

# EL PROCESO EN TIEMPOS DE CAMBIO

## VII PROCESSULUS

ENCUENTRO DE JÓVENES INVESTIGADORES  
EN DERECHO PROCESAL

Dirección

Paloma Arrabal Platero

Coordinación

Jesús Conde Fuentes y Pablo García Molina

Prólogo

Olga Fuentes Soriano



eBook en [www.colex.es](http://www.colex.es)







## ¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

## Funcionalidades eBook



**Acceso desde cualquier dispositivo**



**Idéntica visualización a la edición de papel**



**Navegación intuitiva**



**Tamaño del texto adaptable**

Puede descargar la APP «Editorial Colex» para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.



Síguenos en:





# **EL PROCESO EN TIEMPOS DE CAMBIO**

## **VII PROCESSULUS**

**ENCUENTRO DE JÓVENES INVESTIGADORES  
EN DERECHO PROCESAL**

**Monografía publicada en el marco del proyecto de investigación «RETOS Y RESPUESTAS DEL DERECHO PROCESAL (RRPROC)» concedido por el Vicerrectorado de investigación de la Universidad Miguel Hernández.**

# **EL PROCESO EN TIEMPOS DE CAMBIO**

## **VII PROCESSULUS**

**ENCUENTRO DE JÓVENES INVESTIGADORES  
EN DERECHO PROCESAL**

Obra dirigida por:

**Paloma Arrabal Platero**

Obra coordinada por:

**Jesús Conde Fuentes**

**Pablo García Molina**

Prólogo:

**Olga Fuentes Soriano**

COLEX 2023

Copyright © 2023

**Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos ([www.cedro.org](http://www.cedro.org)) garantiza el respeto de los citados derechos.**

**Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.**

**Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web [www.colex.es](http://www.colex.es) un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.**

© Paloma Arrabal Platero

© Jesús Conde Fuentes

© Pablo García Molina

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

[info@colex.es](mailto:info@colex.es)

[www.colex.es](http://www.colex.es)



# SUMARIO

## PRÓLOGO

*Olga Fuentes Soriano*

Prólogo .....	17
---------------	----

## PARTE PRIMERA LOS NUEVOS RETOS DEL ENJUICIAMIENTO PENAL

### CAPÍTULO I

#### DESAFÍOS DEL DERECHO PROCESAL ANTE EL METAVERSO: MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS GENERADOS ENTRE AVATARES

*Federico Bueno De Mata*

1. El Metaverso como origen de conflictos jurídicos .....	23
2. Del metaverso al metaproceso: aspectos procesales del metaverso .....	27
2.1. Metajurisdicción como vía para resolver conflictos entre particulares en el metaverso .....	27
2.2. Derecho del metaverso o metaderecho, esa es la cuestión .....	33
3. Bibliografía consultada .....	34

### CAPÍTULO II

#### LA INSTRUCCIÓN DE LOS FISCALES EUROPEOS DELEGADOS EN LOS PROCESOS PENALES CONTRA PERSONAS JURÍDICAS ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA CONFORMAR UN VERDADERO PROCESO PENAL PARA LAS ENTIDADES?

*Ana María Vicario Pérez*

1. Introducción .....	38
2. Competencia material de la fiscalía europea por delitos cometidos por personas jurídicas .....	40

## SUMARIO

3. Instrucción por el fiscal europeo delegado de los delitos cometidos por personas jurídicas. . . . .	41
4. Errores y aciertos en la regulación sobre la instrucción por la fiscalía europea de los delitos cometidos por personas jurídicas. . . . .	43
5. Conclusiones. . . . .	46
6. Bibliografía . . . . .	47

### CAPÍTULO III

#### REPARACIÓN Y VÍCTIMA: LA VIABILIDAD DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

*Irene Yáñez García-Bernalt*

1. Víctima y proceso: una compleja relación . . . . .	50
2. La víctima como sujeto de derