debe proponerlo a la Sala Permanente competente. Su propuesta se contiene en el informe de finalización de la investigación que presenta al Fiscal Europeo supervisor encargado de transmitirlo a la Sala Permanente, que es el órgano competente para autorizarlo en virtud del artículo 10.3 RFE⁸⁷.

d) El archivo del procedimiento y su reapertura por razón de hechos nuevos se sujetarán a lo especialmente dispuesto en el artículo 39 del Reglamento de la Fiscalía Europea.

El órgano competente para decidir el archivo del procedimiento por ser imposible el ejercicio de la acción penal, es la Sala Permanente, sobre la base del informe presentado por el FED encargado, cuando el ejercicio de la acción haya llegado a ser imposible por: fallecimiento del sospechoso o

⁸⁴ Tal como se deriva del artículo 10.3 RFE

⁸⁵ Artículo 36.7 RFE.

⁸⁶ Artículo 10.7. RFE.

⁸⁷ De acuerdo con los arts. 10.3, 35.1 y 40 RFE.

acusado (o liquidación si es una persona jurídica), enajenación mental, amnistía, inmunidad, expiración del plazo de prescripción nacional para ejercer la acción penal, cosa juzgada, o falta de pruebas pertinentes⁸⁸. Y también corresponde a la Sala Permanente su reapertura por razón de hechos nuevos desconocidos para la FE en el momento de tomar la decisión (artículo 39.2 RFE).

En caso de discrepancia sobre la atribución de competencia en los supuestos de delitos “indisociablemente unidos” a otros que son competencia de la FE, la Sala Permanente puede resolver archivar el caso después de consultar con la autoridad nacional competente para decidir la discrepancia⁸⁹ y, si así lo requieren, remitirles la causa. Y si la autoridad nacional decide abrir una investigación, la FE ha de transferirle el expediente, y por su parte cerrar el caso⁹⁰.

Si se dan los supuestos para la reapertura del caso por la Sala Permanente, el FED encargado⁹¹ dicta el decreto de reapertura en el que tiene que consignar los hechos y circunstancias que justifican la reanudación, y que tiene que notificar a los investigados en ese procedimiento, que pueden impugnarlo.

e) Como regla general procede la *admisión de las pruebas obtenidas en otro Estado miembro o de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro, sin perjuicio de la facultad de órgano jurisdiccional de valorarlas libremente*.

El RFE introduce normas para la ejecución de medidas de investigación en otro Estado miembro⁹² que garantizan su obtención y práctica con pleno respeto de los derechos fundamentales, impidiendo así cualquier sombra sobre la validez de estas pruebas transfronterizas. Por tanto, deben ser admitidas siempre que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto considere que se respeta la imparcialidad del procedimiento y los derechos de la defensa del sospechoso o acusado consagrados en la CDFUE⁹³. Especialmente importante para la validez de las pruebas es el respeto del derecho de defensa, porque el desequilibrio entre la acusación de la FE y la defensa en un proceso transnacional podría incidir en el derecho fundamental a un

⁸⁸ Artículo 39.1 RFE.

⁸⁹ Que según el artículo 818.3 de este ALECRIM es la persona titular de la Fiscalía General del Estado. Vid. supra el apartado 4.1.1. de este trabajo, sobre el “Ámbito material de competencia” de la FE.

⁹⁰ Siguiendo lo establecido en el artículo 39.3 en relación con el artículo 34 apartados 6, 7 y 8 RFE.

⁹¹ Informado por el Fiscal Europeo supervisor, que actúa de enlace y de canal de información entre la Sala Permanente y el FED (artículo 12.5 RFE).

⁹² En el artículo 31 “Investigaciones transfronterizas” y artículo 32 RFE.

⁹³ Considerando (80) RFE 2017/1939.

proceso equitativo del artículo 47 CDFUE⁹⁴. Esta regulación ha alterado el sentido tradicional de obtención de pruebas en el extranjero como actividad de cooperación judicial exclusivamente, cuando se trata de investigaciones dirigidas por la FE⁹⁵. Se apoya en la implementación del principio de reconocimiento mutuo en la transmisión y ejecución de solicitudes de prueba transfronteriza, porque elimina la solicitud o la orden. El FED encargado asigna al FED asistente y también asigna la medida de investigación. Ello lleva a considerar que esta asignación podría equipararse a un traslado para que se proceda a ejecutar, se obvia el término reconocimiento y se omite toda causa de denegación en el RFE⁹⁶.

Esta previsión es importante ya que muchos de los delitos contra los intereses financieros de la UE quedaban impunes porque, por una parte, las autoridades nacionales no podían acometer investigaciones más allá de sus fronteras, y por otra los organismos europeos como la OLAF o EUROPOL carecen de competencias para esas investigaciones penales⁹⁷.

Para regular estas actuaciones transfronterizas de los FED, el legislador europeo podía optar entre un sistema en el que el FED pudiera practicar directamente diligencias de investigación en cualquier territorio de los Estados participantes en la cooperación reforzada dentro de un área legal única, o bien un sistema de solicitud de práctica de diligencias a través de los instrumentos de cooperación jurídica internacional. La elección final combina ambos sistemas y se basa en la asistencia mutua entre Fiscales Europeos Delegados, de modo que las diligencias se realizan directamente por el FED del Estado donde han de practicarse (FED asistente) que es asignado por el FED encargado de la investigación⁹⁸. Si el FED encargado de la investigación en un procedimiento en España necesita la realización de una diligencia en otro Estado que en España requiere autorización judicial, deberá ser solicitada por el FED asistente en el Estado de ejecución conforme a su propio derecho interno.

⁹⁴ BACHMAIER WINTER, L. (2018) “Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea”, en *La Fiscalía Europea*, L. Bachmaier Winter (Coord.), Marcial Pons, p. 168.

⁹⁵ Así lo destaca LAPOTOS, T. (2021), “EPPO – Diversity and Challenges in Investigation and Prosecution in 22 Member States”, *eucriim 2021/1: EPPO Now Operational – Perspectives from European Prosecutors*, p. 54.

⁹⁶ BACHMAIER WINTER, L. (2018), “Las investigaciones ...” p. 152.

⁹⁷ SÁNCHEZ, L.J., (2021) “La nueva Fiscalía Europea introduce novedades procesales no contempladas en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *conflegal.com*, 26/05/2021. Enlace: <https://conflegal.com/20210526-la-nueva-fiscalia-europea-introduce-novedades-procesales-no-contempladas-en-la-actual-ley-de-enjuiciamiento-criminal/> (última consulta: 26/08/2021).

⁹⁸ Artículo 31.1 RFE. Vid. MORÁN MARTÍNEZ, A.R. (2020), “Investigaciones...”, *op. cit.* p. 32.

Cuando el FED español actúa en condición de asistente en ejecución de una diligencia solicitada por el FED encargado del procedimiento en otro Estado miembro, ha de adoptarla conforme a la nuestra legislación vigente.

El FED encargado también puede solicitar la práctica de las diligencias de investigación necesarias en otros Estados de la UE que no participan de la cooperación reforzada utilizando otros instrumentos de reconocimiento mutuo y singularmente la orden europea de investigación (OEI), o en terceros Estados a partir de los acuerdos de colaboración que celebre la Fiscalía Europea para el intercambio de información estratégica o para el envío en comisión de servicios de funcionarios de enlace, así como sobre la base de los Convenios internacionales existentes en materia de asistencia judicial penal⁹⁹.

BACHMAIER WINTER¹⁰⁰ ha advertido sobre la aparición de un campo de problemas con las posibles actuaciones de la FE de interceptación de comunicaciones y la posibilidad de hallazgos casuales. Para su solución deberá aplicarse lo previsto para la OIE sobre interceptación de comunicaciones, y facilitar la transmisión directa por el FED asistente al FED encargado de las comunicaciones interceptadas.

En la última frase de este apartado se ratifica la regla de la libertad del juez para valorar las pruebas obtenidas “en otro Estado miembro o de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro”. Esta afirmación abre la puerta a la plena aplicación en este procedimiento del principio de presunción de inocencia consagrado como estándar de prueba, en el artículo 8.1 ALECRIM (en relación con el artículo 693), pues “la regla de la libre valoración es absolutamente obligada desde la óptica de la presunción de inocencia”¹⁰¹, y deja al juzgador la determinación de la fuerza o valor que deba otorgar a cada medio probatorio en el caso concreto¹⁰².

⁹⁹ Artículo 99 y arts. 104 y 105 RFE.

¹⁰⁰ BACHMAIER WINTER, L. (2018), “Las investigaciones ...” pp. 162-163.

¹⁰¹ DE HOYOS SANCHO, M. (2021), “La presunción de inocencia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2021. Algunas valoraciones y propuestas con ánimo constructivo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 63, pp. 173-173. En este trabajo resalta la autora la regulación del principio y la garantía de la presunción de inocencia en el ALECRIM, recogido en sus tres vertientes: como regla de tratamiento, como regla probatoria y como regla de juicio que impone la libre valoración del juez de las pruebas.

¹⁰² DE HOYOS SANCHO, M (2021), *op. cit.* p. 178.

4.2. Finalización: por transferencia o remisión al Ministerio Fiscal o por ejercicio de la acción ante otra jurisdicción (artículo 834)

Bajo este título se recogen en el ALECRIM los modos de finalización del procedimiento de investigación distintos a la continuación del proceso con el ejercicio de la acción penal.

A) Finalización por transferencia o remisión al Ministerio Fiscal.

Según el artículo 834.1 ALECRIM, cuando se haga efectiva la transferencia o remisión del procedimiento al Ministerio Fiscal español, *las actuaciones se transformarán en procedimiento ordinario y se aplicarán, de ese momento en adelante, las normas generales contenidas en la presente ley.*

El FED tiene que comunicarlo inmediatamente, y en todo caso antes de iniciar la acción penal¹⁰³ a la FGE, que ha de remitir el procedimiento al órgano de instrucción competente para su continuación. Todas las actuaciones practicadas conservan plena validez.

Cuando se abstenga de continuar conociendo por no acreditarse los requisitos que justifican el ejercicio de su competencia¹⁰⁴, el FED da traslado del asunto a la Fiscalía General del Estado para decidir, mediante decreto, si asume o no el asunto.

B) Finalización por ejercicio de la acción ante otra jurisdicción.

Prevé el pre-legislador en el proyectado artículo 834.2 que *cuando la Fiscalía Europea adopte la decisión de ejercer la acción penal ante las autoridades judiciales de otro Estado miembro, se procederá al archivo del procedimiento seguido en España, sin que esta decisión pueda ser impugnada ante los tribunales españoles.*

En este precepto se regulan la competencia internacional cuando más de un Estado miembro pueda tener jurisdicción para enjuiciar los hechos constitutivos de delitos contra los intereses financieros de la UE.

De acuerdo con el RFE, la Sala Permanente competente de la Fiscalía Europea decide que el Estado del foro sea el del Fiscal Europeo Delegado del Estado en que se sitúe el centro de la actividad delictiva o si es en varios en aquél en el que se hayan cometido la mayor parte de los delitos¹⁰⁵. Pero cuando esté justificado, puede decidir encargar el asunto a un FED

¹⁰³ Artículo 34.2 RFE.

¹⁰⁴ Esta decisión corresponde a la Sala Permanente, a la que el FED encargado tiene que trasladar, por medio del FE supervisor, el informe justificándolo. La Sala Permanente adopta su decisión sobre la base de las “orientaciones generales” aprobadas por el Colegio de la FE (vid. artículo 34 RFE).

¹⁰⁵ Artículo 26.4 RFE.

de otro Estado miembro atendiendo a los siguientes criterios por orden de prioridad: a) lugar de residencia habitual del sospechoso o acusado, b) nacionalidad del sospechoso o acusado, y c) lugar donde se haya producido el principal perjuicio financiero. Asimismo la Sala Permanente puede decidir reasignar el caso a un FED de otro Estado miembro, o acumular o escindir casos eligiendo al FED encargado de los mismos, hasta el momento en que se adopte la decisión de formular escrito de acusación¹⁰⁶. PÉREZ MARÍN ha señalado que esta facultad de las Salas Permanentes puede conllevar un empeoramiento de los derechos tanto de los encausados como de las víctimas dadas las diferencias entre los ordenamientos de los Estados miembros¹⁰⁷.

El ALECRIM no tiene en consideración el supuesto de que sea un FED en España el que sea designado por la Sala Permanente para iniciar o continuar un procedimiento por hechos en principio cometidos en otro Estado miembro. Pero es que no tiene por qué considerarlo puesto que es una decisión de la FE y el FED actúa subordinado a la FE. Y de darse esta situación se procede del mismo modo que cuando un asunto es atribuido directamente a un FED español para su conocimiento en España. Las actuaciones practicadas hasta ese momento tienen plena validez y no se produce retroacción de las actuaciones.

Si no acepta la causa, sigue siendo competente la FE para decidir continuar o archivar el asunto¹⁰⁸.

4.3. Decreto de conclusión del procedimiento (artículo 835)

Practicadas todas las diligencias necesarias, los FED dictan un decreto de conclusión del procedimiento. En la regulación del ALECRIM en este decreto el FED tiene que adoptar alguna de las tres siguientes resoluciones:

a) El archivo por improcedencia del ejercicio de la acción penal en la forma y supuestos contemplados en el artículo 39.1 del Reglamento (UE) 2017/1939.

Cuando el FED haya investigado hechos por delitos indisolublemente vinculados, o cuando se trate de delitos de fraude de subvenciones y ayudas

¹⁰⁶ Artículo 26, apartados 4 y 5; y artículo 36 apartado 3 RFE.

¹⁰⁷ PÉREZ MARÍN, M^a A. (2021), "Una revisión de la actuación de la Fiscalía Europea en España. La afectación de los derechos y garantías procesales de las partes", en Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano), V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dir.), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 283 y ss.

¹⁰⁸ Artículo 34.5 RFE.

que hayan causado o puedan causar un perjuicio que no sea mayor para la UE que para otras víctimas, solo procede el archivo previa consulta a la FGE, y en su caso el MF puede decidir asumir la competencia, interesando la transformación del procedimiento¹⁰⁹.

*b) La solicitud de que se siga el procedimiento simplificado de **conformidad***

El ALECRIM incluye el procedimiento de conformidad en el proceso penal ordinario que diseña en sus arts. 164 a 173, pero no contempla la intervención de la FE. Para hacer efectiva esta previsión, es preciso completar la regulación de la conformidad incluyéndola en este procedimiento.

*c) La solicitud de **apertura del juicio oral** formulando escrito de acusación de conformidad con lo dispuesto en el capítulo I del título I del libro V del ALECRIM (arts. 604 a 607).*

2. Cualquiera que sea el contenido del decreto de conclusión será notificado a la defensa de la persona investigada y a todas las partes personadas.

Es evidente que el ALECRIM se olvida de las víctimas no personadas en el procedimiento.

V. CONCLUSIONES

Tras el análisis del procedimiento contemplado por el pre-legislador, es posible llegar a las siguientes conclusiones frente a las preguntas y propuestas formuladas por la doctrina, que hemos seleccionado al comienzo de este trabajo.

La primera de las cuestiones que ha de ser respondida es si es necesario crear un proceso penal especial para el enjuiciamiento de los delitos cuya instrucción es competencia de la FE con aplicación supletoria de la regulación del proceso penal nacional, o si por el contrario es preferible identificar las especialidades e insertar las correspondientes especificaciones a lo largo de la regulación del proceso penal español para articular la intervención de la FE en las causas en las que es competente. La doctrina se ha inclinado mayoritariamente por la primera solución¹¹⁰ como la menos mala¹¹¹, aunque no esté exenta de problemas ya que aplicar supletoriamente en una causa con elemento transfronterizo, la legislación prevista para un proceso

¹⁰⁹ Vid. Artículo 39.3 RFE.

¹¹⁰ Así lo reconoce ARMENTA DEU, T. (2021), *op. cit.*, p. 157.

¹¹¹ GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *op. cit.*, pp. 231-232.

interno, sin duda va a generar fricciones puntuales. Y ésta ha sido también la opción del pre-legislador, si bien regulado de modo muy incompleto.

Otra de las cuestiones planteadas es la situación orgánica de los Fiscales Europeos Delegados, es decir de los fiscales nacionales que actúan como fiscales europeos en el territorio de cada Estado miembro. El RFE posibilita establecer un sistema de “doble sombrero” que les permita actuar como órgano nacional y también como europeo cuando la causa sea competencia de la FE. Hay que decir que el pre-legislador ha incorporado solamente normas de procedimiento y ha esquivado pronunciarse sobre esta opción, y sus consecuencias, pero de la regulación contenida en el ALECRIM parece deducirse la separación de ambas situaciones.

El RFE establece que en caso de “discrepancia” sobre el ámbito de competencia material de la FE, especialmente en los casos de delitos conexos, la decisión corresponde a la autoridad nacional competente. Aquí podría ser el Presidente del TS o el Fiscal General del Estado¹¹². La doctrina se ha inclinado por la Fiscalía General del Estado (FGE)¹¹³, y también el pre-legislador, determinándolo así en el artículo 818.3 (*rectius* 818.4) del ALECRIM.

También es necesario determinar si la competencia para conocer en los procesos en los que actúan los FED debe distribuirse atendiendo al lugar de comisión del delito o si debe centralizarse. Para gran parte de la doctrina¹¹⁴ esta segunda opción es la más adecuada, concentrada en la Audiencia Nacional a efectos de mayor eficacia, y ha sido igualmente la opción del pre-legislador, con la excepción de los supuestos de aforamiento. En el articulado del ALECRIM se especifica el órgano judicial competente en las diferentes fases procesales, claramente cuando la competencia corresponde a la Audiencia Nacional (y a los Jueces Centrales de Instrucción la función de Jueces de Garantías), pero en cambio no es así cuando la competencia para conocer corresponde a un TSJ o al Tribunal Supremo por razones de aforamiento.

La posibilidad de impugnar, o no, los decretos del FED abre una disyuntiva, porque si se admite la recurribilidad generalizada de los decretos del FED se judicializa la instrucción y pierde sentido su atribución al Fiscal, pero no prever recurso contra las decisiones del FED con efectos jurídicos frente a terceros, supone vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, y el propio RFE que establece que los actos procesales del FED tienen que ser

¹¹² Así lo plantea GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *op. cit.*, p. 227.

¹¹³ ARMENTA DEU, T. (2021), *op. cit.*, p. 152.

¹¹⁴ Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *op. cit.*, p. 227.

controlados por los órganos judiciales nacionales (artículo 42.1 RFE). En este punto el pre-legislador ha incluido un remedio excepcional: el incidente de incoación excepcional de la iniciación del procedimiento, que merece ser criticado porque legitima exclusivamente para su interposición al Fiscal General del Estado, que es la autoridad que determina el ámbito material de competencia de los FED en caso de discrepancias.

En relación con las partes, señalaba GÓMEZ COLOMER que el problema que se puede plantear deriva de la amplitud con la que está prevista su intervención en el sistema español. Por una parte, en el proceso penal español se prevé la posibilidad de acusación popular, que no se contempla en el RFE. Y, por otra parte, nuestro sistema prevé el ejercicio acumulado de la acción civil a la penal. En los procesos en los que intervenga la FE se plantea el problema de posible concurrencia de administraciones como actores civiles y junto a ellas eventualmente otras víctimas. Para ARMENTA DEU, la solución está en aclarar que en la legislación española el FED puede ejercer la acción penal pero no la civil. En esta materia, el pre-legislador se ha limitado a excluir la acusación popular y a incluir a las víctimas como acusadores particulares.

También ha destacado la doctrina especializada los problemas que se plantean en nuestro sistema para determinar la amplitud de las facultades para investigar de los FED, así como para permitirles adoptar medidas cautelares reales y personales. Efectivamente el ALECRIM no contempla la adopción de medidas cautelares por el FED, ni se pronuncia sobre las medidas de investigación que han de serles garantizadas de conformidad con el artículo 30.1 RFE.

En el Reglamento se recoge el modo de actuar de la FE en las investigaciones y para la obtención y/o práctica de pruebas transfronterizas, con la colaboración de EUROJUST. Pero el ALECRIM se limita a reconocer la validez de las pruebas obtenidas, con independencia de la libre valoración que pueda realizar el juez.

Por último, la doctrina también puso de relieve la necesidad de revisar y completar las causas de sobreseimiento del procedimiento de investigación contemplados en el RFE (o “archivo” en la terminología del Reglamento), ya que no se incluyen dos: sobreseimiento por *inexistencia del hecho o cuando de existir no es constitutivo de delito*. Y tras el estudio realizado se comprueba que efectivamente faltan también en el ALECRIM.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

Respondiendo a la cuestión de si es preferible establecer un procedimiento especial para la intervención de la FE o no, con el ALECRIM el pre-legislador ha optado por “la solución menos mala” (GÓMEZ COLOMER) y ha decidido establecer el procedimiento especial. La regulación contenida debe ser puesta en entredicho. El procedimiento especial del ALECRIM es claramente insuficiente, podemos afirmar que gran parte de las cuestiones inicialmente planteadas por la doctrina y por los propios fiscales no han sido satisfactoriamente resueltas por el pre-legislador.

Sin embargo, hay que decir que la norma vigente que hace posible la intervención de la FE, y la coordina con el actual proceso penal inquisitivo-acusatorio (la ley orgánica para la actuación de la Fiscalía Europea o LOFE), sí que da respuesta a todas estas cuestiones insatisfechas por el procedimiento del ALECRIM.

Entonces, la siguiente pregunta a responder es si basta con un esbozo de procedimiento como el incluido o si, a la vista del desarrollo del mismo en la LOFE no debería, bien ser completado incorporando la regulación de la LOFE en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, bien ser suprimido y remitir toda la regulación a la ley especial, como se solicita desde el Consejo Fiscal. Consideramos que la promulgación de la Ley orgánica 9/2021 de la Fiscalía Europea (LOFE) pone en entredicho la pervivencia de este procedimiento recogido en el ALECRIM. La norma específica nace con vocación de permanencia, como lo demuestra el que de su Exposición de Motivos se hayan suprimido todos los párrafos que hacían alusión a su carácter transitorio en su redacción como anteproyecto¹¹⁵. Pero sobre todo lo demuestra la extensión de la norma y el detalle con el que son regulados todos los aspectos y competencias de los FED, así como los derechos de las partes procesales y el control de revisión que realiza el juez de garantías.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARANGÜENA FANEGO, C. (2021), “Medidas cautelares reales en el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3, pp. 491-521.

¹¹⁵ Vid. ARANGÜENA FANEGO, C. (2021), “Reforma procesal penal: algunas cuestiones urgentes”, en *Reformas penales en la península ibérica: “A Jangada de pedra?”* (Coords. Maria Acale Sánchez, Anabela Miranda Rodrigues, Adán Nieto Martín, BOE, pp. 146-147.

- ARANGÜENA FANEGO, C. (2021), “Reforma procesal penal: algunas cuestiones urgentes”, en *Reformas penales en la península ibérica: “A Jangada de pedra?”* (Coords. Maria Acale Sánchez, Anabela Miranda Rodrigues, Adán Nieto Martín, BOE, pp. 143-164.
- ARMENTA DEU, T. (2021), “Fiscalía Europea. Su incidencia en el ordenamiento procesal español”, en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea* (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano), V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dirs), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 145 a 171.
- BACHMAIER WINTER, L. (2018), “Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea”, en *La Fiscalía Europea*, L. Bachmaier Winter (Coord.), Marcial Pons, pp. 145 a 172.
- CECARELLI, D. (2021), “A Legal Obstacle in the Regulation?”, *eucri* 2021/1: *EPPO Now Operational – Perspectives from European Prosecutors*, pp. 47-48.
- CONSEJO FISCAL, Informe de 12 de marzo de 2021 al *anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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*.
- CONSEJO FISCAL, Informe de 7 de julio de 2021, al *Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal* aprobado por el Consejo de Ministros, 24 noviembre 2020.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe sobre el *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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*, aprobado por Acuerdo del Pleno el 25 de marzo de 2021. Ponentes los Vocales: Juan Manuel Fernández Martínez y Rafael Mozo Muelas.
- DE HOYOS SANCHO, M. (2021), “La presunción de inocencia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2021. Algunas valoraciones y propuestas con ánimo constructivo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 63, pp. 153-186.
- GIL GARCÍA, F.S. (2021), “Consideraciones generales sobre el sistema de atribución y ejercicio de la competencia de la Fiscalía Europea en el proceso penal español: análisis y evaluación de sus principales elementos de interacción”, en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea* (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano), V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dirs), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 241 a 264.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), “La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal penal español”, en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea* (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano), V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dirs), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 217 a 240.
- GUERRA, J.E. (2021), “The Material Competence of the EPPO and the Concept of Inextricably Linked Offenses”, *eucri* 2021/1: *EPPO Now Operational – Perspectives from European Prosecutors*, pp. 49-50.

- LAPTOS, T. (2021), “EPPO – Diversity and Challenges in Investigation and Prosecution in 22 Member States”, *eu crim* 2021/1: *EPPO Now Operational – Perspectives from European Prosecutors*, pp. 53-54.
- MORÁN MARTÍNEZ, A.R. (2020), “Investigaciones transfronterizas y cooperación judicial internacional en la Fiscalía Europea”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, pp. 30 a 57.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. (2020), “Dirección de la investigación por el Fiscal Europeo. Limitaciones de derechos fundamentales y secreto de las actuaciones”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, pp. 83 a 107.
- PÉREZ ENCISO, P. (2018), “El intercambio y tratamiento de información entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales. El sistema de gestión de casos”, en *La Fiscalía Europea*, L. Bachmaier Winter (Coord.), Marcial Pons, pp. 277 a 312.
- PÉREZ MARÍN, M^a A. (2021), “The European Public Prosecutor’s Office-Protecting the Union’s Financial Interests through Criminal Law”, *eu crim* 2020/1, pp. 36 a 40.
- RODRÍGUEZ PADRÓN, C. (2021), “El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: implicaciones orgánicas (1)”, *Diario La Ley* nº9826 de 9 de abril.
- RUEDA NEGRI, J.M. (2021), “Investigaciones transfronterizas de la Fiscalía Europea y su incidencia en materia probatoria”, en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea* (Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano), V. Moreno Catena y M^a I. Romero Pradas (Dirs), E. Laro González (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 173 a 190.
- SEGURA RODRIGO, M. (2020), “El proceso penal español en el que interviene la Fiscalía Europea”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, pp. 6 a 29.
- ZARAGOZA AGUADO, J.A. (2020), “El Ministerio Fiscal español y la Fiscalía Europea. Su configuración institucional. La autonomía y la independencia en su estatuto jurídico. Conflictos de competencia y mecanismos de resolución. La Fiscalía Europea y la Orden Europea de Detención”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 9 – *La Fiscalía Europea y el proceso penal español*, pp. 58 a 107.

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN DEL *WHISTLEBLOWER*: UN PANORAMA INQUIETANTE

The transposition of the EU Whistleblower Protection Directive: A disturbing view

Miguel Ángel ENCINAR DEL POZO

Magistrado. Coordinador del Gabinete Técnico

Sala de lo Penal. Tribunal Supremo

miguelangel.encinar@gmail.com

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN GENERAL. 1. Obstáculos para la transposición. 1.1. Concepto de denunciante. 1.2. El ámbito de aplicación. 1.3. Medidas de apoyo. 1.4. El denunciante anónimo. 2. El devenir de la transposición. III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA. 1. Trabajos para la transposición. 2. Normas vigentes. 2.1. Canal de denuncia. 2.2. Protección del informante. III. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE TRANSPOSICIÓN. 1. El “efecto directo”. 2. Normas con posible “efecto directo”. 2.1. Inmunidad por la obtención de la información. 2.2. Inmunidad por la revelación de la información. 2.3. Inversión de la carga de la prueba. 2.4. Protección específica en procesos no laborales. 3. Otras soluciones desde una perspectiva distinta. 3.1. STS, Sala de lo Penal, 778/2013, de 22 de octubre. 3.2. STC 146/2019, de 25 de noviembre. IV. UN INVITADO INESPERADO: EL TEDH. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA

Resumen: La transposición de la Directiva de protección del informante está siendo un proceso complicado. Es previsible que los Estados miembros de la Unión Europea no cumplan con el plazo previsto en la norma. Este trabajo trata sobre la situación que se puede generar después de que el plazo se haya cumplido y no exista una normativa interna sobre la materia.

Summary: Transposition of the EU Whistleblower Protection Directive is a complicated process. It is foreseeable that the EU Member States will not comply with the deadline of the Directive. This paper studies the situation that may arise after the deadline has passed and there is no domestic legislation on the matter.

Palabras clave: Informante, protección, Directiva, transposición.

Keywords: Whistleblower, protection, EU Directive, transposition.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

EE.UU.:	Estados Unidos de América
FCA:	Financial Conduct Authority
IRS:	Internal Revenue Service.
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
NWC:	National Whistleblower Center
ONG:	Organización No Gubernamental
PRA:	Bank of England's Prudential Regulation Authority
SEC:	U.S. Securities and Exchange Commission
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE:	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

En la Unión Europea, la protección de los denunciantes¹ de irregularidades en el seno de las personas jurídicas ha sido fragmentada e insuficiente. Los Estados miembros no han contado con una regulación uniforme sobre la materia y, a nivel de intereses de la Unión, la protección de los denunciantes se venía brindando en sectores específicos (como servicios financieros, seguridad del transporte y protección del medio ambiente) y solo en diversos grados².

La situación debe variar radicalmente en el futuro, en la medida en que se ha dictado la 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 Unión³. En sus considerandos, se

¹ En este trabajo, se utilizarán los términos “denunciante” e “informante”. La palabra inglesa equivalente es *whistleblower*, que literalmente se traduciría como “el soplador del silbato”, es decir, la persona que sopla o hace sonar un silbato. Tiene su origen en la conducta de los *bobbys* ingleses de hacer sonar un silbato para alertar de la comisión de un delito a otros agentes de la ley y se utiliza en los países anglosajones para definir a una persona que alerta de un peligro o conducta irregular. Así se indica en sentencias dictadas por los tribunales estadounidenses, como *Winters v. Houston Chronicle Publishing Co.*, 795 S.W. 2d 723 (1990); o *Dahl v. Combined Ins. Co.*, 621 N.W. 2d 163 (S.D. 2001).

² Sobre los sistemas de protección del informante en Europa, véase VAN WAEYENBERGE, A. y DAVIES, Z., “The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 12, marzo 2021, pp. 236 a 244.

³ Sobre la misma, VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., *Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense*, Aranzadi, 2020; y ZAMARRA ÁLVAREZ, C., “La nueva directiva europea para la protección de los denunciantes”, *Revista Jurídica Colex*, nº 15, marzo-abril 2020, pp. 18 a 21.

señala que “es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes” (considerando 1). Por otra parte, indica que “actualmente, la protección de los denunciantes en la Unión se encuentra fragmentada en los diferentes Estados miembros y es desigual en los distintos ámbitos” (considerando 4); de manera que “deben aplicarse normas mínimas comunes que garanticen una protección efectiva de los denunciantes” (considerando 5). Por ello, la citada Directiva recoge un régimen general y uniforme de protección del denunciante, en el seno de la Unión Europea.

El plazo de transposición de la norma vence el 17 de diciembre de 2021 (artículo 26.1); con alguna excepción referida a la instauración de canales de denuncia interna en el ámbito de las entidades del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores, en cuyo caso el plazo se alarga hasta el 17 de diciembre de 2023 (artículo 26.2).

En el momento actual (enero de 2022), el proceso de transposición está sumamente retrasado: sólo cinco Estados de la Unión, concretamente Dinamarca, Lituania, Malta, Portugal y Suecia han dictado una norma expresa al efecto. En cuanto al resto de países, el panorama que se dibuja es inquietante: algunos no han iniciado trabajo legislativo alguno; y, en aquellos que sí lo han hecho, ya no cumplirán con el plazo previsto.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN GENERAL

1. OBSTÁCULOS PARA LA TRANSPOSICIÓN

Es evidente que todos los países de la Unión deben realizar un esfuerzo enorme al transponer esta Directiva, ya que la misma va a afectar a miles de organizaciones y millones de personas y supone un cambio organizativo y cognitivo profundo⁴.

Sin perjuicio de que la situación de crisis sanitaria global que estamos viviendo ha influido en el desarrollo del proceso, el principal obstáculo para la transposición deriva de la polémica sobre si los Estados miembros deberían ampliar o no el alcance de su nueva legislación más allá de los requisitos mínimos establecidos en la Directiva⁵. Especialmente, en cuestiones como:

⁴ VILLORIA MENDIETA, M., “Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 12, primer semestre, enero-junio, 2021, p. 17.

⁵ HENRIKSSON, K., “The EU Whistleblower Protection Directive-How are member states handling the transposition?”, *WhistleB blog*, 3 de agosto de 2021.

i) la ampliación del concepto de denunciante; ii) la inclusión en la norma interna de la protección en el caso de denuncias de infracciones de la legislación nacional, además de aquellas relativas a la legislación comunitaria; iii) la forma de regular las medidas de apoyo financiero y psicológico a los denunciantes; o iv) la protección del denunciante anónimo.

1.1. Concepto de denunciante

La Directiva recoge un concepto propio de “denunciante” como “una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales” (artículo 5.7).

En este punto, la Directiva recoge un concepto que es equivalente a la consideración que, en los países anglosajones, tiene el *whistleblower*, que se ciñe a los casos en los que el informante es o ha sido empleado de una empresa (o de la Administración) y conoce las irregularidades cometidas por otras personas; no tanto cuando pertenece a una organización delictiva, de la que se desliga y ofrece información a las autoridades de los delitos que se cometen en su seno (en este caso, deberíamos hablar mejor de la figura del “arrepentido”)⁶. Si bien es cierto que, en algunas ocasiones, la línea que separa ambas figuras es sumamente difusa⁷. Para la Directiva, sólo tiene la consideración de denunciante la persona física. Esta mención excluye de la protección a las personas jurídicas y, en algunos países, se está planteando si procede o no esta exclusión, como es el caso de Francia⁸. La doctrina ya ha indicado que, por ejemplo, una ONG activa en la protección del medio ambiente, que divulgue violaciones de la legislación medioambiental de la UE, no se beneficiaría de la protección que ofrece la Directiva⁹.

⁶ Sobre la cuestión, véase RAGUÉS I VALLÈS, R., “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”, *InDret*, 3/2006, p. 4.

⁷ Un ejemplo de ello es lo sucedido con Bradley Birkenfeld, ciudadano estadounidense que trabajó en el banco suizo *UBS Group AG* y que, en 2007, presentó ante las autoridades estadounidenses información sobre las actividades fraudulentas de dicha entidad bancaria. Tales autoridades entendieron que no aportaba toda la información que conocía y fue detenido en 2008 (acusado del delito de *conspiracy*) y se declaró culpable en 2009, por lo que fue sentenciado y puesto en libertad en 2012. Sin embargo, en 2014, el *Internal Revenue Service* (IRS) —organismo federal equivalente a nuestra Agencia Tributaria— reconoció que la información que había proporcionado fue tan útil en la persecución de las conductas de la entidad bancaria y de los ciudadanos estadounidenses implicados, que reconoció en su favor una recompensa por importe de 104 millones de dólares. Véase, BIRKENFELD, B., “Inside the Cartel”, *World Policy Journal*, vol. 27, nº 1, primavera 2010, pp. 10 a 12; y PACELLA, J. M., “Bounties for bad behavior: rewarding culpable whistleblowers under the Dodd-Frank act and Internal Revenue Code”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 17, 2015, pp. 345 a 392.

⁸ “EU Whistleblowing Directive-France. Implementation of the EU Whistleblowing Directive in France”, 1 de julio de 2021 (disponible en <https://www.simmons-simmons.de>).

⁹ VAN WAEYENBERGE, A. y DAVIES, Z., “The Whistleblower Protection...”, cit.

1.2. El ámbito de aplicación

Según el artículo 2.1 de la Directiva, se refiere a las infracciones que se incluyen en el ámbito de los sectores siguientes: contratación pública, servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, seguridad del producto, seguridad en el transporte, protección del medio ambiente, radiación y seguridad nuclear, seguridad alimentaria y nutricional, salud y bienestar animal, salud pública, protección al consumidor, protección de la privacidad y los datos personales y seguridad de las redes y los sistemas de información. También las infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión y las relacionadas con infracciones del mercado interior.

Pero la lista de la Directiva no es exhaustiva, en la medida en que establece la posibilidad de que los Estados miembros extiendan la protección en virtud de la legislación nacional a otros sectores (artículo 2.2).

1.3. Medidas de apoyo

El artículo 20.2 de la Directiva indica que los Estados miembros podrán prestar asistencia financiera y medidas de apoyo a los denunciantes, incluido apoyo psicológico, en el marco de un proceso judicial. Y, de conformidad con el artículo 21.8, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se proporcionen vías de recurso e indemnización íntegra de los daños y perjuicios sufridos por los denunciantes a consecuencia de su denuncia.

En este punto, el elemento más debatido, sin duda, es si cabe recompensar económicamente al informante por su actuación. Mientras que ello es posible en EE.UU. (sobre todo, aplicando el programa de la *SEC* al efecto¹⁰), esta posibilidad es sumamente polémica en Europa y no está exenta de críticas. Se achaca a este sistema que premia la delación y fomenta las denuncias malintencionadas de los empleados que actúan movidos por un móvil espurio para causar un perjuicio a otros empleados o a la empresa¹¹.

¹⁰ La *SEC* fue creada en 1934, mediante la *Securities Exchange Act*, para supervisar el mercado de valores. Este organismo puede recompensar económicamente a los informantes que voluntariamente faciliten a la misma información original y de calidad, que conduzca al ejercicio de acciones por parte de este organismo y que se traduzcan en la imposición de sanciones que superen el millón de dólares. La recompensa se situará entre el 10% y el 30% del importe de dichas sanciones. Dentro de ese margen de entre el 10% y el 30%, la determinación del importe queda a discreción de la *SEC*, si bien la norma establece algún criterio orientador sobre su cálculo.

¹¹ Frente a ello cabe argumentar que si la recompensa se produce una vez impuesta la sanción (incluso con reconocimiento de los hechos cometidos) no tiene sentido que una empresa se queje de que un

La visión negativa del sistema se reflejó en el informe *Financial Incentives for Whistleblowers*¹² elaborado en el año 2014 por las entidades reguladoras del Reino Unido —*Financial Conduct Authority (FCA)* y *Bank of England's Prudential Regulation Authority (PRA)*¹³—. Este informe se elaboró tras una visita a los EE. UU. de representantes de la *FCA* para evaluar la posibilidad de implementar su modelo en el Reino Unido y su resultado fue muy crítico al entender que no hay resultados que demuestren un aumento de las denuncias basadas en información relevante, porque fomenta las denuncias maliciosas y sólo se recompensa a un escaso número de denunciantes. Estas afirmaciones han dado lugar a un enfrentamiento entre entidades de ambos países, ya que han sido contestadas en el informe *Creating an Effective Anti-Corruption Program: A Rebuttal to the Bank of England's Findings on Whistleblower Incentives*¹⁴, elaborado en el año 2018 por el *National Whistleblower Center (NWC)*¹⁵, que concluye que el informe de las autoridades británicas parte de premisas erróneas¹⁶.

1.4. El denunciante anónimo

La cuestión del anonimato de la denuncia es uno de los temas más discutidos. El principio general del que parte la Directiva es que los canales para recibir denuncias se rigen por un deber de confidencialidad de la identidad del denunciante (artículo 8.1, letra a), sin perjuicio de que en determinadas situaciones excepcionales sea posible revelar tal identidad (artículo 16). Ahora bien, la opción por la confidencialidad no supone que la Directiva prohíba la admisibilidad de la denuncia anónima (artículos 6.2 y 9.1, letra e).

Por ello, cabe decir que la opción preferente por parte de la Directiva es la confidencialidad del canal de denuncia, pero permite que los Estados decidan si van a exigir o no a las entidades afectadas que también acepten

informante sea incentivado, cuando ya se ha acreditado que ha actuado de manera ilícita; KENNEY, M. "Whistleblowing is still a career-ending suicide mission", *The FCPA Blog*, 21 de agosto de 2018.

¹² Disponible en <https://www.fca.org.uk/publication/financial-incentives-for-whistle-blowers.pdf>.

¹³ La *Financial Conduct Authority (FCA)* es el regulador de la industria de servicios financieros en el Reino Unido y la *Prudential Regulation Authority (PRA)*, que forma parte del Banco de Inglaterra, es responsable de la regulación prudencial y la supervisión de los bancos, cajas, cooperativas de crédito, compañías de seguros y las principales empresas de inversión.

¹⁴ Disponible en <https://www.whistleblowers.org/storage/docs/boe-report.pdf>.

¹⁵ El *National Whistleblower Center (NWC)* es una ONG estadounidense fundada en 1988 con la finalidad de defender los derechos de los denunciantes.

¹⁶ Además, en junio de 2018, el *NWC* solicitó formalmente al Gobernador del Banco de Inglaterra que eliminara de su página web el informe, considerando que estaba basado en información engañosa y al que calificaba como "nocivo", en el plazo de 10 días. Alternativamente, le proponía que ambos informes fueran publicados conjuntamente para una mejor información de los interesados (la solicitud está disponible en <https://www.whistleblowers.org/storage/docs/letter-to-bank-of-england.pdf>).

las denuncias anónimas en el canal y, en consecuencia, las investiguen. Es decir, el nivel mínimo exigible al canal de denuncia debe ser el de la confidencialidad, pero ello no es obstáculo para que la legislación interna también permita la denuncia anónima.

2. EL DEVENIR DE LA TRANSPOSICIÓN

En junio de 2021, Dinamarca fue el primer país de la Unión en aprobar una norma de transposición de la Directiva. Se trata de la *Lov om beskyttelse af whistleblowerne* (Ley de Protección de los denunciantes)¹⁷, aprobada el 24 de junio de 2021. La misma entró en vigor el día 17 de diciembre de 2021, con la excepción de la instauración de canales de denuncia interna en el ámbito de las entidades del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores, en cuyo caso entra en vigor el 17 de diciembre de 2023. Es decir, sigue en este último aspecto las normas de la Directiva.

Como líneas destacables de la ley danesa, cabe señalar: i) se aplica a denuncia de irregularidades en relación con las infracciones del Derecho comunitario previstas en la Directiva, pero también a denuncias que se refieran a delitos e infracciones graves recogidas en las leyes nacionales (§ 1, nº 2); ii) sólo considera denunciantes a las personas físicas, al igual que la Directiva (§ 3, nº 7); y iii) no incluye ninguna regla que obligue a las organizaciones a responder o investigar los informes procedentes de denunciantes anónimos. Con posterioridad, han transpuesto la Directiva los Estados siguientes: Lituania, Malta, Portugal y Suecia.

En el resto de países de la Unión, la situación es dispar¹⁸. Hay países que no han iniciado ningún trabajo para la transposición, como es el caso de Austria¹⁹ o Hungría. En otros se están desarrollando trabajos prelegislativos en el ámbito ministerial, como en Luxemburgo o Irlanda²⁰; o ya existen proyectos que se han iniciado su andadura en los órganos legislativos (Bélgica²¹ o Países Bajos). Un caso destacable es el de la República Checa, que fue uno de primeros Estados miembros de la Unión en introducir un proyec-

¹⁷ Disponible en <https://www.retsinformation.dk/eli/ft/202013L00213>.

¹⁸ Véase, *EU Whistleblowing Monitor* (disponible en <https://whistleblowingmonitor.eu/>) y *Are EU Governments Taking Whistleblower Protection Seriously? Progress Report on the EU Directive* (disponible en <https://whistleblowingnetwork.org>).

¹⁹ “Transparency International Austrian Chapter Forderungspapier: Whistleblowing EU-Richtlinie” (disponible en <https://www.ti-austria.at/2020/09/21/4312/>).

²⁰ “Minister McGrath publishes General Scheme of Protected Disclosures (Amendment) Bill” (disponible en <https://www.gov.ie/en/press-release>).

²¹ En Bélgica hay dos proyectos en trámite legislativo, si bien ninguno de ellos ha sido elaborado por el Gobierno.

to de ley en Parlamento, pero el mismo ha fracasado en agosto de 2021 en el último tramo del proceso legislativo (que tendrá que comenzar de nuevo, tras las elecciones a celebrar en octubre).

En Francia, se elaboró un proyecto de ley por parte de la comisión legislativa correspondiente en enero de 2020 y, en julio de 2021, se presentó otro proyecto a la Asamblea Nacional por parte de un diputado²², que sigue su trámite. En este país, la conocida como *Ley Sapin II*²³, dictada en 2016, ya determinó un régimen de protección del informante, reformando diversos textos legales para garantizar la confidencialidad y la no adopción de represalias.

En Italia, el Parlamento aprobó la norma que delegaba en el Gobierno la transposición y, en abril de 2021, este órgano inició los trabajos al efecto. También, en 2017, se dictó una norma que recogía una regulación general de la figura del informante y su protección²⁴.

Finalmente, en Alemania, el Ministerio Federal de Justicia, liderado por el Partido Socialdemócrata (SPD), presentó un proyecto de ley, en diciembre de 2020, que fue rechazado, en abril de 2021, por el partido conservador CDU/CSU, porque el proyecto era más ambicioso que la Directiva en algunos aspectos²⁵.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

1. TRABAJOS PARA LA TRANSPOSICIÓN

En esta legislatura se han presentado diversas proposiciones de ley sobre la materia, como son:

- 1) Proposición de Ley de medidas de lucha contra la corrupción, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, en diciembre de 2019.
- 2) Proposición de Ley de protección integral de los alertadores, presentada por Joan Baldoví Roda y 15 Diputados, en diciembre de 2019.
- 3) Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción, presentada por el Grupo Parlamentario VOX, en febrero de 2020.

²² “La Maison des lanceurs d’alerte appelle le gouvernement et les parlementaires à soutenir la proposition de loi du député Sylvain Waserman”, 21 de julio de 2021 (disponible en <https://mlalerte.org>).

²³ *Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.*

²⁴ *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato.*

²⁵ “Pressemitteilung: Verbände kritisieren Scheitern von Whistleblowing-Gesetz”. 29 de abril de 2021 (disponible en <https://www.whistleblower-net.de>).

4) Proposición de Ley Orgánica de medidas de lucha contra la corrupción y para la protección de los alertadores, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, en diciembre de 2020.

En febrero de 2021, en contestación a una pregunta parlamentaria, el Gobierno ha indicado que el Plan Anual Normativo 2021 va a incluir la Ley que traspone la Directiva, ya que constituye una de las iniciativas legislativas que tiene previsto aprobar antes de finalizar el año. En consecuencia, en enero de 2021 se ha sustanciado el trámite de consulta pública previa, mediante su publicación en la *web* del Ministerio de Justicia. En el momento en el que se publica este trabajo, con posterioridad a diciembre de 2021, ya podemos indicar que España no ha cumplido con su obligación de transponer en plazo la norma de la Unión.

2. NORMAS VIGENTES

En nuestro ordenamiento, la figura del informante y su protección frente a represalias ha sido prácticamente obviada hasta tiempos recientes, en los que se han dictado normas dispersas sobre la materia. En este punto, España deberá hacer un esfuerzo importante para trasponer toda la regulación de la Directiva. Las normas vigentes en este momento, en este ámbito específico, son las siguientes.

2.1. Canal de denuncia

La mención a canales internos de denuncia se encuentra en diversas normas en el momento actual.

1) Artículo 31 bis CP

En primer lugar, cabe citar el artículo 31 bis CP aunque la mención sea algo críptica. Recoge en su número 5.4 la necesidad de que los modelos de organización y gestión impongan la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. De tal obligación se deduce (aunque el precepto no lo diga) que esa información se debe canalizar a través de un sistema de denuncia implementado por la empresa. Por otra parte, no se puede considerar que se limite la remisión de la misma exclusivamente al “organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención”, ya que la entidad puede establecer otras vías de comunicación alternativas o complementarias.

2) Artículo 26 bis de la Ley 10/2010, de 28 de abril

En segundo lugar, cabe citar el artículo 26 bis de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo²⁶, cuyo número 1 señala:

“Los sujetos obligados establecerán procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.

Estos procedimientos podrán integrarse en los sistemas que hubiera podido establecer el sujeto obligado para la comunicación de informaciones relativas a la comisión de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la restante normativa general o sectorial que les fuere aplicable”.

3) Artículo 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre

El art. 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su número 1, indica:

“Será lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información”.

Por tanto, la legislación sobre protección de datos contempla la posibilidad de la denuncia anónima²⁷.

2.2. Protección del informante

Entre las normas de protección del informante que recoge la Directiva, se encuentra una regla específica en relación con el secreto empresarial. El artículo 21.7, párrafo segundo indica:

²⁶ Introducido por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

²⁷ Sobre el valor y tratamiento de la denuncia anónima presentada en el seno de las empresas, contamos con un pronunciamiento de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Se trata de la STS 35/2020, de 6 de febrero (ECLI: ES:TS:2020:272), que indica que el establecimiento de un canal de denuncia “*forma parte integrante de las necesidades (...) del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planee, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma*”.

“Cuando una persona denuncie o revele públicamente información sobre infracciones que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, y dicha información incluye secretos comerciales, y cuando dicha persona reúna las condiciones establecidas en la presente Directiva, dicha denuncia o revelación pública se considerará lícita en las condiciones previstas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva (UE) 2016/943”.

En esta materia rigen las disposiciones de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. La misma establece normas en materia de protección frente a la obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos comerciales (artículo 1.1), para lo cual señala que los Estados miembros garantizarán que los poseedores de secretos comerciales tengan derecho a solicitar las medidas, procedimientos y recursos previstos en la presente Directiva con el fin de impedir la obtención, utilización o revelación ilícitas de su secreto comercial o con el fin de obtener resarcimiento por ello (artículo 4.1).

Ahora bien, esta Directiva señala que hay determinados supuestos en los que no cabe oponer el secreto comercial frente a una obtención, utilización o revelación que pudiera reunir *ab initio* las condiciones para ser considerada ilícita. Así se deriva del principio general recogido en el artículo 3.2, que luego se concreta en los supuestos del artículo 5²⁸. En efecto, el artículo 3.2 señala:

“La obtención, utilización o revelación de un secreto comercial se considerarán lícitas en la medida en que el Derecho de la Unión o nacional exijan o permitan dicha obtención, utilización o revelación”.

Mientras que el artículo 5, letra b), señala (a los efectos que nos ocupan) que:

“Los Estados miembros garantizarán que se deniegue la solicitud de las medidas, procedimientos y recursos previstos en la presente Directiva cuando la presunta obtención, utilización o revelación del secreto comercial haya tenido lugar en cualquiera de las circunstancias siguientes: (...) b) para poner al descubierto alguna falta, irregularidad o actividad ilegal, siempre que la parte demandada actuara en defensa del interés general; (...)”.

En consecuencia, a la vista de las dos Directivas indicadas, cuando un informante revele un secreto comercial del que haya tenido conocimiento en un contexto laboral y esa revelación fuera necesaria para poner de ma-

²⁸ Posiblemente, el contenido del artículo 5 de la Directiva 2016/943 fue una de las cuestiones más debatidas en su tramitación. Al respecto, BARON, R. y PIGEON, M., *Adapting the EU Directive on Trade Secrets ‘Protection’ into National Law. A transposition guide for legislators and civil society organisations*, 2017, pp. 16 a 21.

nifiesto una infracción que entre en el ámbito de aplicación material de la Directiva 2019/1937, se ha de considerar que tal revelación está “permitida” por el Derecho de la Unión y, por tanto, no es ilícita en los términos de la Directiva 2016/943.

Nuestro ordenamiento cuenta con una norma expresa de protección del informante, como es el artículo 2.3, letra b), de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que señala que no procederán las acciones y medidas previstas en esta ley cuando se dirijan contra actos de obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial que hayan tenido lugar *“con la finalidad de descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con dicho secreto empresarial”*²⁹.

Para el caso de que se ejerza una acción de protección del secreto con la finalidad de impedir u obstaculizar la labor del informante, éste podrá oponer la licitud de su actuación al obtener y/o revelar el secreto. Además, el artículo 16 establece que, en el caso de que la parte demandante haya ejercido la acción de forma abusiva o de mala fe, se puede elevar la multa que prevé el artículo 247.3 LEC (que regula el respeto a las reglas de la buena fe procesal y las multas procedentes por su incumplimiento) y, además, los jueces y tribunales podrán ordenar la difusión de la resolución en que se constate ese carácter abusivo y manifiestamente infundado de la demanda interpuesta.

III. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE TRANSPOSICIÓN

Dada la situación actual, hemos de plantearnos cuál será el régimen de protección aplicable a partir del 17 de diciembre de 2021. Sin duda, serán aplicable las normas vigentes que acabamos de citar, que ya son Derecho positivo, pero la cuestión relevante es dilucidar si las disposiciones de la Directiva no transpuesta serán aplicables y, por tanto, si se podrán invocar ante los órganos jurisdiccionales.

1. EL “EFECTO DIRECTO”

Es de sobra conocido que el Tribunal de Justicia ha reiterado que en todos aquellos casos en los que las disposiciones de una Directiva sean, atendiendo a su contenido, incondicionales y lo suficientemente precisas

²⁹ Esta norma responde a la transposición del artículo 5 la Directiva 2016/943, anteriormente tratada.

y atribuyan derechos a los particulares, los particulares pueden invocarlas frente al Estado, bien cuando éste no haya adaptado su derecho nacional a la Directiva dentro del plazo establecido, bien cuando lleva a cabo una adaptación incorrecta (en este sentido, caso *Marshall*³⁰, caso *Procedimiento penal contra Kolpinghuis Nijmegen Bv*³¹ y caso *Ursula Becker*³²). Esta posibilidad que tiene el particular es exigible frente al Estado miembro y, por ello, frente a cualquiera de sus órganos³³.

Por tanto, el cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva es exigible ante un órgano jurisdiccional, pues las obligaciones dimanantes de una Directiva “se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales” (caso *Marleasing, S. A*³⁴).

2. NORMAS CON POSIBLE “EFECTO DIRECTO”

A la luz de esta doctrina, es preciso que nos planteemos si las normas de protección de la Directiva pueden tener o no ese efecto directo. Especialmente, si se trata de normas de protección que se pueden invocar en procesos judiciales y ante órganos de cualquier jurisdicción. Algunos de los supuestos problemáticos son los siguientes.

2.1. Inmunidad por la obtención de la información

La primera medida diseñada por la Directiva para la protección de los denunciantes y que merece la pena destacar consiste en eximir a los informantes de responsabilidad por la adquisición o el acceso a la información que revelan. Se recoge en el artículo 21.3 que señala dos reglas:

1) Los denunciantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya de por sí un delito.

Se trata de una inmunidad respecto al método que se utiliza para obtener o acceder a la información, siempre que el método no sea delictivo. Según

³⁰ STJCE 26 febrero 1986 (ECLI:EU:C:1986:84).

³¹ STJCE 8 octubre 1987 (ECLI:EU:C:1987:431).

³² STJCE 19 enero 1982 (ECLI:EU:C:1982:7).

³³ Sobre esta cuestión, véase BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II*, 7ª ed., 2019, pp. 2945 a 2951.

³⁴ STJCE 13 noviembre 1990 (ECLI:EU:C:1990:395).

se explica en el considerando 92, esta inmunidad opera frente a responsabilidades de tipo civil, administrativo o laboral³⁵.

La norma nos parece clara y precisa y el informante podrá invocar tal inmunidad en el proceso judicial correspondiente; por ejemplo, si es sancionado por acceder a la información vulnerando una cláusula contractual y recurre dicha sanción ante los tribunales³⁶.

2) En el caso de que la adquisición o el acceso constituya de por sí un delito³⁷, la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable.

Si el método de acceso es delictivo, se aplica el Derecho nacional correspondiente, tanto sustantivo como procesal. Por tanto, no se reconoce una inmunidad ante infracciones penales. Ahora bien, el considerando 92 añade una mención que matiza esta afirmación. Concretamente, señala que *“(...) deben ser los órganos jurisdiccionales nacionales los que evalúen la responsabilidad del denunciante a la luz de toda la información objetiva pertinente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, incluida la necesidad y la proporcionalidad de la acción u omisión en relación con la denuncia o revelación pública”*.

³⁵ Este considerando indica:

“Cuando el denunciante hubiera adquirido la información sobre las infracciones denunciadas o los documentos que la contienen, o hubiera obtenido acceso a dicha información o dichos documentos, debe gozar de inmunidad frente a dicha responsabilidad. Esto debe aplicarse tanto a los casos en los que el denunciante revele el contenido de documentos a los que tenga acceso lícitamente como a aquellos en los que realice copias de los mismos o los retire de los locales de la organización de la cual es trabajador en contravención de cláusulas contractuales o de otro tipo que estipulen que dichos documentos son propiedad de la organización. Los denunciantes deben gozar asimismo de inmunidad cuando la adquisición de la información o los documentos o la obtención de acceso a ellos pudiera generar responsabilidades de tipo civil, administrativo o laboral. Ejemplos de ello serían casos en que el denunciante hubiera obtenido la información accediendo a mensajes de correo electrónico de un compañero o consultando documentos que no utiliza habitualmente en el marco de su trabajo, o fotografiando los locales de la organización, o entrando en lugares a los que no suele tener acceso”.

³⁶ Es cierto que se puede plantear si, en este caso, la inmunidad genera un derecho frente al Estado o frente a un particular. Cabría decir que el derecho lo es frente a un particular; por ejemplo, el empresario que despidió a un trabajador por utilizar un método (a su juicio) desleal en el acceso a la información. Ello enlazaría con una cuestión, muy polémica y cuyo estudio excede del objeto y límites de este trabajo, como es la de si las Directivas no transpuestas tienen o no “efecto directo” frente a los particulares. A nuestro juicio, estas normas de la Directiva de protección del informante no generan un derecho frente al particular, sino frente al Estado: la exención de responsabilidad prevista en la Directiva no es una especie de “privilegio” que deba ser reconocido, individualmente y caso por caso, en el contrato laboral o en el régimen funcional o estatutario correspondiente, sino que opera como una “cláusula legal” de exención y es aplicable con carácter general a todo informante que actúe como tal en el contexto de sus relaciones laborales o profesionales.

³⁷ Como ejemplo de la utilización de un método delictivo, el considerando 92 señala la intromisión física o informática.

Conforme con lo dicho sería factible que los órganos de la jurisdicción nacional modularan la responsabilidad penal del informante por la acción u omisión delictiva empleada para obtener o acceder a la información, evaluando especialmente si tal acción u omisión era necesaria y proporcional a la vista del contenido de la información que se denuncia o revela. Cabría una atenuación, o incluso una exención de responsabilidad, si en esa evaluación tuviera más peso la entidad, gravedad y alcance de la información que el delito cometido para acceder a ella.

Sin embargo, en este caso no parece que la norma tenga efecto directo, ya que no es incondicional y lo suficientemente precisa, en cuanto al reconocimiento de una posible inmunidad de tipo penal.

2.2. Inmunidad por la revelación de la información

En este caso, la medida consiste en eximir a los informantes de responsabilidad por violación de las restricciones a la revelación de información impuestas por contrato o por ley.

Se recoge en el número 2 del artículo 21, que señala: “(...) *no se considerará que las personas que comuniquen información sobre infracciones o que hagan una revelación pública de conformidad con la presente Directiva hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y estas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha denuncia o revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una infracción en virtud de la presente Directiva*”³⁸.

Nuevamente, la norma es clara y precisa en el sentido que hemos indicado para el caso de la inmunidad por la obtención de la información (cuando el acceso no constituye delito).

³⁸ El considerando 91 explica esta regla de la siguiente manera:

“No debe ser posible ampararse en las obligaciones legales o contractuales de las personas, como las cláusulas de fidelidad o los acuerdos de confidencialidad y no revelación para impedir las denuncias, para denegar la protección o para penalizar a los denunciantes por haber comunicado información sobre infracciones o haber efectuado una revelación pública cuando facilitar la información que entre dentro del alcance de dichas cláusulas y acuerdos sea necesario para revelar la infracción. Cuando se cumplan esas condiciones, los denunciantes no deben incurrir en responsabilidad alguna, ya sea civil, penal, administrativa o laboral. Es conveniente que haya una protección frente a la responsabilidad por la denuncia o revelación pública de información en virtud de la presente Directiva respecto de la información de la que el denunciante tenía motivos razonables para pensar que era necesario denunciar o hacer una revelación pública para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente Directiva. Dicha protección no debe hacerse extensiva a la información superflua que la persona hubiera revelado sin tener dichos motivos fundados”.

2.3. Inversión de la carga de la prueba

La medida de protección consiste en invertir la carga de la prueba en los procesos judiciales para que, en casos de presuntas represalias, corresponda a la persona que actúa contra un denunciante demostrar que no está ejerciendo represalias motivadas por la denuncia. Es decir, una vez que el denunciante ha demostrado que efectuó su denuncia y sufrió un perjuicio, es la persona que ha emprendido la acción perjudicial demostrar que no constituye un acto de represalia, sino basado exclusivamente en motivos justificados³⁹.

Se enuncia en el artículo 21.5, que establece: *“En los procedimientos ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad relativos a los perjuicios sufridos por los denunciantes, y a reserva de que dicha persona establezca que ha denunciado o ha hecho una revelación pública y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por denunciar o hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados”*⁴⁰.

Esta norma puede tener efecto directo: es una regla de ordenación del proceso, a cumplir por los órganos jurisdiccionales internos.

2.4. Protección específica en procesos no laborales

La medida trata de garantizar que, en caso de que se emprendan acciones judiciales fuera del contexto laboral (por ejemplo, procedimientos por difamación, violación de los derechos de autor o violación del secreto de las deliberaciones), los denunciantes puedan alegar en su defensa haber presentado una denuncia o haberla revelado de conformidad con la Directiva.

Esta medida se plasma en el artículo 21.7, párrafo primero, que señala: *“En los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de*

³⁹ GEORGIADOU, G., “The European Commission’s Proposal for Strengthening Whistleblower Protection”, *Eucrim*, 2018/3, p. 169.

⁴⁰ El considerando 93 explica esta regla de la siguiente manera:

“Es probable que las represalias se presenten como justificadas por razones distintas de la denuncia y puede resultar muy difícil para los denunciantes probar el vínculo entre ambas, mientras que los autores de medidas de represalia pueden tener más poder y recursos para documentar las medidas adoptadas y motivarlas. Por lo tanto, una vez que el denunciante demuestre, razonablemente, que ha denunciado infracciones o que ha efectuado una revelación pública de conformidad con la presente Directiva y que ha sufrido un perjuicio, la carga de la prueba debe recaer en la persona que haya tomado la medida perjudicial, a quien se debe entonces exigir que demuestre que las medidas adoptadas no estaban vinculadas en modo alguno a la denuncia o la revelación pública”.

*protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes de indemnización basadas en el Derecho laboral privado, público o colectivo, las personas a que se refiere el artículo 4 no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de denuncias o de revelaciones públicas en virtud de la presente Directiva. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo el haber denunciado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la denuncia o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de la presente Directiva*⁴¹.

Aquí cabe añadir lo dicho en el apartado anterior.

3. OTRAS SOLUCIONES DESDE UNA PERSPECTIVA DISTINTA

En este punto, cabe citar algunas resoluciones judiciales que ponen de manifiesto cuáles son las cuestiones que se pueden plantear en relación con la regulación de la protección del informante en la Directiva. Probablemente, con una legislación interna adaptada a las previsiones de tal norma o incluso aplicando el “efecto directo” de la Directiva no transpuesta, la forma de abordar los problemas planteados y las soluciones alcanzadas hubieran sido distintas.

3.1. STS, Sala de lo Penal, 778/2013, de 22 de octubre⁴²

Los hechos que se declaran probados son, en síntesis, los siguientes: el acusado era un cirujano plástico que trabajaba para una entidad de medicina estética y había suscrito un contrato en el que se comprometía a no revelar (durante la vigencia del mismo y después de su finalización) ninguna información confidencial referente a los clientes y actividades de la corporación.

En el ejercicio de su actividad profesional, se percató de que alguna paciente tenía implantadas prótesis mamarias de una marca distinta a la que figuraba en la documentación de la entidad. Por ello, procedió a tomar por sí mismo o a recabar del personal de la entidad las historias clínicas de clientes, tanto intervenidas quirúrgicamente por él como por otros cirujanos,

⁴¹ Como señala el considerando 97 de la Directiva, el recurso a estos procedimientos puede tener un grave efecto disuasorio para las denuncias, por lo que los denunciantes deben poder confiar en que haber denunciado una infracción o haber efectuado una revelación pública de conformidad con la presente Directiva sea considerado un argumento en su defensa, siempre que la información que se denuncia o se revela públicamente resultase necesaria para poner de manifiesto la infracción. Y añade que, en tales casos, la persona que inicie el procedimiento debe tener la carga de probar que el denunciante no cumple las condiciones establecidas en la presente Directiva.

⁴² ECLI:ES:TS:2013:5700.

de forma que se hizo con copia de, al menos, 296 documentos, incluyendo historias clínicas de pacientes.

El acusado comunicó a la entidad la existencia de posibles irregularidades y, ante la falta de acuerdo, cesó su relación laboral.

Tiempo después trató de presentar (sin éxito) la documentación ante la Fiscalía de la Audiencia Nacional en Madrid y, posteriormente, la presentó ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, junto a una denuncia, así como en las Fiscalías de Castellón y de Albacete y en la Consellería de Sanidad de Valencia.

A raíz de la denuncia, en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana se incoaron Diligencias de Investigación y se interpuso por el Ministerio Fiscal denuncia por delito de estafa contra directivos de la entidad. Ello dio lugar a un procedimiento penal, en el que se acordó el sobreseimiento de la causa por falta de indicios de la comisión de infracción penal.

El acusado resultó condenado en la instancia por un delito continuado de descubrimiento de secretos del art. 197.1 CP, si bien declara la sentencia que actuó bajo un error de prohibición vencible, por lo que se reduce la pena en un grado. Por otra parte, es absuelto del delito de revelación de secretos del artículo 199 CP, al considerar que, en este caso, el error era invencible porque recabó asesoramiento jurídico antes de interponer su denuncia, por lo que estaba convencido que actuaba dentro de la legalidad.

La STS 778/2013, de 22 de octubre, considera que también debe ser absuelto del delito de descubrimiento de secretos.

Con independencia de los argumentos en los que se sustenta la absolución, citamos este supuesto en la medida en que hubiera podido ser objeto de debate la condición y derechos del acusado como informante.

Concretamente, cabría plantear si el cirujano podía invocar en su favor, en primer lugar, una posible inmunidad de carácter penal por la forma en la que obtuvo la información sobre las prácticas, que él entendía como fraudulentas, por parte de la entidad para la que prestaba sus servicios. Recordemos que para conocer las mismas accedió a datos tan sensibles como la historia clínica de pacientes, que no habían sido atendidas por él, con el consiguiente carácter reservado que tenían. Ya hemos dicho que la Directiva no proclama expresamente una inmunidad de tal naturaleza, pero deja la puerta abierta a que se pueda apreciar en determinadas condiciones, previa interpretación y valoración de las mismas por los órganos jurisdiccionales nacionales.

En todo caso, sí es factible que el cirujano acusado pudiera haber hecho valer una inmunidad por la revelación de la información, en los términos acogidos en la Directiva.

3.2. STC 146/2019, de 25 de noviembre⁴³

En este caso, el sustrato fáctico es el siguiente: el recurrente en amparo venía prestando servicios como enfermero para una empresa en un centro de atención a personas mayores dependientes, cuya gestión había sido adjudicada por el ayuntamiento de la localidad.

En abril de 2015, la empresa le entregó una carta de advertencia señalando que era contrario a la buena fe contractual el hecho de que hubiese acudido al ayuntamiento a trasladar una serie de cuestiones sobre su puesto de trabajo, sobre el centro en el que prestaba servicios y sobre la empresa. Ello porque debió acudir antes a su empresa para efectuar tales quejas y con su proceder había puesto en entredicho la profesionalidad de la misma y la propia calidad de la gestión del servicio ante su cliente, además de que había aludido a cuestiones falsas. En el escrito se señalaba que, aunque su comportamiento estaba tipificado en el convenio colectivo como falta muy grave, la empresa prefería instarle a que modificase su actitud o se tomarían medidas de mayor envergadura.

En mayo de 2015, la empresa le entregó una carta en la que se le comunicó su despido disciplinario por una falta muy grave de indisciplina o desobediencia en el trabajo, disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo pactado y transgresión de la buena fe contractual. Se indicaba, al respecto, para justificar el despido, que se había comprobado que su rendimiento era inferior al de la media de sus compañeros, y que sus resultados y calidad del servicio eran muy poco satisfactorios para la empresa.

El trabajador presentó demanda ante la jurisdicción social y, en instancia, se declaró la nulidad del despido por lesión del derecho a la libertad de expresión, al apreciarse que existían indicios de que la decisión extintiva era consecuencia de las denuncias realizadas ante el ayuntamiento. La empresa demandada interpuso recurso de suplicación, que fue estimado, ya que se rechazó que la conducta del trabajador pudiera ser considerada como ejercicio del derecho de libertad de expresión. El trabajador formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue inadmitido a trámite.

Por el citado se interpuso recurso de amparo, sosteniendo que la sentencia impugnada infringe el derecho a la libertad de expresión y de información.

⁴³ ECLI:ES:TC:2019:146.

La STC 146/2019, de 25 de noviembre, parte del hecho de que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como que la libertad de empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

A continuación, analiza si en el caso de autos el recurrente fue sancionado por el legítimo ejercicio de un derecho fundamental y considera que, partiendo del contenido de las manifestaciones realizadas ante el ayuntamiento, a las que se hizo referencia por la empleadora tanto en la carta de despido como en su previa misiva de advertencia, se comprueba que en ningún momento se transgredieron con ellas los límites del derecho a la libertad de expresión.

En consecuencia, considera vulnerado el derecho y otorga el amparo, declarando la nulidad de la sentencia.

En este caso, el trabajador pudiera haber hecho valer una inmunidad por la revelación de la información, en los términos acogidos en la Directiva; y además, en el proceso laboral por despido operaría la inversión de la carga de la prueba. Es cierto que en nuestro proceso laboral ya se recoge tal inversión en los procesos por despido disciplinario (artículo 105 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social); pero el debate procesal se hubiera enriquecido, en la medida en que se podrían tratar, también, sus derechos como informante.

IV. UN INVITADO INESPERADO: EL TEDH

En el desarrollo de todo el proceso de transposición que hemos comentado, con las dificultades expuestas, el TEDH ha dictado una resolución suamamente criticada. Se trata de la STEDH asunto *Halet c. Luxemburgo*, de 11 de mayo de 2021⁴⁴.

En este caso, el demandante ante el TEDH era empleado, en Luxemburgo, de *PricewaterhouseCoopers (PwC)*. Antes de abandonar la entidad, procedió a copiar documentos confidenciales relativos a operaciones que él consideraba irregulares. Parte de esos documentos se los entregó a un periodista, entre octubre y diciembre de 2012, que fueron utilizados por él para elaborar un programa de televisión y, en noviembre de 2014, los documentos fueron subidos a la red.

⁴⁴ Sobre la misma, véase GOENA VIVES, B., “Whistleblowing: ¿Prohibición, prescripción o permisión? El caso “Luxleaks”. Comentario a la Sentencia del TEDH de 11 de mayo de 2021 (*Halet c. Luxemburgo*)”, *InDret*, 3.2021, pp. 313 a 322.

El demandante ante el TEDH y el periodista fueron denunciados por *PwC* y el primero resultó condenado por varios delitos, entre ellos, vulneración del secreto comercial y profesional. La sentencia fue confirmada en apelación por los tribunales luxemburgueses.

La STEDH, *asunto Halet c. Luxemburgo*, de 11 de mayo de 2021, parte de la base (ap. 86 y 87) de que la condena del demandante por entregar documentos confidenciales a un periodista que, posteriormente, los publicó constituye una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión por parte del demandante. Añade que tal injerencia fue “conforme a la ley” y persiguió un “fin legítimo”: el demandante fue condenado por la comisión de varios delitos y el enjuiciamiento y castigo de los mismos tenía como objetivo evitar la divulgación de información confidencial y proteger la reputación de su empleador. En consecuencia, la cuestión se centra en analizar si la citada injerencia fue “necesaria en una sociedad democrática”, en particular examinando si existía una relación de proporcionalidad entre la injerencia y el objetivo perseguido (ap. 88).

En este punto, el TEDH considera necesario determinar si el demandante puede ser considerado un denunciante o informante, para lo cual acude a los criterios establecidos en la STEDH, *asunto Guja c. Moldavia*, de 12 de febrero de 2008, para comprobar si se han respetado en este caso. Conforme con esta última STEDH (ap. 74 a 77 de la misma) esos criterios son los siguientes:

1) El interés público que exista en relación con la revelación. El interés de la opinión pública por conocer cierta información es, en ocasiones, tan grande que puede superar el deber de confidencialidad.

2) La autenticidad de la información divulgada. Cualquier persona que decide divulgar las informaciones debe verificar, con cuidado, en la medida en que sus circunstancias se lo permitan, que son exactas y dignas de crédito.

3) El daño que la divulgación podría causar a la entidad. El interés público en obtener la información debe ser superior al daño que la divulgación causa al empleador.

4) La motivación del subordinado que procede a divulgar la información. Es importante establecer si la persona ha actuado de buena fe y con la convicción de que la información era auténtica y que la divulgación servía al interés general. Un acto motivado por alguna queja o aversión personal o, incluso, por la perspectiva de algún beneficio personal (como una ganancia económica) no justifica un nivel de protección elevado⁴⁵.

⁴⁵ Este criterio es completamente distinto respecto al que se acoge en la Directiva. Conforme con su artículo 6, los denunciantes deben tener derecho a protección si tienen motivos razonables para creer

5) La comprobación de si el divulgador disponía o no de medios más discretos para denunciar las actuaciones en cuestión.

6) La proporcionalidad de la pena impuesta y sus consecuencias.

La STEDH, *asunto Halet c. Luxemburgo*, de 11 de mayo de 2021, entiende que sólo son debatidos dos de estos criterios.

El primero es el de la ponderación entre el daño que la divulgación podría causar a la entidad y el interés público en obtener la información. La resolución considera (ap. 101) que, en el caso concreto, la “salud económica” de *PwC* no parece haberse visto afectada de forma permanente y todo apunta a que su reputación tampoco se ha visto afectada. Sin perjuicio de ello, añade (ap. 109) que el órgano de apelación luxemburgués no negó que las divulgaciones fueran de interés general, pero concluyó que las revelaciones del demandante eran de escasa relevancia, ya que los documentos no brindaban “*información esencial, nueva y desconocida hasta ese momento*”. El TEDH está de acuerdo con esta conclusión⁴⁶.

El segundo criterio es el relativo a la proporcionalidad de la sanción. En este caso, la STEDH (ap. 111) considera que los tribunales internos tomaron en cuenta, como elemento atenuante, el “carácter desinteresado de la acción” del demandante, para imponer sólo una multa en una cuantía bastante reducida; por lo que concluye que tal sanción es relativamente moderada y no produce un efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad del demandante o de otros empleados.

Por todo ello, el TEDH considera que no hay vulneración del art. 10 del CEDH (derecho a la libertad de expresión).

La Sentencia cuenta con un voto particular emitido por los jueces Lemmens y Pavli. El desacuerdo de ambos se relaciona con el enfoque adoptado por la mayoría al ponderar los derechos del empleador y el interés general en la divulgación de la información y, además, con las razones aducidas

que la información comunicada es veraz y entra dentro de su ámbito de aplicación. El denunciante debe creer razonablemente que comunica una información veraz relativa a una irregularidad.

En este punto, es relevante destacar que la Directiva no utiliza el concepto de “actuar de buena fe”, que es un concepto equívoco: se puede interpretar en el sentido de requerir que la persona crea razonablemente que la información que revela es verdadera, pero también que la persona (además) debe actuar por un motivo altruista. De ser así, por ejemplo, una persona movida por un ánimo de venganza no sería considerada informante, aunque la información que revelara fuera cierta.

A nuestro juicio, este enfoque de la Directiva es correcto, ya que al atribuir la protección al “informante veraz”, con independencia de cuál sea el móvil por el que actúa, pone de manifiesto que lo determinante es la información que presta, no el motivo que le mueve a prestarla.

⁴⁶ Hay que tener en cuenta que, antes de la revelación por el demandante, ya se había producido otra divulgación de información sobre las prácticas de *PwC*.

por los tribunales nacionales para concluir que los intereses del empleador debían prevalecer en este caso.

Con independencia de los argumentos concretos del voto, es destacable que se plantee el efecto que puede tener esta Sentencia en el ámbito de la actuación de los informantes en el sector privado. Así, el voto considera que el enfoque de los tribunales nacionales, aceptado por el TEDH, puede tener *“un efecto disuasorio significativo sobre futuros denunciantes en el sector privado, porque una persona que esté considerando divulgar información, que crea que tiene interés público, se puede enfrentar a una gran incertidumbre, para determinar si se considerará que tal información cumple con el estándar mucho más exigente de ‘información esencial, nueva y hasta ahora desconocida’”*.

En definitiva, los jueces disidentes entienden que la decisión del TEDH entra en conflicto con la doctrina establecida en el *asunto Guja c. Moldavia* y las nuevas normas europeas en este ámbito, de manera que obstaculiza la protección efectiva de los denunciantes en el sector privado⁴⁷.

V. CONCLUSIONES

La transposición de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, está siendo un camino tortuoso, en el que están influyendo los problemas técnicos de adaptación legislativa que toda transposición requiere; pero, sin duda, también el debate sobre la definición de los límites de una regulación tan ambiciosa en la protección del informante, como la que recoge la Directiva.

Además, el proceso tiene un incierto final. La práctica totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea aún no han transpuesto la norma y el plazo para hacerlo ya ha expirado. Lo que hace surgir la discusión sobre “efecto directo” de sus disposiciones, que se planteará ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Este panorama no es nada alentador para la persona que se encuentre en la tesitura de denunciar una irregularidad: a la tradicional consideración de su figura bien como *“héroe”* o, por el contrario, bien como *“villano”*, se unirá ahora la indefinición de su régimen legal.

⁴⁷ Se ha indicado que esta resolución abandona el enfoque pro-denunciante que el TEDH había mantenido en los últimos años y parece apuntar en un sentido contrario al de la Directiva; GOENA VIVES, B., “Whistleblowing: ¿Prohibición...”, cit., p. 313.

VI. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

- BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II*, 7ª ed., 2019, pp. 2945 a 2951.
- BARON, R. y PIGEON, M., *Adapting the EU Directive on Trade Secrets 'Protection' into National Law. A transposition guide for legislators and civil society organisations*, 2017, pp. 16 a 21.
- BIRKENFELD, B., "Inside the Cartel", *World Policy Journal*, vol. 27, nº 1, primavera 2010, pp. 10 a 12.
- GEORGIADOU, G., "The European Commission's Proposal for Strengthening Whistleblower Protection", *Eucrim*, 2018/3, pp. 166 a 169.
- GOENA VIVES, B., "Whistleblowing: ¿Prohibición, prescripción o permisión? El caso "Luxleaks". Comentario a la Sentencia del TEDH de 11 de mayo de 2021 (Halet c. Luxemburgo)", *InDret*, 3.2021, pp. 313 a 322.
- HENRIKSSON, K., "The EU Whistleblower Protection Directive-How are member states handling the transposition?", *WhistleB blog*, 3 de agosto de 2021.
- KENNEY, M. "Whistleblowing is still a career-ending suicide mission", *The FCPA Blog*, 21 de agosto de 2018.
- PACELLA, J. M., "Bounties for bad behavior: rewarding culpable whistleblowers under the Dodd-Frank act and Internal Revenue Code", *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 17, 2015, pp. 345 a 392.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., "¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal", *InDret*, 3/2006.
- VAN WAEYENBERGE, A. y DAVIES, Z., "The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System", *European Journal of Risk Regulation*, vol. 12, marzo 2021, pp. 236 a 244.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., *Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense*, Aranzadi, 2020.
- VILLORIA MENDIETA, M., "Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación", *Revista Española de la Transparencia*, nº 12, primer semestre, enero-junio, 2021, pp. 15 a 24.
- ZAMARRA ÁLVAREZ, C., "La nueva directiva europea para la protección de los denunciantes", *Revista Jurídica Colex*, nº 15, marzo-abril 2020, pp. 18 a 21.

REFERENCIAS DE INTERNET

- "EU Whistleblowing Directive-France. Implementation of the EU Whistleblowing Directive in France", 1 de julio de 2021 (disponible en <https://www.simmons-simmons.de>).

“La Maison des lanceurs d’alerte appelle le gouvernement et les parlementaires à soutenir la proposition de loi du député Sylvain Waserman”, 21 de julio de 2021 (disponible en <https://mlalerte.org>).

“Minister McGrath publishes General Scheme of Protected Disclosures (Amendment) Bill” (disponible en <https://www.gov.ie/en/press-release>).

“Pressemitteilung: Verbände kritisieren Scheitern von Whistleblowing-Gesetz”. 29 de abril de 2021 (disponible en <https://www.whistleblower-net.de>).

“Transparency International Austrian Chapter Forderungspapier: Whistleblowing EU-Richtlinie” (disponible en <https://www.ti-austria.at/2020/09/21/4312/>).

LA VINCULACIÓN DE LOS TRIBUNALES *AD QUEM* A LAS PETICIONES ACUSADORAS EN FASE DE RECURSO¹

The bonding of courts of appeal and cassation by the accusing petitions in the appeal's and cassation's phase

Salvador GUERRERO PALOMARES

Profesor Asociado de Derecho Procesal Universidad de Málaga

Doctor. Abogado. Socio de Guerrero-Abogados

Representante del CGAE en el *Criminal Law Committee* de CCBE (Abogacía Europea)

sguerrero@uma.es

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ESTADO DE COSAS Y ENUNCIACIÓN DE LA TESIS QUE SE DEFIENDE. II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES Y, EN ESPECIAL, EL PRINCIPIO ACUSATORIO. III. EXPOSICIÓN DE LA POSTURA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PROBLEMA TRATADO. 1. La doctrina del Tribunal Constitucional. 2. La doctrina del Tribunal Supremo. 3. La STC 47/2020. ¿Un cambio de paradigma? IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL IMPERANTE ANTES DE LA STC 47/2020. 1. Ausencia de una construcción dogmática sólida y existencia de contradicciones en la doctrina del TC. Adopción de un criterio casuístico. 2. Desacuerdo sustancial con los fundamentos de las sentencias analizadas. V. EN DEFENSA DE NUESTRA TESIS. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La jurisprudencia y la doctrina han realizado un importante esfuerzo por configurar los límites y contornos de la correlación entre acusación y sentencia con base en los derechos fundamentales de defensa, imparcialidad judicial y principio acusatorio; sin embargo, dicha construcción dogmática se ha centrado y proyectado en la primera instancia. Pero, ¿qué sucede en segundo grado o en casación? ¿Son aplicables las mismas garantías? ¿Existe —o debe existir—, en definitiva, una exigencia de correlación entre la posición que las acusaciones adoptan en la fase de recursos con la sentencia que se dicte en ese trámite? ¿Son aplicables en fase de recursos los mismos fundamentos, principios y derechos que justifican esa correlación en el juicio de primer grado?

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas” Ref. PID2020-116848GB-I00. Investigadoras principales: ARANGUENA FANEGO, C., y DE HOYOS SANCHO, M.

Abstract: Jurisprudence and doctrine have made an important effort to configure the limits and contours of the correlation between accusation and judgment, based on fundamental rights of defense, judicial impartiality and accusatory principle; however, this dogmatic construction have been focused to the first instance. But, what happens in the second degree or in cassation? Are the same guarantees applicable? Is there —or should it exist—, a requirement of correlation between the position that the accusations adopt in the appeals phase and the judgment handed down in that proceeding? Are the same fundamentals, principles and rights that justify this correlation in the first degree applicable in the appeal or cassation phase?

Palabras clave: principio y sistema acusatorio, imparcialidad judicial, vinculación entre acusación y sentencia, apelación, casación.

Key words: *adversarial principle and system, judicial impartiality, bonding between accusation and judgment, appeal, appeal on cassation.*

ABREVIATURAS

- Art/s: artículo/s
CE'78: Constitución Española de 1978.
TC: Tribunal Constitucional.
TS: Tribunal Supremo.
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ESTADO DE COSAS Y ENUNCIACIÓN DE LA TESIS QUE SE DEFIENDE

Mucho se ha debatido en nuestro sistema acerca de la vinculación de los tribunales penales a las peticiones de las acusaciones, tanto en lo que respecta a la calificación jurídica como en cuanto a la concreta pena solicitada.

Resulta ocioso, a estas alturas, realizar un *excursus* acerca del desarrollo de esta problemática, que es bien conocida y ha sido ya excelentemente tratada con anterioridad por la doctrina².

Simplemente, y a modo de brevísima introducción a la cuestión que se planteará, cabe decir que, en materia de vinculación de la sentencia con la

² Los trabajos más relevantes, al menos para quien suscribe, siguen siendo los aparecidos a principios de la década de 2000, realizados por: CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Aranzadi, Pamplona, 2003; GONZÁLEZ NAVARRO, A., *Acusación y defensa en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004; y PÉREZ MORALES, M.G., *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario*, Comares, Granada, 2002.

calificación jurídica formulada por las acusaciones, el juez o tribunal sólo puede condenar por delito distinto cuando el acusado haya tenido la posibilidad de defenderse (esto es, que no se hayan alterado los hechos de la acusación³) y el delito sea homogéneo (SSTS núms. 225/1997, de 15 de diciembre; 493/2006, de 4 de mayo; 34/2014, de 6 de febrero; o 285/2015 de 14 mayo)⁴.

Es posible también la condena por delito heterogéneo, por un subtipo agravado, o la apreciación de una agravante o de un mayor grado de participación o consumación no contemplados en las acusaciones, siempre que —de nuevo sin modificación sustancial de los hechos— se haya planteado la “*tesis de desvinculación*” del artículo 733 LECrim (o del 788.3 LECrim para el procedimiento abreviado) y ésta haya sido asumida por alguna de las partes acusadoras (SSTS núms. 609/2005 de 12 mayo; o 1203/2006 de 11 diciembre)⁵.

Estas importantes excepciones al deber de congruencia entre acusación y sentencia, hacen que no podamos esgrimir como principio general el de la *vinculación absoluta* del tribunal con la calificación jurídica de las acusacio-

³ Es diáfana la vinculación del Tribunal con los hechos esenciales objeto de acusación (SSTC 134/1986, 205/1989, 43/1997 o 155/2009; y las SSTS núms. 172/1993, de 8 febrero; 213/1995, de 14 febrero; 688/2005 de 3 junio; 304/2008 de 5 junio; 849/2013, de 12 noviembre, 737/2016 de 5 octubre; 349/2021 de 28 abril. o 395/2021 de 6 mayo), si bien es posible que el Tribunal prescindiera de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada (por todas, STS núm. 797/2015 de 24 noviembre). También la doctrina, por todos, DE DIEGO DIEZ, L.A., “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción”, *Revista Justicia*, nº 1, 1988, p. 112; DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, Granada, 1996, p. 361 y ss; GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 72 y 73; VERGE GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosh, Barcelona, 1994, p. 109 y ss.; o VIADA LÓPEZ PUIGSERVER, C., “Los límites del principio acusatorio (Sentencia de 13 de junio de 1961)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 1, 1962, p. 105 y ss; entre otros muchos.

⁴ De acuerdo con el TS, un delito es homogéneo cuando existe una “*analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él*”, debiendo huirse de “*concepciones formales, que acuden a la colocación sistemática de los tipos en la ordenación por títulos, capítulos o secciones de los textos legislativos*” (STS núm. 246/2011, de 14 abril). En palabras del Auto del TC nº 244/1995, son delitos o faltas “*generalmente homogéneos*” los que “*constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse*”.

⁵ Muchas cuestiones e interrogantes siguen existiendo respecto de estas cuestiones, entre otras: (i) la posible vulneración de los derechos del acusado por la aplicación de un delito homogéneo de menor gravedad del que no ha tenido ocasión de defenderse; (ii) la resolución que debería adoptar el juez o tribunal cuando ninguna acusación asume su “*tesis de desvinculación*” o cuando no la plantea (STS 28/2017, de 25 enero); (iii) la vinculación del tribunal en supuestos de conformidad (STS 188/2015, de 9 abril); (iv) la imposición de la pena mínima legal cuando la acusación la omite o yerra (Acuerdo no jurisdiccional de 27 de febrero de 2007, STS 733/2016, de 5 octubre), etc. No siendo éste el lugar para despejar todas esas incógnitas, nos limitamos a enunciar los presupuestos más genéricos y aceptados, como introducción al concreto objeto de este estudio.

nes sino, más bien, el de la *correlación* entre la acusación y la sentencia, que impone sólo una vinculación *relativa* a la acusación (STS núm. 949/2013, de 19 de diciembre)⁶.

En cuanto al *quantum* penológico, resulta ya inconcuso en nuestro sistema —desde el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 20 de diciembre de 2006⁷ y su desarrollo, en la STS núm. 30/2007, de 12 de enero y posteriores, con confirmación de ese criterio por la STC 155/2009⁸— que, sea cual sea el procedimiento penal en que nos encontremos, el juez o tribunal no puede imponer más pena que la solicitada por las acusaciones lo que, en buena medida, viene a eliminar *de facto* las consecuencias penológicas negativas que las excepciones a la vinculación con la calificación jurídica pudieran producir⁹.

Por último, cabe indicar que, a estos efectos, se considera de forma pacífica que la definitiva concreción del objeto del proceso y el instrumento de comparación entre la pretensión acusadora y la sentencia son los escritos de conclusiones definitivas (por reciente, STS núm. 427/2021 de 20 mayo).

Como se ve, el debate doctrinal y la evolución jurisprudencial respecto de la vinculación/correlación entre acusación y sentencia se ha focalizado en la fase del enjuiciamiento en primera o única instancia¹⁰, lo que en prin-

⁶ La meritada sentencia entiende que esa correlación determina la vinculación “a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación”.

⁷ Este Acuerdo expresaba que: “El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquier que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”. Dicho Acuerdo fue completado por otro de Pleno de 27 de diciembre de 2007 que estableció la vigencia del anterior, a no ser que la pena legalmente establecida se omita o no alcance el mínimo establecido en la ley, en cuyo caso, el Tribunal podrá imponer la mínima indicada en la ley. Respecto de ambos, véase, MUÑOZ CUESTA, F.J., “El principio acusatorio en casación”, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 2/2014, p. 1 y 2/5, versión electrónica.

⁸ En unión con lo dispuesto en el artículo 789.3 LECrim, y el artículo 8 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

⁹ Con la excepción, entendemos, de que una de las partes acusadoras haya acogido la “tesis de la desvinculación”, pidiendo, en su caso, mayor pena que la interesada en su escrito de conclusiones definitivas. A este respecto, surge también el problema de la imposición de penas accesorias que no han sido solicitadas expresamente por las acusaciones (SSTS 69/1999, de 26 enero; 417/2003, de 20 marzo; 20/2007, de 22 enero o auto núm. 1023/2013 de 30 abril).

¹⁰ Aún siguen existiendo tribunales penales que deciden en única instancia, a pesar de la llamada generalización de la segunda instancia penal. Así, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuando juzgan en primera y única instancia a aforados autonómicos y jueces, magistrados y fiscales de la Comunidad Autónoma (art. 73.3. a) y b) LOPJ) y la Sala de lo Penal del T.S. cuando los aforados son nacionales (art. 57.1.1 y 2 LOPJ).

cipio es lógico, puesto que el objeto de estudio era la correlación entre los escritos de acusación (definitivos) y la sentencia; sin embargo, entendemos que dicho debate puede —y debe— extenderse también al ámbito de los recursos, ordinarios y extraordinarios. No es baladí, a nuestro entender, preguntarse si, en esos estadios procesales posteriores a la sentencia de primera o única instancia, continúa vigente ese deber de *correlación* entre las peticiones de las acusaciones en el ámbito de la segunda instancia o de la casación (ahora ya en sus recursos o en la oposición a ellos) y la sentencia que dicte el órgano *ad quem*.

La cuestión se plantea, ciertamente en casos singulares, cuando, por ejemplo, las partes acusadoras-recurridas se adhieren al recurso que presenta la defensa solicitando la nulidad de la sentencia, la absolución del condenado o la reducción de pena. O cuando son las acusaciones las únicas partes recurrentes en beneficio del reo.

Atendiendo al estado de nuestra jurisprudencia, tanto del TC como del TS, con la relevante excepción que supone la reciente STC 47/2020, podríamos afirmar que no existe *vinculación* ni *correlación* del Tribunal *ad quem* con las peticiones de las acusaciones en los recursos.

Así se venía expresando por el Tribunal Constitucional en las escasas sentencias dedicadas a la cuestión que son, salvo error de esta parte, las SSTC 283/1993, 123/2005 y 183/2005. En esa misma línea se ha pronunciado también la Sala II del TS, en sus SSTS núm. 859/2013, de 21 octubre, y 205/2015, de 10 de marzo¹¹, haciendo descansar su *ratio decidendi* en doctrina del TC plasmada en las sentencias anteriores —transcribiendo literalmente los fundamentos de derecho de las SSTC 123 y 183/2005¹²—, y en el Acuerdo del Pleno de 20 de diciembre de 2006 —ya mencionado— y el de 27 de noviembre de 2007, que comentaremos más tarde.

Sin embargo, todo este edificio jurisprudencial debe ser cuestionado a partir de la STC 47/2020 que estima en el caso concreto la relevancia constitucional de la correlación entre la posición de las partes acusadoras en el ámbito del recurso y la sentencia de segunda instancia. Sucede, no obs-

¹¹ Aún más recientemente, en el auto de aclaración de 19 de abril de 2016 respecto de la STS 625/2015, de 22 de diciembre, la Sala II ha declarado expresamente el apoyo del Ministerio Fiscal al motivo de casación de la defensa en una concreta penalidad “*es petición que no obliga a esta Sala a su imposición*”. Aplicando este posicionamiento de no vinculación, si bien sin ofrecer explicación alguna al respecto, la STS núm. 496/2013, de 13 junio.

¹² La escasez de pronunciamientos al respecto se explica en la STS núm. 859/2013, de 21 octubre, donde se pone de manifiesto que esta cuestión es extraña en la práctica, dado que, según indica el Tribunal, “*es extraño que no acompañe la razón de fondo al Ministerio Público cuando apoya un recurso de casación de la parte pasiva*”.

tante, que dicha sentencia elude explicar y justificar el cambio de criterio respecto de su anterior doctrina, dejando así la cuestión, a nuestro juicio, en un cierto estado de indeterminación, y no siendo posible, por tanto, extrapolar la doctrina contenida en la misma a supuestos de hecho distintos de los que dicha resolución aborda. Es por ello que creemos que el análisis que realizamos en este trabajo puede tener cierto interés.

Sin perjuicio del análisis más detallado que sobre esta jurisprudencia haremos más tarde, cabe ya adelantar que, en esencia, la razón esgrimida con anterioridad a la STC 47/2020 para negar la vinculación de los tribunales *ad quem* con las peticiones de las partes en la fase de recurso es que lo que se ventila en los recursos no es una genuina pretensión punitiva —que ya fue objeto de resolución en la primera instancia—, ni siquiera su mantenimiento —pues la misma ya se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria—, sino una pretensión completamente diferente, consistente en la revisión de la legalidad y/o constitucionalidad de la sentencia impugnada. Ello justifica, según las sentencias que veremos, la *modulación* o *flexibilización* en fase de recursos de la aplicación de las garantías procesales —básicamente del principio acusatorio— que rigen en la fase de juicio oral o enjuiciamiento en este concreto ámbito.

A nuestro juicio, sin embargo, existen razones sobradas a nuestro alcance para superar este posicionamiento y reforzar las garantías a un juicio justo, a un juez imparcial y, en definitiva, al principio acusatorio, también en el trámite de recursos, tanto en sede de apelación, como de casación.

En este sentido, sostenemos que las sentencias de Tribunales *ad quem* —ya sean de segunda instancia o de casación— deberían, al igual que las de los Tribunales de primera o única instancia, ser congruentes con la posición que las acusaciones decidan mantener en las alzadas, que no tiene porqué ser la misma que mantuvieron en el juicio oral¹³.

El presente trabajo tiene como objeto defender esta tesis, intentando construir un argumentario lógico-jurídico-dogmático que ayude al cambio de paradigma que subyace en la resolución del caso concreto proyectado en la STC 47/2020.

¹³ El cambio de criterio de la acusación en el trámite de recurso es perfectamente posible, por muy diversas razones. Dicho cambio es, asimismo, lícito, sin que suponga contradecir la doctrina de los actos propios. Así lo explicó la STS de 6 de abril de 1992, en un supuesto donde la acusación particular recriminó la postura del Ministerio Fiscal, el cual, habiendo acusado en la instancia, impugnó el recurso deducido por la acusación particular contra la sentencia absolutoria. El artículo 94.3 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal, Decreto 437/1969, de 27 de febrero, permite expresamente que los Fiscales de los Tribunales de segunda instancia, puedan sostener distinto criterio del que el Ministerio Fiscal sostuvo en la primera, cuando así lo aconsejen las circunstancias del caso.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES Y, EN ESPECIAL, EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Comencemos por afirmar que el proceso penal en los Estados Constitucionales de Derecho¹⁴ está basado en parámetros garantistas de reconocimiento de derechos fundamentales procesales a los sospechosos, investigados y acusados de haber cometido un acto delictivo.

En definitiva, el proceso penal no tendría sentido sin esos derechos. La razón esencial de la existencia del proceso en los Estados democráticos es dar la oportunidad al reo de defenderse de forma efectiva ante órganos judiciales imparciales en el marco de una contienda justa. En otro caso, sobraría el proceso y bastaría la inicial atribución de responsabilidad penal a una persona por parte de las autoridades policiales, fiscales o judiciales, para proceder inmediatamente a su condena.

Esta base axiológica garantista del proceso penal, establecida en Convenios y Tratados Internacionales de ociosa cita, ha sido refrendada recientemente por la Unión Europea, a través de la llamada *hoja de ruta* para el reforzamiento de las garantías procesales¹⁵, incluida dentro del denominado Programa de Estocolmo¹⁶, que tiene como base la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹⁷.

¹⁴ Utilizamos la categoría de *Estado Constitucional de Derecho*, esgrimida por FERRAJOLI para determinar aquel ordenamiento de Constitución rígida en donde las normas jurídicas no sólo se legitiman por su carácter positivo (positivismo jurídico) sino también por su sujeción al derecho, esto es, por su contenido material, que debe ser ajustado a valores ético-políticos como la igualdad, la dignidad de la personas y los derechos fundamentales, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004, p. 19 y 22; en mismo autor, en *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, p. 16 y ss; o en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, p. 52 y ss. En las dictaduras o Estados que no lo sean de derecho, el proceso cumple una mera función ritualaria, de mera justificación mediática y propagandística de la pena impuesta, y donde no es necesario el respeto a ningún derecho fundamental procesal. Es lo que TARUFFO, M., en *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, en Cuadernos de la Divulgación de la Justicia Electoral, nº 20, México, 2013, p. 81 y ss, versión electrónica, llamó la “*concepción ritualista del proceso*”.

¹⁵ Adoptada por el Consejo, el 30 de noviembre de 2009 (DOUE de 4 de diciembre de 2009).

¹⁶ El Programa de Estocolmo (DOUE de 4 de mayo de 2010) fue una iniciativa del Consejo Europeo, que estableció las prioridades de la Unión Europea (UE) respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia durante el periodo 2010-2014. Partiendo de los logros de sus predecesores, los programas de Tampere y La Haya pretendieron reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia, con medidas centradas en los intereses y las necesidades de los ciudadanos, en aras a conseguir una Europa más segura donde se respeten los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos.

¹⁷ DOUE, de 30 de marzo de 2010. La Carta incluye un Título VI sobre “Justicia”, que incluye los derechos fundamentales procesales en sus artículos 47 a 50. Sobre las garantías procesales de los investigados y acusados en la UE y la conformación de un espacio judicial europeo en materia procesal penal, pueden verse los trabajos de ARANGÜENA FANEGO, C. (2018), “La elaboración de un estatus procesal de investigado/acusado en la Unión Europea. Balance del plan de trabajo del Consejo ochos años después”, en *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 21 y ss; DE HOYOS SANCHO, M., “Garantías

Dicha *hoja de ruta* legislativa ha propiciado la aprobación de seis Directivas de enorme importancia respecto de las garantías procesales de los sospechosos o acusados en procesos penales, que deben hacer que no olvidemos de dónde venimos, y sobre todo, hacia dónde debemos ir¹⁸.

Dentro del elenco de derechos procesales que, nacional e internacionalmente, se le reconocen al investigado o acusado en causa criminal, se encuentran el derecho al juez imparcial y al principio acusatorio. Ambos derechos están, no sólo interrelacionados, sino también íntimamente unidos al derecho de defensa y, todos juntos, unidos a otros, conforman el denominado derecho al juicio justo o *fair trial*¹⁹, reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tributario de una concepción adversarial del proceso penal, tal y como se afirma expresamente en la STEDH *Standford vs. UK*, de 23 de febrero de 1994, parágrafo 26)²⁰.

Obviamente no vamos a entrar en este artículo en el análisis de cada uno de esos derechos ni de las vinculaciones entre ellos, pues esto desbordaría completamente nuestro objetivo de estudio, pero sí diremos —y ello es muy relevante para el sostenimiento de nuestra tesis—, que esos derechos han sido los que más han influido en la hoy indiscutible correlación entre la acusación y la sentencia de primer grado, tanto en lo que respecta a la calificación jurídica como a la pena a imponer²¹.

procesales de las personas jurídicas investigadas y acusadas: armonización en el ámbito de la Unión Europea y situación actual en España”, en *Garantías procesales de investigados y acusados...op. cit.*, p. 53 y ss; JIMENO BULNES, M., “The EU roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings”, *Revista EUCRIM*, nº 4, 2009, p. 157 y ss.

¹⁸ Directiva 2010/64/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, del derecho a la traducción e interpretación en los procesos penales (DOUE de 26 de octubre de 2010); Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 22 de mayo, del derecho a la información en los procesos penales (DOUE de 1 de junio de 2012); Directiva 2013/48/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, de acceso al abogado (DOUE de 6 de noviembre de 2013); Directiva 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, de garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en procesos penales (DOUE de 21 de mayo de 2016); Directiva 343/2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo, de reforzamiento de ciertos aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en juicio penal (DOUE de 11 de marzo de 2016); y Directiva 2016/1919, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, sobre asistencia jurídica gratuita para sospechosos y acusados en procesos penales y personas requeridas por una Orden Europea de Detención y Entrega (DOUE de 4 de noviembre de 2016).

¹⁹ Sobre el juicio justo o equitativo en el ámbito de la Unión Europea, véase nuestro trabajo, GUERRERO PALOMARES, S., “La configuración del derecho fundamental al proceso justo, debido o equitativo (*fair trial* o *due process*) en el ámbito de la Unión Europea”, en *Nueve Estudios para Informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana*, ROBLES GARZÓN, J.A. (coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 97 y ss.

²⁰ Sobre la extensión del derecho al *fair trial* en el jurisprudencia del TEDH, véase la obra GOSS, R., *Criminal Fair Trial Rights*, Blomsbury Publishing, Oxford, 2016, p. 100 y ss.

²¹ Lo que se colige sin dificultad, como veremos, de la práctica totalidad de las sentencias del TC y del TS que han ido elaborando la vinculación existente, y de la doctrina que la ha analizado, por todos, PÉREZ

Entre todos los derechos mencionados, las referencias al principio acusatorio han sido las más recurrentes²².

En efecto, la invocación del principio acusatorio ha sido preeminente en las justificaciones que tanto el TS como el TC han utilizado para cambiar radicalmente el tratamiento procesal de la vinculación del tribunal con la pena en concreto solicitada por las acusaciones²³, que ha pasado de ser prácticamente ninguna —dentro del marco penológico de la calificación jurídica esgrimida por las acusaciones-²⁴ a ser total.

MORALES, M.G., *Correlación entre acusación y sentencia...*, *op. cit.*, p. 3. En parecido sentido, RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, p. 203 y ss, o CUCARELLA GALIANA, L.A., *La correlación de la sentencia con la acusación...* *op. cit.*, p. 26 y ss. En cuanto a la influencia del principio acusatorio respecto de la vinculación con el quantum penológico solicitado, véase, RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, R., “Extensión del principio acusatorio y vinculación del Tribunal sentenciador (a propósito de la STC Pleno 155/2009, de 25 de junio)”, *Diario La Ley*, nº 7272, año XXX, 29 de octubre 2009, p. 1351 y ss. Asimismo, relacionando el principio acusatorio con las últimas tendencias jurisprudenciales sobre vinculación a la pena y el derecho a ser informado de la acusación, véase, DOLZ LAGO, M.J., “Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia, ¿hacia un reforzamiento del ‘poder de acusar’ y del Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, nº 6771, año XXVIII, 4 de septiembre de 2007, p. 1581 y ss.

²² Mucho se ha escrito acerca del principio acusatorio. Por razones obvias, citaremos la obra con la que nos sentimos más identificados, GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, Cizur Menor, 2009, donde analizamos la doctrina nacional más relevante —y alguna internacional— al respecto y se reflexiona sobre el significado, contenido y contorno concreto del principio, sistema o derecho a un proceso acusatorio o adversarial. Más recientemente, resulta muy relevante el trabajo de JIMENO BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, en *Justicia*, nº 2, 2013, p. 201 y ss. Sobre las diferencias axiológicas, históricas e ius-filosóficas entre los sistemas acusatorios del *common law* y los inquisitivos o mixtos del *civil law*, puede consultarse también nuestro trabajo GUERRERO PALOMARES, S., “Common and Civil Law Traditions on Victim’s Participation at the ICC”, en *International Journal of Procedural Law*, vol. 4, 2014, nº 2, p. 220 y ss. Aportaciones imprescindibles para el entendimiento del principio acusatorio las encontramos en ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y derecho penal*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1995, y “Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no”, en *Revista de la Asociación Ius et Veritas*, nº 16, 1998; BACHMAIER WINTER, L. (Coord), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008; en el plano internacional, entre otros muchos, interesan los trabajos de DAMASKA, M.R., *The faces of justice and State authority. A comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Heaven, 2009, y REICHEL, P.L., *Comparative Criminal Justice systems*, Financial Times Prentice, Hall, New Jersey, 2017.

²³ MUÑOZ CUESTA, F.J., “El principio acusatorio en casación...*op. cit.*”, p. 1 y 2/5, versión electrónica.

²⁴ Se sostenía que el tribunal podía imponer pena más grave que las solicitadas por las acusaciones siempre que la motivase suficientemente y se mantuviese dentro de los límites establecidos, pues la vinculación del órgano jurisdiccional derivaba de la Ley y no de las peticiones de las partes y la individualización de la pena corresponde únicamente al Tribunal y no a la acusación. Este criterio estaba hegemónicamente establecido en las SSTC 43/1997, 228/2002, 174/2003, 163/2004, 71/2005, 347/2006, AATC 377/1987, 321/1992, 327/1993, 202/1998, 310/2003, 353/2003, o 369/2006, y en las SSTS 21 octubre 1988. RJ 1988/8078; 16 noviembre 1989. RJ 1989/8651; núm. 1253/1994 de 18 junio; núm. 661/1995 de 22 mayo; núm. 788/1999 de 14 mayo —aquí, sin embargo, con voto particular en contra—; núm. 956/2003 de 26 junio; o núm. 1426/2005 de 7 diciembre, con alguna excepción en aplicación de lo dispuesto en el antiguo artículo 794.3, hoy 789.3 LECrim (SSTS núm. núm. 1323/1993 de 7 junio y 329/1998 de 15 abril). La nula o al menos, relativa, vinculación del tribunal sentenciador con la pena concreta fue asimis-

Así, el Tribunal Supremo, en las sentencias dictadas como consecuencia del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006 citado anteriormente, explica que la razón que justifica un cambio en la doctrina jurisprudencial seguida hasta ahora *“deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno”* (SSTS núm. 1319/2006, de 12 de enero de 2007; 20/2007, de 22 de enero, 159/2007, de 21 de febrero; 393/2007, de 27 de abril; 424/2007, de 18 de mayo; 764/2010, de 15 de julio; 263/2013, de 3 de abril, o 949/2013, de 19 de diciembre).

La STS núm. 594/2015, de 30 de septiembre, con una redacción distinta, incide también en la importancia del principio acusatorio, indicando al respecto que: *“Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna, y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al “factum” sino a la calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones”*.

Por su parte, la *ratio decidendi* de la STC 155/2009, que asume el cambio jurisprudencial ya establecido por el TS²⁵, justificó la modificación de su doctrina indicando que *“resulta preciso replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque*

mo defendida por la doctrina mayoritaria, CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia...* op. cit., p. 259 y ss; o VERGE GRAU, J., *La defensa del imputado...* op. cit., p. 173 y ss.

²⁵ Los antecedentes axiológicos de dicha sentencia se encuentran, dentro del propio ámbito del TC, en los votos particulares a las SSTC 59/2000, 75/2000, 76/2000, 92/2000 y 122/2000, emitidos por el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende y al que prestan su adhesión los Magistrados don Manuel Jiménez de Parga y don Guillermo Jiménez Sánchez.

la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso”.

En parecido sentido, las alusiones directas al principio acusatorio o al derecho al juez imparcial han sido las causantes de las limitaciones jurisprudenciales que se han establecido respecto de la aplicación de la *tesis* del artículo 733 LECrim y de la interpretación del motivo de casación del artículo 851.4 del mismo texto legal.

Así, en la primera sentencia, salvo error, en la que el TS fija claramente la nueva doctrina respecto de la *tesis* (STS de 3 noviembre 1988 —RJ 1988\8959-26) se hace mención a la necesaria imparcialidad judicial como freno para que el Tribunal pueda condenar por un delito distinto del que fue objeto de acusación, aún accionando el mecanismo del artículo 733 LECrim, si nadie la acogiera: “*con el simple anuncio de nuevas cuestiones a enjuiciar [a través del uso de la tesis], el juzgador no puede convertirse, sin más, en parte acusadora, sin tener en cuenta que esa no es su misión, ni tal postura procesal entra en el ámbito de sus competencias, y ello aunque se haga en hipotético beneficio de una mejor ‘justicia material’*”.

Después de ésta vinieron otras muchas, entre otras, las de 25 octubre 1989 (RJ 1989\8477), 4 de diciembre de 1990 (RJ 1990/8790), o 30 de junio de 2008, donde ya se hace referencia expresa al principio acusatorio: “*La jurisprudencia de esta Sala al analizar el contenido esencial del principio acusatorio lo ha anudado al derecho de defensa. Así, en la interpretación del art. 733 de la Ley procesal, exige que la calificación propuesta por el tribunal —el planteamiento de la tesis— tenga que ser asumida por la acusación*”.

En el mismo ámbito de la “*tesis de la desvinculación*”, el TC también ha invocado el referido principio acusatorio, poniéndolo en relación con el derecho de defensa.

Véase en este sentido, la STC 70/1999. Dicha sentencia estableció que para que los Tribunales penales pudieran calificar los hechos apartándose de los términos propuestos por la acusación, debían de darse una de estas

²⁶ A esta sentencia se llega tras una interesante evolución jurisprudencial, que parte de las SSTS de 13 febrero 1987 (RJ 1987\1249) y 29 junio del mismo año (RJ 1987\5023), donde se reconocía que la condena por hecho distinto del acusado podía afectar al artículo 24.2 de la Constitución, afectando al “*principio acusatorio formal*”, y exigiendo la utilización de la “*tesis*”, pasando por la STS de 30 septiembre 1988 (RJ 1988\7181), donde ya se afirmó, de *obiter dicta*, que: “*ciertos sectores, opinan, con razón, que de no patrocinar, la nueva tesis, o asumirla, el Ministerio Fiscal u otra acusación, ni siquiera haciendo uso de la facultad concedida en el artículo 733 antecitado, se podrá variar, por las Audiencias, la calificación efectuada por las mentadas acusaciones*”.

dos circunstancias: o existía identidad del hecho y homogeneidad delictiva, o se tenía que formular la tesis que regula el art. 733 LECrim, debiendo ser ésta asumida por alguna de las partes acusadoras. Como fundamento de su decisión, la STC citada invocaba lo anteriormente expuesto por dicho Tribunal en sus SSTC 12/1981 y 17/1988, en relación con la necesaria congruencia de la sentencia con las acusaciones, que dichas sentencias anudaban al principio acusatorio²⁷. Por su parte, la STC 228/2002, citada por la posterior 347/2006, vinculó las nuevas exigencias del art. 733 LECrim con el derecho de defensa, manifestando que el Juez no puede “*calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado*” (en el mismo sentido, la STC 75/2003).

Y si convenimos que los postulados del principio acusatorio, la garantía del juez imparcial y el propio derecho de defensa, exigen que el tribunal de primera o única instancia no adopte un rol de acusador, debiendo quedar *perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas*, ¿porqué debe ser distinto en la segunda instancia o en el último recurso extraordinario? ¿No tiene dicho el TC, además, que “*el principio acusatorio debe ser observado en cada instancia*” (SSTC 84/1985, 104/1986, 240/1988 o 53/1989) e incluso, más concretamente, que el principio acusatorio es aplicable también en la fase de apelación de la sentencia (SSTC 168/1990, 11/1992 y 83/1992)? ¿No parece incongruente la posición que se adopta respecto de la *correlación* cuando estamos en la fase de enjuiciamiento que cuando estamos en la fase de recurso?

Sigamos adelante.

²⁷ El principio acusatorio ha sido asimismo protagonista en otros muchos cambios en nuestro sistema, tanto legislativos, como jurisprudenciales, no sólo en materia de vinculación de los tribunales a las peticiones acusadoras. Así, fue el principio acusatorio —invocado ya por Alonso Martínez en la célebre Exposición de Motivos de la LECrim de 1882— quien provocó la radical división entre el juez que instruye y el que juzga (STC 145/1988), la reforma del procedimiento de adopción de la prisión provisional (D.F. 2ª de la LO 5/1995, de 22 de mayo, de la Ley del Jurado), la limitación de las facultades probatorias de oficio del Juez en el Juicio Oral (SSTS núm. 2706/1993, de 1 de diciembre; núm. 904/1995, de 23 de septiembre; núm. 755/1999, de 11 de mayo; núm. 1100/2002, de 13 de junio; núm. 750/2007, de 28 de septiembre; núm. 629/2011 de 23 junio; o la reciente núm. 450/2017, de 21 junio; SSTC 188/2000, 130/2002 o 229/2003), o la vinculación del Juez de Menores a lo solicitado por las acusaciones (art. 8 de la LO 5/2000, de 12 de enero, rubricado “*Principio acusatorio*”; sobre el particular, véase nuestro trabajo, GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, op. cit., p. 163 y ss.

III. EXPOSICIÓN DE LA POSTURA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PROBLEMA TRATADO

La última pregunta que hemos expuesto ha venido siendo contestada en sentido negativo por la jurisprudencia (a pesar de las declaraciones genéricas expuestas) aludiendo, como ya hemos apuntado, a la distinta naturaleza jurídica del trámite de recursos respecto del juicio oral y descartando, con base en ello, la aplicación de los parámetros del principio acusatorio a aquellas fases procesales.

Los hitos jurisprudenciales más relevantes que abordan la cuestión son las STC 283/1993 y 123/2005. La primera se refiere a la problemática en relación con el recurso de apelación, y la segunda, en relación con el recurso de casación. También referida a la casación, pero siguiendo la doctrina de la STC 123/2005, encontramos la 183/2005, que será también objeto de comentario. Luego vendrá la STC 47/2020.

Por su parte, el TS ha adoptado —sin modificación por el momento— la doctrina vertida en la STC 123/2005, debiendo tenerse en cuenta los Acuerdos 20 de diciembre de 2006 y de 27 de noviembre de 2007, como veremos.

Pasemos a analizar, en detalle, las sentencias indicadas y sus razonamientos.

1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.1. *La STC 283/1993*

La referida sentencia trata el siguiente supuesto: el condenado por una falta de homicidio imprudente recurre en apelación solicitando la absolución. El Ministerio Fiscal interesa en el trámite de recurso la nulidad de la sentencia por defecto de forma, mientras que los denunciados —constituidos en primer grado como acusación particular— no comparecen en la alzada. La Audiencia Provincial confirma el fallo condenatorio de la sentencia de primer grado. La defensa presenta recurso de amparo alegando, en esencia, que en la segunda instancia no se mantuvo acusación contra el recurrente vulnerándose de este modo el principio acusatorio. El Ministerio Público solicitó la estimación del amparo, arguyendo que el principio acusatorio es aplicable tanto en primera como en segunda instancia, no pudiendo ser suplida la falta de acusación en grado de apelación por la acusación formulada en primera instancia.

La sentencia del TC desestima sin embargo el amparo al entender que, en el recurso de apelación, lo que sustancialmente se plantea es la revisión

del fallo de instancia y que es en relación con ese fallo sobre el que se formula tanto la pretensión revocatoria del condenado como en su caso la de la parte acusadora. La sentencia entiende que el juez *ad quem* “no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la Sentencia, pese a lo alegado en segunda instancia, se ajusta a Derecho, porque evidentemente ello no excede de los términos del debate ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez en favor de una parte, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación (ya inmodificable), porque cualquier decisión queda delimitada por la corrección de los pronunciamientos de la Sentencia, cuya revisión, repetimos, constituye el objeto de la única pretensión de apelación”.

La sentencia continua razonando que “Una apreciación contraria impondría a la parte no recurrente la carga de personarse obligatoriamente en la segunda instancia para evitar que la simple apelación del condenado implicase automáticamente la revocación de la Sentencia. Interpretación absolutamente formalista del principio acusatorio que no puede ser admitida sin violentar la propia naturaleza de la apelación en el juicio sobre faltas”, concluyendo que a nada de lo anterior empece la postura del Ministerio Fiscal en la alzada, ya que “esa pretensión, poco clara en cuanto a su fundamentación y efectos, no significa una implícita retirada de la acusación pública efectuada en primera instancia, sino, en sus propios términos, una invalidación (no revocación) de la Sentencia” (FJ 5).

Como se ve, a pesar de que debemos extraer una postura clara de la sentencia respecto de la cuestión —el tribunal *ad quem* no está vinculado por las pretensiones de las partes en el recurso— la resolución deja alguna duda en el aire, pues en atención al último inciso transcrito, cabría preguntarse qué hubiese sucedido si la pretensión de la única acusación personada en fase de recurso hubiese sido, claramente, la de la *retirada de la acusación*. Nos referimos a ello más tarde.

1.2. La STC 123/2005

El supuesto de hecho de esta sentencia fue el siguiente: el condenado en única instancia por los delitos de homicidio en grado de tentativa, tenencia ilícita de armas y delito continuado de falsedad documental recurre en casación alegando, entre otros motivos, infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim por indebida aplicación de los arts. 138, 16 y 62 y no aplicación de los arts. 152.1.1 y 147.1, todos ellos del Código penal, solicitando que se casara la Sentencia en lo relativo al delito intentado de homicidio, y se

dictara otra por la que se le condenara como autor de un delito de lesiones imprudentes del art. 152.1.1 CP. El fiscal, instruido del recurso de casación interpuesto, se adhiere al mismo, apoyando este motivo de casación e interesando la pena de arresto de quince fines de semana por dicho delito de lesiones imprudentes. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en Sentencia núm. 1476/2000, de 26 de septiembre, desestima el motivo de casación, confirmando el pronunciamiento de la Sentencia de la Audiencia Provincial en lo que se refiere al delito de homicidio intentado. El condenado recurre en amparo fundamentando su demanda en la vulneración del principio acusatorio y, como consecuencia del mismo, del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en tanto que ninguna de las partes en el recurso de casación mantuvo la acusación por el delito de homicidio doloso en grado de tentativa. Igualmente destacaba que la acusación mantenida en la instancia no resulta vinculante en la casación, ya que debe reputarse como principio esencial al proceso penal un mantenimiento continuado, durante todo el proceso y las instancias, de la acción penal.

La Sentencia del TC desestimó el amparo con una extensa —y compleja— argumentación que pasamos a resumir a continuación²⁸.

En primer lugar, la sentencia se remite a lo que ya estableció en la STC 283/1993 antes comentada, en relación con el recurso de apelación (FJ 2), para posteriormente, hacer un amplio *excursus* sobre la garantía del principio acusatorio y su proyección en materia de congruencia y correlación de la sentencia con las peticiones acusadoras (FJ 3 y 4). En esta explicación se hace hincapié en que nuestro sistema no implica —como vimos al principio— un deber incondicionado para el órgano judicial de estricta vinculación a las pretensiones de la acusación, estableciendo cuáles son las excepciones al principio general de la congruencia (FJ 5).

En segundo lugar, antes de entrar al fondo de la cuestión, la sentencia dedica extensos párrafos de sus FJ 6º y 7º a diversas cuestiones que entiendo como previas.

- (i) La primera es que, según el TC, el derecho al recurso contra sentencias penales “*se debe interpretar no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado*”

²⁸ La referida sentencia cuenta con un voto particular concurrente del Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, al que se sumó el Magistrado don Javier Delgado Barrio donde, precisamente, lo que se critica es la extensión de los razonamientos, los cuales, según los Magistrados indicados pueden llevar a confusión sobre un asunto que ellos consideran obvio: la falta de vinculación entre las pretensiones de las partes y la sentencia en la fase de recurso.

en primera instancia”, entendiendo que nuestro sistema de casación cumple y hace cumplir la garantía contenida en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁹.

- (ii) La segunda es que “*el ordenamiento jurídico procesal español mantiene en vigor un régimen dual respecto de la posibilidad de recurrir las sentencias condenatorias por delitos que no sean competencia del Tribunal Jurado*”, distinguiendo entre el recurso de apelación y el recurso de casación. Respecto de la apelación, la sentencia afirma que tiene carácter de “*novum iudicium*” en los casos de “*apelación contra sentencias absolutorias*”, puesto que dicho recurso “*otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho*”, asumiendo el órgano de apelación “*la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo*”, de lo que se ha concluido, indica el Tribunal, con mención de su STC 167/2002, que “*el órgano de apelación sólo pueda corregir la valoración y ponderación de pruebas personales respetando los principios de inmediación y contradicción a partir de su práctica a su presencia en la celebración de una vista oral*”. El recurso casación, en cambio, responde, según el TC, “*a un modelo estricto de revisión de la legalidad de la resolución impugnada*”.

Como se ve, el Tribunal Constitucional se aparta en cierta medida de su doctrina de 1993, en la que calificaba, sin excepciones, al recurso de apelación como un recurso de mera revisión de la decisión recurrida. Así, según se colige del texto analizado, esa consideración quebraría en el caso de las apelaciones contra sentencias absolutorias, en cuyo caso, la alzada constituiría un *novum iudicium* y, lo que es más relevante, contaría con un órgano *ad quem* investido de la misma plena *jurisdicción* que tuvo el órgano *a quo*, si bien no sería posible la condena del absuelto ni la agravación de la condena en segunda instancia, si para ello hubiera que valorar pruebas personales³⁰.

²⁹ Es conocido que el Comité de Derechos Humanos de la ONU piensa diferente al respecto. Véanse los dictámenes de 20 de julio de 2000, de 30 de julio y 7 de agosto de 2003, o de 1 de noviembre de 2004. La reciente reforma de nuestra LECrim generalizando la segunda instancia penal (Ley 41/2015, de 5 de octubre) hace también tambalear el argumento.

³⁰ Doctrina ésta iniciada en la STC 167/2002 y desarrollada posteriormente por el TC en las SSTC 184/2009, 88/2013, 125/2017, 78/2019 o 88/2019. Hay quien aboga, y con razón, por la desaparición de los recursos contra las sentencias absolutorias, JUAN-SANCHEZ, R., “Anulación de las absoluciones penales y el subterfugio a los límites de la apelación: la conveniencia de su reformulación”, en Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Valencia, nº 2, 2020, p. 33.

Tras las anteriores consideraciones, a nuestro juicio ya algo confusas, el Tribunal entra en materia en su FJ 8º. Y lo primero que hace es tratar de salvar la contradicción entre anteriores pronunciamientos —que ya apuntamos *supra*— según los cuales las exigencias del principio acusatorio —incluida la congruencia entre acusación y fallo— eran de aplicación a la segunda instancia (STC 28/2003 o 35/2004)³¹ y el que iba a desarrollar posteriormente en la sentencia que comentamos, negando —o, al menos, matizando profundamente— dichos asertos. En este sentido, la sentencia indica que “*la aplicación de las garantías propias de este principio [el acusatorio] en la resolución de los recursos penales no puede ser mimética, sino condicionada*”, y fundamenta esta declaración en dos razones:

- (i) La primera, que hay que adaptar “*las exigencias del principio acusatorio a la concreta configuración legal del recurso penal en cuestión*”, apoyándose en la STEDH KDB v. Países Bajos, de 27 de marzo de 1998, que hace una declaración de principio genérica, indicando que la aplicación del artículo 6 del Convenio a los tribunales de apelación o casación “*depende de las características especiales de cada procedimiento, tomando en consideración la totalidad de la regulación procesal en el ordenamiento jurídico interno y el papel que en el mismo desempeña el Tribunal de casación*”.
- (ii) Y la segunda que “*la aplicación de las exigencias propias del principio acusatorio*” en el ámbito de los recursos se ha producido, principalmente, en relación con la proscripción de la reforma peyorativa.

Con esos dos argumentos: a saber, que la aplicación del principio acusatorio depende de las características de cada proceso, y que las exigencias de este principio en segunda instancia se centran en la prohibición de la *reformatio in peius*, el Tribunal entiende, sin más, “*despejadas las posibles dudas sobre la necesidad de hacer una aplicación condicionada de las exigencias del principio acusatorio y el deber de congruencia en la resolución de los recursos penales*”.

A nuestro juicio, desde luego, el razonamiento es insuficiente, alcanzándose una conclusión que no resulta, desde nuestro punto de vista, justificada por sus premisas explicativas.

³¹ Recordemos: “*el principio acusatorio debe ser observado en cada instancia*” (SSTC 84/1985, 104/1986, 240/1988 o 53/1989); e incluso, más concretamente: “*el principio acusatorio debe respetarse en las dos instancias judiciales y no es posible admitir la acusación implícita*” (SSTC 168/1990). Véanse también las SSTC 11 y 83/1992.

Aclarada —fútilmente a nuestro entender— la incongruencia apuntada, la sentencia continua con su compleja *ratio decidendi* desestimatoria, introduciendo ahora la necesidad de realizar una “*doble comprobación*” —lo que nos llevará, como veremos, a un criterio final casuístico— para comprobar si los derechos fundamentales en liza se han vulnerado:

- (i) por un lado, “*debe comprobarse la naturaleza de la concreta pretensión que se deduce*” en el recurso; y,
- (ii) por otro, debe comprobarse “*si con dicho pronunciamiento del órgano judicial [desvinculado de las peticiones de las partes en el recurso], bien se ha impedido hacer efectivo el derecho de defensa o a debatir los elementos de la acusación, bien se ha propiciado una pérdida de su necesaria imparcialidad judicial por asumir funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas*”.

En cuanto a lo primero, esto es, la comprobación respecto de la concreta pretensión que se deduce en el recurso, la sentencia explica que hay que tener en cuenta la decisión del legislador de configurar el recurso “*siguiendo un modelo revisor de la legalidad de la resolución impugnada o de repetición íntegra del juicio*”, dado que, si estuviéramos en ese segundo caso, lo que se ventilaría en el recurso sería “*nuevamente la pretensión punitiva*”. Ello implicaría, según continua la sentencia, “*no sólo que en ambas instancias el objeto de enjuiciamiento sea el mismo, sino que, además, en principio, tanto el órgano judicial ad quem como las partes procesales se colocan en la misma situación de enjuiciamiento y relación procesal, respectivamente, que tenían en la primera instancia, propiciando, por tanto, de un lado, que sean de aplicación en este recurso las mismas exigencias del principio acusatorio que en la primera y, especialmente, tanto la necesidad de mantenimiento de la pretensión punitiva como el deber de congruencia entre dicha pretensión y el fallo; y, de otro lado, y consecuentemente con lo anterior, que no resulta fundamentada la confirmación de la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que dicha resolución no es el objeto de enjuiciamiento en un recurso regido por el modelo de repetición íntegra del juicio*”.

Por el contrario, en un recurso penal que siga el modelo de estricta revisión de la legalidad, prosigue la sentencia, lo que se ventila “*no es una pretensión punitiva, que ya fue objeto de resolución en primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues ya la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad*”.

de dicha respuesta judicial"; por ello, concluye la sentencia: "en estos casos no podría descartarse la posibilidad de mantener la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes"; sin embargo, el Tribunal admite la posibilidad de que esa situación vulnere derechos fundamentales "si, con dicha actuación, el Tribunal de casación ha impedido de algún modo hacer efectivo el derecho de defensa contradictoria, al no haber tenido conocimiento de los términos de la acusación, o ha comprometido su imparcialidad al asumir funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas". Parece que volvemos al principio.

En el FJ 9 la sentencia aborda esta cuestión, afirmando que "En los supuestos como el que plantea el presente amparo en el que el Tribunal de casación confirma la calificación jurídica dada al hecho imputado en una previa resolución judicial condenatoria, incluso contra la pretensión de cualquiera de las partes personadas", no cabe entender que el Tribunal, con esa decisión, haya privado a las partes de su derecho de defensa, ni que haya asumido "funciones acusatorias comprometiendo su imparcialidad judicial", y todo ello, habida cuenta de la función de revisión de la legalidad del recurso de casación, que hace que "la estructura contradictoria de esta segunda instancia ya no es predicable de la relación entre quien ejerce una pretensión punitiva (acusación) y quien defiende de ella (acusado) para que sea resuelta por un órgano judicial dentro de los límites en los que se establezca dicho debate; sino de la relación entre quien ejerce una pretensión de revisión de la legalidad de la resolución (recurrente) y los razonamientos de la resolución impugnada (resolución de primera instancia), para que sea resuelta por un órgano judicial superior dentro de los límites en que se establezca dicho debate". La perfección procesal de esa relación no exige, según la sentencia, la actuación de ninguna otra parte procesal, si bien debe obligatoriamente posibilitarse que tanto el Ministerio Fiscal como la parte beneficiada por la sentencia que se recurre puedan defender la legalidad de la resolución recurrida. Consecuentemente, la adhesión del Ministerio Fiscal a un motivo de recurso no impide la confirmación de la sentencia en ese extremo.

Tras este largo razonamiento, confuso en ocasiones, al menos para quien escribe, cabe concluir que el TC entendió no aplicable la exigencia de congruencia entre acusación y sentencia al recurso de casación, dado que el mismo se configura como una revisión de la legalidad de la decisión adoptada, por lo que la estructura procesal del recurso no responde a la establecida en primera o única instancia, con necesidad de acusación, sino a una que sólo requiere ser configurada por el propio recurrente, que

impugna una resolución que se legitima por sí misma. Cabría entender, por el contrario, como indicaremos en su momento, que en sede de recurso de apelación, sí existe ese deber de congruencia, al menos, cuando se apela una sentencia absolutoria. Cabría también entender que la anterior doctrina quebraría si el Tribunal, con su actuación, vulnerase el derecho de defensa o viera comprometida su parcialidad. Abundaremos sobre el asunto más adelante.

1.3. La STC 183/2005

Posteriormente, esta sentencia ha venido a seguir la misma estela que la anterior, si bien en un supuesto de hecho distinto. En este caso, el recurrente en amparo había sido condenado en única instancia por la Audiencia Provincial a ocho años de inhabilitación como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del C.P., siendo absuelto del delito de negociación y actividad prohibida a funcionario público. El condenado recurrió en casación. El Tribunal Supremo estimó en parte su recurso, absolviéndolo del delito de prevaricación, pero al dictar segunda sentencia, lo condenó por delito de negociación y actividad prohibida a funcionario público, a pesar de que ni el Ministerio Fiscal ni la acusación particular habían recurrido la sentencia en lo correspondiente a la absolución por ese delito.

La sentencia del Tribunal Constitucional deniega, sorprendentemente a nuestro entender, el amparo.

No hay, según la resolución, vulneración del principio acusatorio (FJ 5) porque *“los términos en que fue formulada desde el primer momento la acusación por el Ministerio Fiscal, así como por la acusación particular, incluían el citado delito junto al de prevaricación, por lo que el demandante tuvo en todo instante pleno conocimiento del contenido de la acusación y pudo defenderse contra ella en debate contradictorio”*, dado que, según la sentencia *“El sometimiento de la resolución de instancia al cauce revisor de la casación no implica la necesidad de un nuevo debate contradictorio como si de un novum iudicium se tratara, toda vez que, cuando lo que se somete a revisión es la calificación jurídica de los hechos, el alcance de la casación se establece precisamente a partir de los pronunciamientos de la sentencia de instancia y de los razonamientos en que tales pronunciamientos se sostienen”*, citando como autoridad la doctrina emanada de la STC 123/2005.

Asimismo, la sentencia sostiene que no hay merma de la garantía de congruencia puesto que *“la condena a la que finalmente arriba el Tribunal Supremo en su segunda Sentencia se establece según los términos plan-*

teados en la acusación”, volviendo de nuevo a citar la anterior sentencia 123/2005, y añadiendo que la “*posibilidad de proceder a revisar la calificación jurídica se proyecta sobre todos los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en la medida en que la misma no ha adquirido firmeza*”.

La sentencia comentada entiende asimismo que no hay violación de la prohibición de la *reformatio in peius*, dado que circunscribe esa garantía a que el recurrente no vea empeorada su situación en términos exclusivos de penalidad, por lo que, siendo la pena del delito de negociaciones prohibidas más benigno que el de la prevaricación, no se conculcaría el principio en este caso (FJ 4)³².

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Salvo error, localizamos dos sentencias sobre la cuestión, que hacen descansar sus tesis en la doctrina anteriormente explicada del TC.

La STS núm. 859/2013, de 21 de octubre, analiza un caso donde la recurrente se limitaba a denunciar la ausencia de motivación de la duración de la pena elegida. El Fiscal, al hilo de ese alegato, no sólo apoyó el motivo, sino que fue aún más allá, solicitando que se suprimiera la apreciada agravante de reincidencia por no constar en los hechos probados los datos necesarios que la justificasen.

La sentencia citada desestima el motivo de la defensa, apoyado por el Ministerio Fiscal, por razones de fondo, si bien se autoplantea la cuestión que nosotros abordamos: “*¿Es posible rechazar un motivo de casación de la única acusación promovido en beneficio del penado? ¿En qué medida juega el principio acusatorio en casación?*”. Dicha problemática es resuelta en la sentencia afirmando “*la no vigencia del principio acusatorio en sede de recursos (o al menos no en la forma en que se desenvuelve en la instancia)*”, lo que razona remitiéndose *in integrum* a los fundamentos jurídicos de las SSTC 123/2005 y 183/2005 que ya hemos analizado, sin aportación original alguna a este respecto.

Lo mismo sucede en la STS núm. 205/2015, de 10 de marzo, en un supuesto en que el Ministerio Fiscal como única parte acusadora apoyó el motivo primero del recurso de la defensa por el que se solicitaba la

³² Desde luego, cabe decir que el argumento es hartó discutible, no sólo por la limitación que se realiza de la garantía, sino por el choque del mismo con otros principios del proceso, como el propio acusatorio, o el de la firmeza de aquellos pronunciamientos de las sentencias que no son recurridos. En todo caso, dado que este trabajo no versa sobre el análisis de la *reformatio in peius*, no abundaremos en el particular.

nulidad de la sentencia. La sentencia se plantea, al igual que la anterior “*hasta qué punto estaría esta Sala vinculada por esa unánime petición de las partes*”, alcanzando asimismo el mismo convencimiento que en la sentencia de 2013 antes comentada y con base en los mismos argumentos, con transcripción *in extenso* de los fundamentos jurídicos de la STC 123/2005.

Por medio de auto de 19 de abril de 2016, el TS rechazó la petición de aclaración que la defensa del condenado había formulado contra la STS núm. 625/2015, de 22 de diciembre, en la cual, estimando en parte el recurso de casación de la defensa por infracción de lo dispuesto en el artículo 66.1 del CP y apreciando la existencia dilaciones indebidas muy cualificadas, fijó el *quantum* penológico en un periodo de tiempo superior al que el Ministerio Fiscal había solicitado al adherirse al recurso de casación de la defensa. La defensa entendió que era un error material y formuló aclaración. La petición es denegada según el siguiente argumento: “*Que el Ministerio Fiscal en su informe de apoyo al motivo del recurso solicitara una pena de dos años y tres meses, es petición que no obliga a esta a su imposición máxime si se tiene en cuenta que el Ministerio Fiscal tuvo en cuenta para la fijación de pena parte del delito de malversación tipo básico —castigado con pena de tres a seis años de prisión—, cuando el condenado lo fue por el tipo agravado del art. 432-2º —pena de cuatro a ocho años de prisión—, por lo que la pena imponible, rebajada en un grado estaría situada entre los dos años y cuatro años menos un día de prisión*”. Tras ese auto, la defensa formuló incidente de nulidad de actuaciones, que se desestimó por medio de auto de 1 de junio de 2016 donde simplemente se decía, respecto de este particular, que “*En dicho recurso de aclaración se rechazó la petición de vulneración del principio acusatorio [...] Ahora vía incidente de nulidad vuelve a alegar la misma cuestión y, obviamente, la respuesta vuelve a ser la misma...*”. El TC inadmitió a trámite el recurso de casación contra la sentencia del Supremo entendiendo que el mismo no presentaba especial transcendencia constitucional.

Con anterioridad a estas resoluciones, el TS ya se había pronunciado sobre un concreto aspecto de la cuestión en sus Acuerdos de Pleno de 20 de diciembre de 2006 y de 27 de noviembre de 2007. En este último se indicaba que el primero debía interpretarse en el sentido de que cuando la pena se omite o la que se pide no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debía imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena.

3. LA STC 47/2020. ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA?

El supuesto de hecho de la sentencia, en lo que interesa a este estudio, es el siguiente: producida la absolución de los denunciados por un delito de usurpación de inmueble en primer grado, la acusación particular se alza en apelación —impugnada por el Ministerio Fiscal y por la defensa— solicitando en su escrito de recurso una sentencia condenatoria con una única petición: que se condene a los acusados al inmediato desalojo de la propiedad. No se solicita la imposición de pena alguna. La Audiencia Provincial de Madrid (SAP Madrid, secc. 15^a, de 27 de marzo de 2017) estima el recurso de apelación y condena a los acusados a una pena de multa de tres meses con cuota diaria de tres euros, sujeta a responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago (art. 53.1 CP); les impuso, asimismo, la obligación de restituir en la posesión del inmueble a su legítimo propietario y el abono de las costas de primera instancia.

El demandante de amparo formula el recurso invocando la vulneración del principio acusatorio en su proyección en la STC 155/2009, denunciando la falta de correlación entre la sentencia dictada y la pretensión acusatoria en segundo grado y la falta de imparcialidad del órgano jurisdiccional que decide imponer una pena no solicitada por nadie.

El TC estima el recurso. Para ello afirma (FJ 3.c) que desde la perspectiva del principio acusatorio, el sostenimiento de pretensiones acusatorias resulta igualmente exigible en la fase de apelación de la sentencia, citando las SSTC 163/1986, 168/1990, 11/1991, 83/1992 o 283/1993), y declarando que “*no basta con que el principio acusatorio haya tenido efectividad en la primera instancia para entender cumplidas sus exigencias en la segunda instancia si no se reformula en ella la pretensión*”, concluyendo que “*la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia debe existir todas las instancias judiciales (STC 100/1992, de 25 de junio, FJ 2; también SSCTC 28/1981, de 23 de junio; 240/1988, de 19 diciembre; 53/1989, de 22 de febrero y 168/1990, de 5 de noviembre)*”. En un sistema acusatorio, continua la STC 47/2020, citando la 240/1988 y la 84/1985, deben entenderse igualmente excepcionales los poderes de oficio del Juez lo mismo en la primera que en la segunda instancia.

Analizando concretamente el caso, la STC citada (FJ 4) afirma que: “*No existiendo en segunda instancia quien sostuviera una pretensión punitiva, siquiera en su grado mínimo (en similares términos, STC 47/1991, de 28 de febrero, FFJJ 2 y 3), el órgano judicial no estaba habilitado para suplir un vacío que además, en este caso, cabe entender consciente. La simple sub-*

sunción jurídica de los hechos probados en el tipo penal, no permite extraer una consecuencia sancionadora obtenida no solo en quiebra de las reglas de contradicción y defensa que le deben preceder, sino también de la imparcialidad que ha de presidir la labor del órgano judicial llamado a decidir”.

La sentencia, como se ve, *rompe* la línea anterior, haciendo referencia a pronunciamientos jurisprudencial anteriores a las sentencias de 1993 y 2005 donde, de forma genérica se establecía que el principio acusatorio y sus garantías rigen en todas las fases del proceso.

Sin embargo, y a nuestro juicio, se echa en falta que el TC no realizase en esta sentencia un ejercicio de justificación de porqué se apartaba de su anterior doctrina, avanzando así hacia la clarificación y fijación de una construcción jurisprudencial genérica al respecto, que pudiera aplicarse a cualquier tipo de situación procesal dentro de este contexto (no solo cuando la acusación no pide la imposición de determinada pena) y a cualquier tipo de recurso (no solo al recurso de apelación).

Ello provoca, en nuestra opinión, que la cuestión esté aún sin resolver de forma completa, por lo que creemos que puede cobrar sentido el intento de formulación dogmática que se pretende realizar en este trabajo. Es obvio que esta sentencia viene a cambiar los parámetros existentes hasta ese momento, pero la falta de evocación de la anterior doctrina y la ausencia de explicación del necesario cambio nos sitúa en un escenario de cierta inseguridad e indeterminación jurídica al respecto.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL IMPERANTE ANTES DE LA STC 47/2020

1. AUSENCIA DE UNA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA SÓLIDA Y EXISTENCIA DE CONTRADICCIONES EN LA DOCTRINA DEL TC. ADOPCIÓN FINAL DE UN CRITERIO CASUÍSTICO

Aunque en general, la doctrina emanada de las sentencias del TC —seguida *a pies juntillas* por la Sala II del Tribunal Supremo— anterior a la 47/2020, parecería adoptar un criterio claro, negando cualquier vinculación o correlación necesaria entre las posiciones de las partes en fase de recurso y la sentencia a dictar por el órgano *ad quem*, del análisis detallado de las sentencias que expresan tal doctrina aparecen determinadas incoherencias y quiebras que hacen que no estemos, en nuestra opinión, ante un edificio

dogmático sólidamente construido. Y la mejor prueba de lo que decimos es la posterior STC 47/2020 que ya hemos comentado.

En efecto, tras el estudio de las sentencias comentadas, puede concluirse que las mismas, después de largos y complejos razonamientos —sobre todo, nos referimos a la 123/2005—, acaban remitiéndose a un criterio casuístico que, entendemos, debe tratar de evitarse en atención al principio constitucional de seguridad jurídica exigible, plasmado en el artículo 9.3 CE'78.

Así, en cuanto a la vinculación a las peticiones acusadoras en el recurso de apelación, la STC 283/1993 parecería entender que si la postura del Ministerio Fiscal hubiese sido, claramente, la de la retirada de la acusación en el trámite de apelación, distinta podría haber sido la resolución del recurso. No otra cosa puede deducirse de la manifestación siguiente, ya citada con anterioridad: “*esa pretensión, poco clara en cuanto a su fundamentación y efectos, no significa una implícita retirada de la acusación pública efectuada en primera instancia, sino, en sus propios términos, una invalidación (no revocación) de la Sentencia*”.

¿Hemos de entender, por tanto, que si el Ministerio Fiscal, constituido como única acusación, *retirase* la acusación en fase de recurso³³, el Tribunal *ad quem* sí estaría vinculado por esa *retirada*? Dicho entendimiento no sería extravagante, en nuestra opinión, habida cuenta de la redacción de la sentencia que comentamos, pero sin embargo iría en contra de la contundencia del TC en esa misma resolución estableciendo la naturaleza de la apelación como una mera revisión de sentencia recurrida. ¿A qué *carta*, pues, debemos quedarnos? ¿Está o no está vinculado el Tribunal *ad quem* por la posición de la acusación en el recurso en el caso de que ésta *retire* la acusación?

Las dudas sobre lo que debe acontecer en el recurso de apelación respecto de la cuestión en liza se agravan con la lectura de la STC 123/2005, en principio y en apariencia, también contundente, pero con importantes quiebras, a nuestro modesto juicio.

Para empezar, cabe decir que dicha sentencia matiza claramente lo afirmado en la 283/1993 respecto de la naturaleza del recurso de apelación, indicando ahora que cuando éste se formula contra una sentencia absolutoria, sí estamos ante un *novum iudicium* —aunque inefectivo en la práctica para valorar de nuevo pruebas personales, desde la STC 167/2002— y ante un

³³ Lo que sólo cabría hacer, en puridad, por el mecanismo del apoyo de la fiscalía al recurso de la defensa, dado que en fase de recurso de apelación no hay trámite de retirada, mantenimiento o modificación de la acusación ya formulada.

escenario donde el Tribunal *ad quem* debiera estar compelido por las peticiones acusadoras. Ello se deduce con claridad de la afirmación del TC en la STC 123/2005 según la cual en estas apelaciones el órgano *ad quem* asume “*la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo*”. Nótese la claridad de la expresión “*idéntica situación*”, a estos efectos.

En este punto, permítasenos una digresión para aclarar el contenido de los conceptos *novum iudicium* y *revisio prioris instantiae*, por cuando la construcción dogmática que de ambos conceptos realiza la doctrina científica no es exactamente la misma que parece utilizar el TC.

Para el TC la distinción entre un concepto y otro radica en la consideración de si el órgano *ad quem* tiene o no jurisdicción plena sobre el asunto; esto es, si puede o no conocer con toda amplitud de toda la materia enjuiciada en primer grado, tanto de los hechos como del derecho. Como vemos, cuando la jurisdicción es *plena*, el TC denomina al sistema de alzada como *novum iudicium*, mientras que, cuando está *limitada* al examen de la corrección del derecho aplicado, lo denomina *revisio prioris instantiae*³⁴. La doctrina, por su parte, sitúa la distinción entre ambos sistemas de doble grado de jurisdicción en el llamado *ius novorum*: esto es, en la posibilidad de introducir en la segunda instancia hechos y/o pretensiones nuevas así como nuevas pruebas, con independencia de que éstas hayan podido ser o no propuestas y practicadas en primera instancia³⁵.

En nuestra opinión, no existe en nuestro sistema —ni en apelación ni en casación— un pleno *ius novorum*, pues ni la legislación (arts. 790.3 y 874 LECrim) ni la jurisprudencia (en aplicación del principio de *pendente appellatione nihil innovetur*) permiten la alteración del objeto del proceso ni la práctica de pruebas que pudieron proponerse y practicarse en la primera instancia³⁶. Ese *ius novorum* chocaría además frontalmente con los derechos fundamentales de las partes (no sólo de la defensa, sino también de las acusaciones), y podría dejar vacío de contenido el derecho a la segunda instancia. En efecto, un segundo grado donde se pudiera cambiar el objeto

³⁴ EL TC ha otorgado al recurso de apelación ambas naturalezas: del *novum iudicium* (las ya vistas SSTC 123/2005 y 183/2005, y también antes y después de éstas, SSTC 197/2002, 118/2003, 124/2008 o 91/2009), y también de *revisio prior instantiae* (SSTC 120/2009 o 2/2010).

³⁵ LARA LÓPEZ, A. M., *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 113, con cita de abundante doctrina al respecto.

³⁶ Sí es posible, aunque sólo en apelación, practicar determinada prueba que por las circunstancias establecidas en la Ley (art. 790.3 LECrim) no pudieron practicarse en primer grado. Asimismo, existen en el ámbito del recurso de casación determinadas excepciones al principio general de la prohibición de suscitar cuestiones que antes no hayan sido planteadas en la instancia, normalmente a favor del reo. Un análisis de dichas excepciones, con cita jurisprudencial lo encontramos en la STS núm. 859/2013 de 21 octubre.

del proceso, introducir nuevos hechos y nuevas pruebas, estaría configurando una primera (segunda) instancia, que impediría el necesario doble enjuiciamiento de los hechos.

Por ello, parecería más correcto, en el ámbito de nuestro sistema, hablar de *revisio prior instantiae*, y dentro de ella, utilizar el concepto ya conocido de recurso ordinario y extraordinario, que desde antiguo viene definiendo el ámbito de los recursos en relación con la materia que en ellos puede discutirse, y por ende, en aquella en la que el Tribunal *ad quem* puede resolver. Lo anterior, sin embargo, debe matizarse habida cuenta de la patente distorsión que en este sistema ha provocado la aplicación en España, a partir de la STC 167/2002, de la doctrina del TEDH emanada de la sentencia Ekbatani, de 26 de mayo de 1988, a la que luego nos referiremos³⁷.

En todo caso, por razones pragmáticas y para evitar confusión, siendo un concepto acuñado por el TC, seguiremos usando la denominación *novum iudicium* en relación con el recurso de apelación, pero siempre teniendo en cuenta que, lo que en realidad quiere denominarse con ello, es un sistema de alzada donde el Tribunal *ad quem* no está limitado a la hora de examinar la totalidad de la causa, tanto desde el ámbito fáctico como el jurídico, y dentro de este último, tanto desde lo procesal como desde lo sustantivo, sujeto obviamente al principio básico de que *tantum appellatum quantum devolutum*.

Asimismo, y ello tendrá importancia decisiva en nuestros razonamientos posteriores, cabe indicar que el análisis de la concepción de los recursos (para concluir si constituyen o no un *novum iudicium* o una *revisio prioris instantiae*) no puede prescindir del sistema que se adopte a la hora de configurar la naturaleza y extensión de la resolución que finalmente emane del órgano *ad quem*. En este sentido, cabe distinguir entre la técnica del reenvío (que aparece como más coherente con un sistema de *revisio prioris instantiae*) y la técnica de la decisión del asunto en segundo grado o casación (más propia de un sistema de *novum iudicium*).

Volviendo al examen de la cuestión anterior (posición del TC respecto de qué sistema rige en apelación), cabe preguntarse si debemos deducir que el recurso de apelación tiene distinta naturaleza dependiendo del sentido de la sentencia que se recurra, esto es, dependiendo de si ésta es absolutoria o condenatoria. Si la respuesta fuera positiva, cabría también preguntarse qué

³⁷ Un exhaustivo análisis sobre la incidencia de la doctrina del TEDH en nuestro actual sistema puede verse en ALCACER GUIRAO. R. (2013), *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia.

naturaleza tendría el *tertium genus*, que se configuraría por las apelaciones contra sentencias condenatorias al objeto de un agravamiento de la pena.

Las preguntas quedan, a nuestro juicio, sin respuesta, y son tributarias de la falta de fijación de criterios unívocos al respecto, amén de que la propia distinción de naturalezas jurídicas para la apelación es, en sí misma, incongruente con otros pronunciamientos del TC, que han calificado, en general, a las apelación del orden penal como un *novum iudicium*³⁸, sin distinción alguna respecto del contenido de la sentencia que se apela. Así se pronunció, por ejemplo, la STC 272/1994, que afirmó que “*Su naturaleza [del recurso de apelación] de medio de impugnación ordinario está fuera de debate e implica, con el llamado efecto devolutivo, que el Juez ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido hemos explicado muchas veces que “el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal Superior supraordenado ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium [por todas, STC 120/1994 (RTC 1994\120) que cita las SSTC 124/1983 (RTC 1983\124), 54/1985 (RTC 1985\54), 145/1987 (RTC 1987\145), 194/1990 (RTC 1990\194) y 21/1993 (RTC 1993\21)]”*. Nótese que en los supuestos considerados por las SSTC 54/1985, 145/1987 y 272/1994, la sentencia de primer grado había sido condenatoria, y aún así, se calificaba la apelación de *novum iudicium*.

La cuestión sí parece estar más definida conceptualmente en el marco de la casación, donde el TC parece no tener dudas respecto de que estamos ante un recurso puramente revisor; sin embargo, en nuestra opinión, ello no casa del todo con los supuestos, aún existentes, en que la Sala II conoce de un recurso de casación contra una sentencia de única instancia, y en la que asume, sino la función de segunda instancia, si una muy cercana, que

³⁸ También en el civil, pues el TC realiza un tratamiento unitario del recurso de apelación penal y civil en este particular, si bien hemos querido reseñar una sentencia dictada en el ámbito penal a fin de ser más precisos. En el ámbito civil, los pronunciamientos del TC al respecto son idénticos, v. gr. STC 21/2003, “*es preciso traer a colación nuestra reiterada doctrina, relativa a que el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial “ad quem” para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de derecho o de hecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un “novum iudicium” (entre otras, SSTC 194/1990, de 29 de noviembre, F. 5; 21/1993, de 18 de enero [RTC 1993, 21], F. 3; 323/1993, de 8 de noviembre [RTC 1993, 323], F. 4; 272/1994, de 17 de octubre [RTC 1994, 272], F. 2; y 152/1998, de 13 de julio [RTC 1998, 152], F. 2)*. El Juez o Tribunal de apelación puede, así, valorar las pruebas practicadas en primera instancia y revisar la ponderación que haya efectuado el Juez “a quo”, pues en esto consiste, precisamente, una de las finalidades inherentes al recurso de apelación”.

ha permitido a nuestro TC (SSTC 70/2002 o 116/2006) afirmar que nuestro Ordenamiento no vulneraba el artículo 14.5 del Convenio de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York ni el artículo 2.1 del protocolo 7º al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Además, la configuración de la casación como una pura *revisio prioris instantiae* no resulta del todo compatible, en nuestra opinión, con la doctrina de TEDH, Caso Ekbatani, aplicada en nuestro país desde la STC 167/2002, que establece, en esencia, que no es posible para el Tribunal *ad quem* revocar una absolución ni agravar una condena cuando para ello sea necesaria la modificación de los hechos probados y ello no haya venido precedido de una nueva práctica del interrogatorio del acusado o testigos en una vista con posibilidad de contradicción. ¿Habrá que volver a considerar aquí una dualidad de naturalezas jurídicas del mismo instrumento procesal (recurso de casación), dependiendo de si el recurso es contra sentencia absolutoria, contra sentencia condenatoria para agravar la penalidad, o contra sentencia condenatoria interesando absolución o rebaja penológica?

Y al final, ¿no se observa en la STC 123/2005 un puro criterio casuístico para el que no hacía falta, dicho sea con todos los respetos, tanta argumentación jurídica? Recordemos que en las postrimerías de la sentencia, el TC alude finalmente a dos comprobaciones necesarias para determinar si se ha vulnerado algún derecho fundamental, con independencia de todo lo argumentado anteriormente: una, respecto de la naturaleza del recurso, lo que enlaza con lo que acabamos de exponer, como se ha visto, ciertamente confuso y discutible; y otra, a la posible vulneración del derecho de defensa o del derecho al juez imparcial (FJ 8, in fine), lo que nos sitúa, de nuevo, en el comienzo del camino. El principio acusatorio y la garantía de vinculación de la sentencia a la acusación se asientan en el respeto a esos dos derechos fundamentales. Si después de extensos párrafos para defender que esa garantía no es aplicable, se acaba haciendo depender su aplicación del respeto al derecho de defensa y a la imparcialidad judicial, es que escasa importancia tenía todo lo dicho anteriormente.

La conclusión que puede extraerse de los últimos razonamientos de la STC 123/2005 es que el TC no descartaba, en realidad, que el alejamiento del órgano *ad quem* de las pretensiones de las partes en la fase de recurso pudiera vulnerar derechos constitucionales. Repárese en el pasaje contenido en el FJ 9º de la STC 123/2005, donde después de haber indicado que hay que hacer las dos comprobaciones anteriores, afirma que “*En supuestos como el que plantea el presente amparo*” —es decir, no en todos los supuestos, sino en este, concretamente—, “*en el que el Tribunal de casa-*

ción confirma la calificación jurídica dada al hecho imputado en una previa resolución judicial condenatoria” —es decir, sólo en los casos en que se confirma la calificación jurídica de primer grado—, no se vulneran ninguno de los anteriores derechos.

Pero, ¿y en los supuestos en que no sea la calificación jurídica lo que se confirma, sino que lo sea un determinado *quantum* penológico cuya revocación solicitasen todas las partes en el recurso?, ¿estaríamos también en una situación en la que no se vulnere el derecho de defensa o la imparcialidad judicial?; ¿y si la casación no se sigue por el 849.1, sino por el 849.2 o 852 LECrim?

Estas preguntas quedan, también, a nuestro juicio, sin respuesta tras el análisis jurisprudencial realizado (incluida la STC 47/2020).

Nótese, por último —ya lo hemos dicho—, que las Sentencias del TC que comentamos están en contradicción con otras del mismo Tribunal que indican que el principio acusatorio debe ser respetado en todas las instancias, como ahora recuerda la STC 47/2020. Así lo dice, con cita de otras, la propia STC 283/1993: “*Este Tribunal, en aplicación de la doctrina según la cual la indefensión ha de apreciarse en cada instancia [STC 28/1981 (RTC 1981\28)] ha reconocido que el principio acusatorio es aplicable también en la fase de apelación de la sentencia [así, entre otras, SSTC 168/1990 (RTC 1990\168), 11/1992 y 83/1992 (RTC 1992\83)] y ha negado que la falta de acusación en la apelación pueda ser suplida por la formulada en la primera instancia [SSTC 84/1985 (RTC 1985\84) y 240/1988 (RTC 1988\240)] sin que sea posible admitir una acusación implícita [SSTC 163/1986 (RTC 1986\163) y 47/1991 (RTC 1991\47), entre otras] a los efectos de cumplir con la exigencia del principio acusatorio en cada una de las dos instancias*”.

Ya hemos visto como esa contradicción trata de ser salvada en el FJ 8º de la sentencia 123/2005, pero a nuestro juicio, sin éxito. En este sentido, la sentencia citada, y la 183/2005, parecen adoptar la misma filosofía utilizada otras veces, por ejemplo, en la STC 26/2014, caso Melloni, para establecer un *núcleo duro* y un *perímetro blando* del derecho fundamental. A nuestro juicio, dicha técnica de interpretación y/o aplicación de los derechos fundamentales no se corresponde con la naturaleza jurídica de los mismos. No es que defendamos que los derechos fundamentales sean ilimitados —obviamente, no lo son³⁹—, pero sí que, dentro de sus límites, no debiera

³⁹ Veremos, en todo caso, como la extensión que propugnamos de los derechos fundamentales en liza no colisiona con ningún otro derecho fundamental.

aceptarse que se desvirtúe su contenido intrínseco, lo que contribuye al vaciamiento del mismo y, finalmente, a la inseguridad jurídica.

El derecho fundamental a que los tribunales sean congruentes con las peticiones de las acusaciones tiene su límite en que, aun existiendo incongruencia, se respete el derecho de defensa, la imparcialidad judicial y el derecho a ser informado de la acusación (de ahí la posibilidad de condenar por delito homogéneo, o de usar la tesis de la desvinculación siempre que alguna acusación sostenga la nueva teoría); ahora bien, situados dentro de sus límites, establecer una congruencia *dura* para el primer grado de enjuiciamiento y una *blanda* para los demás, ataca, al menos a nuestro juicio, el derecho mismo.

En este sentido, cabe defender que el derecho, sobre todo si está relacionado con la materia penal, y más aún, si en él se afecta a los derechos fundamentales, debe tener vocación de generalidad y, además, de certeza, tratando de alejarse de criterios o consideraciones casuísticas, a no ser que se establezcan claras premisas y condicionantes desde los que analizar el caso concreto.

A nuestro juicio, el hecho de que la doctrina jurisprudencial del TC no tenga elaborado un criterio claro respecto de si la garantía de congruencia es aplicable o no en las apelaciones —en todas ellas— o en las casaciones —en todas ellas— es un motivo de crítica, dado que provoca, no sólo problemas puramente teóricos, sino también prácticos.

2. DESACUERDO SUSTANCIAL CON LOS FUNDAMENTOS DE LAS SENTENCIAS ANALIZADAS

Hasta el momento hemos manifestado nuestro desacuerdo con la doctrina que parece emanar de las sentencias del TC al respecto desde su aspecto externo o extrínseco. Pasaremos ahora a la discrepancia interna o intrínseca respecto de las mismas.

La base esencial de los razonamientos de las STC 283/1993 y 123/2005 radica en entender, como hemos visto, que la estructura procesal de los recursos no responde a la establecida en primera o única instancia⁴⁰, enten-

⁴⁰ También nos encontramos en desacuerdo con la solución que *in concreto* las referidas sentencias dan a los casos que analizan. Así, entendemos que la STC 123/2005 no repara que, en el desarrollo procesal del recurso de casación, existe un trámite para el recurrente tras los escritos de las partes recurridas, ex. art. 882 LECrim, que se configura como una suerte de réplica —sin posterior dúplica— que el recurrente puede formular sobre las razones de las partes recurridas para impugnar, en su caso, su recurso. Es obvio que si el recurrente ve como el recurrido se adhiere a su planteamiento, no tendrá

diendo que en aquella estructura *impugnatoria* no tiene cabida la aplicación plena de la garantía del principio acusatorio dado que, básicamente, los recursos tiene naturaleza revisora de la sentencia dictada en primera o única instancia⁴¹.

La afirmación es, cuando menos, discutible y, decididamente, divergente, en nuestra opinión, con las más modernas tendencias jurisprudenciales del TEDH, y también del propio TC.

En este sentido, la tendencia a la protección de los derechos procesales de los acusados (condenados o absueltos) en los recursos, es innegable. Dicha tendencia parte de la doctrina del TEDH en el caso *Ekbatani*⁴², que ya hemos comentado, y que garantiza muy especialmente —y incluso por encima de nuestra tradición jurídica— los derechos a un proceso con todas las garantías y a un juicio justo. ¿Por qué habríamos de dotar a los recursos de esas garantías, pero no de las dimanantes del principio acusatorio? ¿No incluyen aquellas a ésta?

De otro lado, es claro que el ejercicio de la acción penal es una función exclusiva y excluyente de las partes que así decidan actuar —y no del juez o tribunal—, sin que se advierta cuál debiera ser el argumento para que ello no deba ser así tanto en primer como en segundo grado, como en casación,

motivo alguno para alegar en ese trámite del 882 LECrim, que utilizará meramente para reforzar su argumento o congratularse de que las acusaciones le den la razón, todo ello sin saber que el Tribunal va a resolver de forma diferente. En cuanto a la STC 183/2005, debemos mostrar nuestro hondo desacuerdo con lo resuelto. En ese supuesto, el Tribunal Constitucional convalidó la *resurrección* que la Sala II del Tribunal Supremo realizó respecto de una acusación por un delito de negociación prohibida a funcionario público por la que fue absuelto el reo en la instancia y que nadie sostuvo en casación. A nuestro juicio, dicha cuestión no puede interpretarse de un modo distinto a entender que la acción penal ejercitada con base en aquél título jurídico (negociación prohibida a funcionario), quedó resuelta y firme, al dictarse una absolución que nadie recurrió. Es evidente, al menos para quien escribe, que en ese supuesto se vulneró de forma clara, no sólo el principio acusatorio, sino el derecho de defensa y a estar informado de la acusación, dado que el recurrente no pudo defenderse —no podría prever hacerlo— de una acusación de la que había quedado absuelto y sobre la que nadie había recurrido. En efecto, la STC 183/2005, basándose en los criterios de la 123/2005, convalidó el examen de oficio del TS respecto de la totalidad de la sentencia de instancia, con independencia de que el pronunciamiento concreto fuese recurrido. Así, en su FJ 5, in fine, la sentencia afirma que la “*posibilidad de proceder a revisar la calificación jurídica se proyecta sobre todos los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en la medida en que la misma no ha adquirido firmeza*”. No podríamos estar más en desacuerdo. Aquí no se trata ya de mantener lo resuelto en la instancia pese a que nadie lo sostenga en el trámite de casación, o incluso si la acusación apoya a la defensa en la estimación del motivo, sino que se trata de que un pronunciamiento absolutorio firme, que nadie ha recurrido, pueda ser examinado de oficio por la Sala de Casación.

⁴¹ Con todas las dudas y matices que, a nuestro juicio, se derivan del análisis de esa jurisprudencia y que hemos puesto de manifiesto *supra*.

⁴² Doctrina implementada en España desde la STC 167/2002, desarrollada en determinados aspectos en las SSTC 184/2009 y 88/2013, y en la reciente 125/2017.

si de verdad queremos contar con unos recursos que cumplan el cometido de conceder al condenado una segunda instancia y una casación.

En efecto, el derecho a la doble instancia implica que el derecho a que la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 2.1 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). No encontramos justificación axiológica, ni positiva, para que, en el ámbito de ese segundo examen de la causa, el reo cuente con menos derechos que en el primero. En ningún texto internacional se menciona tal cosa. Si se estima que cualquier persona condenada tiene derecho a una doble instancia, habrá que convenir que esa doble instancia no debería recortar sus derechos procesales. Así se establece expresamente en la STEDH De Cubber, en su párrafo 32, cuando se hace eco del informe de la Comisión, en el que se afirma que: *“Sin duda, sus garantías fundamentales [se refiere a las del artículo 6.1 del CEDH], entre las que figura la imparcialidad, deben ser aseguradas por los Tribunales de Apelación o de Casación que haya podido crear un Estado contratante (sentencia Delcourt precitada, serie A, núm. 11, página 14 in fine, y en último lugar sentencia Dutter de 22 de febrero de 1984, serie A, núm. 74, p. 13, párrafo 28)”*⁴³.

En efecto, dicho sea con todos los respetos, no encontramos explicación a que la doctrina del TC establecida, por todas, en la STC 35/2004, no pueda ser aplicada a los casos en que, en fase de recurso, la acusación desaparece o se modifica a favor del recurrente. Dicha STC tiene declarado que: *“en el ámbito de las garantías inherentes al principio acusatorio se encuentra la que impide ‘condenar sin acusación ejercida por órgano distinto a quien juzga (por todas, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FFJJ 5 y 6; 104/1986, de 17 de julio, FJ 3; 134/1986, de 29 de octubre, FJ 4; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5; 302/2000, de 11 de noviembre, FJ 2)’ , ya que la condena recaída en tales condiciones pone de manifiesto la ‘pérdida de imparcialidad’ del órgano judicial que la dicta y, al propio tiempo, implica un incumplimiento de la exigencia, asimismo derivada del principio acusatorio, de que se dé una ‘necesaria congruencia entre la acusación y el fallo’ ”*. En este sentido, coincidimos plenamente con MUÑOZ CUESTA cuando indica, respecto del recurso de casación, que su carácter extraordinario *“no impide que los principios generales de derecho sustantivo o más aún los derechos fundamentales de orden constitucional, deban de aplicarse con la rigurosidad con la que se*

⁴³ STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber. Traducción obtenida de la versión en HUDOC.

hace en la instancia”, concluyendo que “*la casación no está al margen del orden procesal-constitucional*”⁴⁴.

A nuestro juicio, los argumentos expuestos por esta jurisprudencia tendrían mayor peso si en nuestros sistemas de apelación o de casación tuvieran generalizada la técnica del reenvío, actualmente en vigor únicamente en los casos del artículo 790.2.3 LECrim y del quebrantamiento de forma. Ciertamente, cuando se utiliza la técnica del reenvío es cierto que el tribunal *ad quem* no actúa como órgano enjuiciador ni sentenciador, sino simple y puramente, como órgano de control (pura *revisio prior instantiae*) de lo decidido por el órgano *a quo*, a quien devolverá la causa para que, con respeto al derecho fundamental vulnerado, a la ley infringida, o a la valoración errónea de la prueba, dicte nueva sentencia o celebre nuevo juicio, con la misma o con distinta composición de sus miembros, y sin condicionar el resultado final del mismo, y por supuesto, con la vinculación a las peticiones acusadoras que establece nuestro Ordenamiento.

Resulta, sin embargo, que en nuestro sistema —con las excepciones apuntadas—, la técnica utilizada ante la estimación del recurso es la de la “*segunda sentencia*”; esto es, se dictan dos sentencias: una, en la que se declara haber lugar al recurso, y otra, en la que la Sala resuelve la cuestión de fondo, absolviendo, condenando o modificando la pena impuesta. Ello convierte al órgano *ad quem* en un auténtico órgano de instancia y en un verdadero tribunal enjuiciador⁴⁵.

Esta circunstancia es fundamental en nuestro argumentario, puesto que no podemos compartir que, tampoco en esos casos, el órgano *ad quem* no quede vinculado por la garantía del principio acusatorio. Y es que aquí no estamos ante una actividad jurisdiccional de *revisión* de lo decidido por el órgano de primer o único grado, sino ante una actividad de auténtico enjuiciamiento, que convierte a la Sala inicialmente revisora, en Sala de instancia y que, como tal, no debiera poder ignorar los presupuestos del derecho a un juicio justo, a un juez imparcial y al principio acusatorio.

Esto es también aplicable al recurso de apelación, donde, aún sin decirse expresamente, también se dictan *segundas sentencias*. Como indica LARA LÓPEZ, y es indiscutido, la apelación provoca la cognición del objeto proce-

⁴⁴ MUÑOZ CUESTA, F.J., “El principio acusatorio en casación...ob.cit., p. 2/5, versión electrónica.

⁴⁵ Así, se dicta “segunda sentencia” cuando se estima un recurso de casación por infracción de ley o precepto constitucional (art. 902 LECrim), asumiendo así la Sala indudables funciones de *instancia*, lo que asimismo sucede cuando resuelve un recurso con base en el motivo del artículo 849.2 LECrim. Véase al respecto, CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La segunda instancia penal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 156.

sal en su integridad⁴⁶, por lo que el Tribunal *ad quem* conoce la causa con la misma amplitud de competencia y funciones que el primero, con la única excepción de la intermediación respecto de la práctica de las pruebas personales⁴⁷. Ello determina que la naturaleza de la apelación no sea la mera revisión de lo resuelto en primer grado, sino que se adopte una cierta naturaleza de *novum iudicium* (como se sostuvo por el TC en sentencias ya citadas núms. 21/2003, 152/1998, 272/1994, 323/1993, 21/1993 o 194/1990), a la que no le puede ser ajena la garantía del principio acusatorio y de los derechos de defensa y, en general, a un juicio justo.

Por último, y a nuestro juicio, la postura jurisprudencial anterior a la STC 47/2020 iría en contra del indiscutido principio aplicable a los recursos según el cual *tantum appellatum quantum devolutum*. Dicho principio funcionaría en la actualidad en un único sentido, delimitando el objeto del recurso en relación la pretensión impugnatoria del recurrente; pero, ¿porqué no habría de funcionar en dos sentidos, esto es, delimitando el objeto del recurso, no sólo por la pretensión del recurrente sino también por la pretensión del recurrido que apoyase o se adhiriera total o parcialmente al recurso?

V. EN DEFENSA DE NUESTRA TESIS

En el anterior epígrafe hemos analizado críticamente los fundamentos de las sentencias que, hasta la STC 47/2020, establecían un cuerpo de jurisprudencia que, aún con sus matices, permiten afirmar que la garantía de la congruencia entre acusación y sentencia exigida por el principio acusatorio no rige ni en el recurso de apelación ni en el de casación.

Procederemos ahora a dar los argumentos a favor de que ello no sea así. Muchos de los mismos han quedado ya apuntados al hilo de todo lo anterior. Algunos de ellos, quedan también reflejados en la STC 47/2020.

Nuestro argumento parte de la misma base ontológica que ha presidido todos los avances jurisprudenciales producidos en orden a la aplicación del principio acusatorio en nuestro proceso penal, tras la aprobación de la Constitución de 1978: la evolución extensiva de nuestro sistema de garantías procesales y una interpretación amplia del mismo, con alejamiento de concepciones limitativas de los derechos fundamentales procesales en ra-

⁴⁶ LARA LÓPEZ, A.M., *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, op. cit., p. 90.

⁴⁷ Dicha intermediación no puede suplirse, ni siquiera, a través de los medios técnicos de videograbación existentes (STC 2/2010).

zón de la fase procesal en que nos encontrásemos, de la concreta situación procesal en liza, o de cualesquiera otras consideraciones.

Nos basamos por tanto en el mismo argumento que ha sido el fundamento de todos los cambios evolutivos de nuestro sistema que han conllevado la expansión de las garantías y derechos de los sospechosos, investigados y acusados que se enfrentan a un proceso penal. Ya hemos apuntado los ejemplos de ello: la limitación de las potestades del Tribunal sentenciador respecto de la “*tesis de la desvinculación*” del artículo 733 LECrim o la vinculación estricta al *quantum* penológico solicitado por las acusación, entre otros.

El proceso es un instrumento técnico creado para responder a un fin, y ese no es otro, en nuestra opinión, que el respeto a los derechos fundamentales en aras a la consecución de un juicio justo que legitime al Estado y a la sociedad a infligir al acusado un mal en su persona o su patrimonio; un mal que, de no mediar jurisdicción ni juicio justo, constituiría en sí mismo un hecho delictivo. El proceso penal es el instrumento que consigue la necesaria asimetría entre la aplicación del derecho penal y el delito. Por ello, adecuar lo más posible este instrumento técnico a los derechos fundamentales es razonable, conveniente y coherente con las exigencias propias de cualquier Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Lo que defendemos desde aquí es, en esencia, la aplicación en la fase de recurso de los derechos a un juicio justo, a un juez imparcial y a la estructura acusatoria del proceso penal, con la exigencia de que alguien distinto al juez mantenga, hasta el final, la acusación.

En definitiva, cuando un Tribunal de segundo grado o de casación impone una pena no solicitada por las acusaciones o la impone en mayor gravedad de la solicitada (ya sea a través de la aplicación de una calificación jurídica no pedida por las partes o directamente por la imposición de una pena no interesada por ellas) está asumiendo un rol de acusación que altera los equilibrios de fuerzas en el proceso penal, afectando gravemente, en nuestra opinión, al derecho del acusado a un juicio justo, el derecho a un juez imparcial, y al principio acusatorio.

Ello sucede en los casos en que, por ejemplo, la acusación se adhiera a la petición de la defensa para que se dicte una sentencia absolutoria, pero se produce una ulterior sentencia desestimatoria del recurso —y, por ello, confirmatoria de la condena—. Puede afirmarse que, en este supuesto, es el Tribunal el que está *ejercitando* la acción penal cuando nadie más la sigue sosteniendo, quebrando la máxima exigida por el principio acusatorio según

la cual, para que exista una condena, debe existir una acusación que la pida. En definitiva, opinamos, con LUZÓN CUESTA, que cuando las acusaciones apoyen un recurso de la defensa en el que pretenda la absolución, ello debe considerarse como situación equivalente a la retirada de acusación en la instancia y debería conducir a la necesaria estimación del recurso⁴⁸.

Lo mismo sucede cuando las acusaciones se adhieren a una petición del recurrente de reducir la pena impuesta en primer o único grado.

No cabe, además, hacer distinciones entre recursos. La vinculación debe regir en cualquier alzada, pues en cualquier alzada deben respetarse los derechos de los sujetos pasivos del proceso penal. En cualquier fase del proceso, incluidas los recursos, debe exigirse la existencia de una acción penal ejercitada por alguien distinto que el órgano llamado a resolver la controversia. El órgano que falla debe ser siempre un órgano imparcial, sujeto a las garantías del principio acusatorio, que implica una contienda entre partes que será dirimida por un tercero que se mantiene equidistante entre ellas⁴⁹.

Consideramos que los principios de contradicción y de imparcialidad judicial son inherentes al proceso, en su totalidad. Si dicha contradicción no existe, esto es, si las partes acusadora y defensora coinciden en el planteamiento, cualquier decisión distinta adoptada por el órgano jurisdiccional se hará en vulneración, entendemos, de derecho al juez imparcial. A nuestro juicio, la fase de recurso de apelación o de casación debería ser considerada, en este sentido, como un nuevo proceso, si queremos respetar todas las garantías constitucionales procesales.

Lo que decimos no es exclusiva cosecha de quien escribe. Si bien es una resolución aislada, la STS de 25 de octubre de 1989, entendió así esta cuestión. En dicho supuesto, la Sala II del Tribunal Supremo conoció de un recurso de casación en el que el Ministerio Fiscal, como única parte acusadora, apoyó el motivo de la defensa.

Ante ello, el Tribunal se planteó la necesidad de reflexionar “*en orden a cuál sea la naturaleza jurídica del apoyo a la impugnación y las consecuencias que en el terreno jurídico procesal de la misma puedan derivarse*”, para concluir que, dada la existencia de doctrina del TC —ya indicada supra— según la cual “*el principio acusatorio debe ser observado en cada instan-*

⁴⁸ LUZÓN CUESTA, J.M., *El recurso de casación penal*, Dykinson, Madrid, 1993, p. 217.

⁴⁹ DÍAZ CABIALE, J.A., *Los principios de aportación de parte ...op. cit.*, p. 214 y ss; GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, BdeF, Barcelona, 1935, p. 67; GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio...op. cit.* p. 109.

cia”, el apoyo al recurso de la única parte acusadora “*elimina la existencia de una situación de contradicción efectiva y por ello sólo formalmente puede hacerse referencia a que la acción penal perviva en su ejercicio*”, entendiendo que “*ha desaparecido la carga procesal de contradicción concebida como imperativo de un propio interés si se quiere evitar la producción de un perjuicio o consecuencia desfavorable para el recurrente*”, y terminando su discurso con la afirmación según la cual “*En todo caso, el recurso de casación, como todo recurso, no es otra cosa que apertura de un nuevo procedimiento dentro del mismo proceso*”. Así lo ha entendido también parte de la doctrina, al menos, en relación con el recurso de apelación que abre la segunda instancia, que ha calificado la fase de recurso de apelación como “*segundo proceso sobre la misma cuestión*”⁵⁰.

Alguna doctrina —no por casualidad, proveniente del Ministerio Fiscal— se ha manifestado también en el sentido expuesto⁵¹.

Cabe asimismo hacer mención, en apoyo de nuestra tesis, a los votos particulares a las SSTC 59/2000, 75/2000, 76/2000, 92/2000 y 122/2000 formulados por el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende y al que prestan su adhesión los Magistrados don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Guillermo Jiménez Sánchez, donde se defiende que la imparcialidad judicial y el principio acusatorio deben alcanzar a todas las instancias, lo que les llevaba a afirmar que los tribunales no debían imponer más pena que las solicitadas por las acusaciones⁵².

Así, se afirma en dichos votos —con cita de sentencias de TEDH, TC y de la brillante Exposición de Motivos de la LECrim— la importancia constitucional del derecho al juez imparcial, que se quiebra con cualquier actuación

⁵⁰ DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, Y., “Nuevas consideraciones sobre el derecho al recurso penal (El dictamen del Comité de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional en el Caso Segundo Marey)”, en Revista de Derecho Procesal, núm. 1-3, 2002, p. 331.

⁵¹ Los ya citados LUZÓN CUESTA, J.M., *El recurso de casación penal...*ob.cit., p. 217, y MUÑOZ CUESTA, F.J., *El principio acusatorio en casación...*ob.cit. p. 3 y 4/5, versión electrónica. Éste último —en referencia exclusiva al recurso de casación— apoya su conclusión en la vigencia de los principios de congruencia y contradicción respecto de la vinculación a la calificación jurídica en casación, y en cuanto a la vinculación a la petición de pena que se derive de la posición del recurrido, acude al principio acusatorio, aunque con algunas dudas, motivadas por la existencia de jurisprudencia constitucional en contra. Así, el autor afirma que “*no nos resistimos, a pesar de la posible falta de ortodoxia constitucional, a posicionarnos a favor de la aplicación del principio acusatorio en cuanto a la vinculación de la pena que pudiese aplicarse al acusado, no superior en caso alguno a la interesada por las acusaciones*” (p. 4/5, versión electrónica). En nuestra opinión, esta correcta postura, lejos de situarse en una falta de ortodoxia constitucional se encontraría en plena coherencia con la misma.

⁵² Estos razonamientos constituyen, en nuestra opinión, el *germen* de los posteriores cambios al respecto, proyectados en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional del TS del año 2006, y en la STC 155/2009, a los que ya hemos hecho referencia.

de oficio del juez, afirmando que debe darse “*un paso más para reforzar y garantizar al máximo esa cualidad socrática del Juez situado por encima de las partes acusadoras e imputadas [...] tallando más facetas en esa característica [la imparcialidad], esencia de lo judicial*”. Termina afirmando que siendo la imparcialidad atributo de lo judicial “*su exigencia resulta aun más intensa en los grados procesales más altos*”.

En definitiva, y a nuestro juicio, entendemos que es plenamente aplicable a los recursos la doctrina emanada de la reciente STS 580/2015 de 6 octubre, que afirma que la vigencia del principio acusatorio configura un órgano jurisdiccional imparcial ante un conflicto entre la acusación y la defensa, de manera que el órgano judicial no puede sustituir a las partes, sino presidir el debate y recepcionar la prueba que éstas han presentado. En fase de recurso, presidir asimismo el debate y decidir de conformidad con lo que se le plantea.

Entendemos que todo lo anterior, si bien explicado de forma sucinta, subyace en la STC 47/2020 de la que hemos venido dando cuenta a lo largo del trabajo.

No debemos olvidar, por último, que en materia de imparcialidad judicial las apariencias importan, tal y como ha establecido el TEDH, en las famosas sentencias Piersack (STEDH de 1 de octubre 1982) y De Cubber (STEDH de 26 de octubre 1984) y ha sido asumido por nuestra jurisprudencia (por todas, en la trascendental STC 145/1988). Debemos por ello, de nuevo, coincidir con los votos particulares concurrentes a las SSTC 59/2000 y demás ya citadas, cuando exponen que la “*imparcialidad se ve disminuida por cualquier actuación ‘ex officio’, al menos en su apariencia y, sobre todo, cuando tercia espontáneamente en el debate y ejercita su potestad para imponer una pena más gravosa que la pedida por la acusación, con la misma calificación jurídica, sin que previamente las partes hayan tenido siquiera la oportunidad real de debatir esa ‘tercera opinión’, rompiendo su hieratismo o su indiferencia institucionales*”⁵³. Salvando las distancias del supuesto a que se refiere el texto, estimamos que cuando la Sala *ad quem* se aparta de las posiciones de las acusaciones en el trámite de recurso, cuando menos, está aparentando imparcialidad.

Finalmente, analicemos la cuestión desde un punto de vista pragmático y funcional: ¿qué principio general del derecho ineludible atacarían la exis-

⁵³ Recordemos que el contexto de estos votos eran sentencias que censuraban la imposición de mayor pena que las pedidas por las acusaciones con base en la falta de motivación de la agravación, más no en la cuestión de fondo de la vulneración del acusatorio.

tencia de correlación que propugnamos? Ninguno ¿A quién se perjudicaría con ello? A nadie.

Se ha afirmado que establecer la vinculación o correlación de la sentencia de segundo grado o casación con la postura de las acusaciones en esas alzas obligaría a que las acusaciones tuvieran que personarse en los recursos (STC 283/1993). No nos parece un argumento de peso para desechar la idea. El Ministerio Fiscal es un órgano público que tiene la obligación de estar presente en los recursos, lo que se deriva de los artículos 124.1 de la CE'78, 3 EOMF, 2 y 92.5 del Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, arts. 790.4 y 882 LECrim. Las acusaciones particulares son muy dueñas de dejar la alzada a cargo de la fiscalía (en los delitos públicos), o de personarse en la misma. No existe una obligación para los particulares de ejercitar y mantener la acción penal, ni tampoco —no se olvide— un derecho a la condena penal. Será, así, su decisión, mantener el ejercicio de la acción penal o dejarla en manos del fiscal, sin que creamos que el gravamen que se les impondría por tener que comparecer en el recurso para apoyar la sentencia dictada —ya sea al lado del Ministerio Fiscal o por separado—, sea razón suficiente para negar al recurrido los derechos fundamentales antes indicados.

Es claro, como ya hemos afirmado, que los derechos fundamentales que invocamos no son absolutos ni ilimitados. En efecto, los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí⁵⁴, acuñándose la *manoseada* expresión de que un derecho fundamental termina donde empieza otro; sin embargo, en nuestro caso, la extensión que defendemos del derecho al principio acusatorio, al juez imparcial, y en definitiva, a un juicio justo, no colisiona con ningún otro derecho, ya sea abstractamente como particularmente considerado.

Si está procesalmente permitido —y lo está— que las pretensiones de las partes acusadoras varíen en la fase de recurso, ¿no resulta una consecuencia lógica que exista correlación entre esas nuevas pretensiones y la resolución final? Prohíbese la posibilidad de un cambio de postura de las acusaciones, y podrá negarse, coherentemente, la necesidad de correlación.

Una de las teorías explicativas de la existencia histórica de los recursos, es la que los relaciona con el poder del soberano. En efecto, LARA LÓPEZ explica cómo, en su origen, el sistema de recursos fue instaurado “*como instrumento de concentración de poderes en manos del soberano*” para

⁵⁴ PINTORE, A., “Derechos insaciables”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, FERRAJOLI, L., Trotta, Madrid, 2009, p. 258.

controlar los pronunciamientos de sus jueces delegados. De ahí la expresión clásica de recurso *devolutivo*. El juez delegado —*a quo*— *devolvía* la jurisdicción al soberano, para que éste resolviese inapelablemente sobre la cuestión⁵⁵. Este fundamento histórico, que tendría poco sentido en la actualidad, parece *rezumar* tras la concepción actual del asunto del que tratamos. Se sobrevalora la *auctoritas* de los Tribunales *ad quem*, que mantienen un *poder* sobre el objeto del proceso, con independencia de la voluntad de la parte que ostenta, en exclusiva, el poder de ejercitar la acción penal.

En efecto, como ya indicara BOBBIO⁵⁶, el problema de los derechos fundamentales es más de aplicación que de justificación, es más político que filosófico. Y eso es lo que acontece también en nuestro caso. A nuestro juicio, la instauración de la correlación entre pretensiones acusadoras y sentencia en el ámbito de los recursos no choca contra ningún principio o derecho fundamental de nadie y, sin embargo, avanza en la protección de los mismos (justificación). Se necesita, sin embargo, voluntad legislativa o jurisprudencial para su aplicación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCACER GUIRAO, R. (2013), *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2018), “La elaboración de un estatus procesal de investigado/acusado en la Unión Europea. Balance del plan de trabajo del Consejo ochos años después”, en *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y derecho penal*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1995, y “Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no, en Revista de la Asociación Ius et Veritas, nº 16, 1998.
- BACHMAIER WINTER, L. (Coord), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2014.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La segunda instancia penal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- DAMASKA, M.R., *The faces of justice and State authority. A comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Heaven, 2009.

⁵⁵ LARA LÓPEZ, A. M., *El recurso de apelación ...op. cit.* p. 41 y 42.

⁵⁶ BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2014, p. 16.

- DE DIEGO DÍEZ, L.A., “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción”, *Revista Justicia*, nº 1, 1988.
- DE HOYOS SANCHO, M., “Garantías procesales de las personas jurídicas investigadas y acusadas: armonización en el ámbito de la Unión Europea y situación actual en España”, en *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, VVAA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, Y., “Nuevas consideraciones sobre el derecho al recurso penal (El dictamen del Comité de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional en el Caso Segundo Marey)”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2002.
- DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, Comares, Granada, 1996.
- DOLZ LAGO, M.J., “Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia, ¿hacia un reforzamiento del ‘poder de acusar’ y del Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, nº 6771, año XXVIII, 4 de septiembre de 2007.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ NAVARRO, A., *Acusación y defensa en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004.
- GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, BdeF, Barcelona, 1935.
- GOSS, R., *Criminal Fair Trial Rights*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2016.
- GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- “La configuración del derecho fundamental al proceso justo, debido o equitativo (fair trial o due process) en el ámbito de la Unión Europea”, en *Nueve Estudios para Informar un proceso penal europeo y un código modelo para potenciar la cooperación jurisdiccional iberoamericana*, ROBLES GARZÓN, J.A. (coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- “Common and Civil Law Traditions on Victim’s Participation at the ICC”, en *International Journal of Procedural Law*, vol. 4, 2014.
- JIMENO BULNES, M., “The EU roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings”, *Revista EUCRIM*, nº 4, 2009.
- “El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, en *Justicia*, nº 2, 2013
- JUAN-SÁNCHEZ, R., “Anulación de las absoluciones penales y el subterfugio a los límites de la apelación: la conveniencia de su reformulación”, en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Valencia, nº 2, 2020.
- MUÑOZ CUESTA, F.J., “El principio acusatorio en casación”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2/2014.

- LARA LÓPEZ, A. M., *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.
- LUZÓN CUESTA, J.M., *El recurso de casación penal*, Dykinson, Madrid, 1993.
- PÉREZ MORALES, M.G., *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario*, Comares, Granada, 2002.
- PINTORE, A., “Derechos insaciables”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, FERRAJOLI, L., Trotta, Madrid, 2009.
- REICHEL, P.L., *Comparative Criminal Justice systems*, Financial Times Prentice, Hall, New Jersey, 2017.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “Extensión del principio acusatorio y vinculación del Tribunal sentenciador (a propósito de la STC Pleno 155/2009, de 25 de junio)”, *Diario La Ley*, nº 7272, año XXX, 29 de octubre 2009.
- RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.
- TARUFFO, M., en *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, en Cuadernos de la Divulgación de la Justicia Electoral, nº 20, México, 2013.
- VERGE GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, Barcelona, 1994.
- VIADA LÓPEZ PUIGSERVER, C., “Los límites del principio acusatorio (Sentencia de 13 de junio de 1961)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 1, 1962.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com

Formas especiales de terminación del procedimiento penal. Terminación por razones de oportunidad en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020
Teresa Armenta Deu

Hacia un cambio de paradigma en la proyectada reforma de las medidas cautelares personales no privativas de libertad en el Aloecrim 2020
Ágata M^a Sanz Hermida

El procedimiento de investigación en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020
Jordi Nieva Fenoll

Los medios de investigación relativos a la persona investigada en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020
Carmen Navarro Villanueva

Los medios de investigación relativos a la interceptación de las telecomunicaciones y de las conversaciones privadas en el anteproyecto de Lecrim de 2020: análisis crítico
Inmaculada López-Barajas Perea

La fase intermedia en el anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020
Guillermo Ormazabal Sánchez

Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal: del régimen actual al anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020
Luis Gómez Amigo

El procedimiento especial para la actuación de la fiscalía europea del anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020
Begoña Vidal Fernández

La transposición de la directiva de protección del *Whistle- Blower*: un panorama inquietante
Miguel Ángel Encinar del Pozo

La vinculación de los tribunales *Ad Quem* a las peticiones acusadoras en fase de recurso
Salvador Guerrero Palomares
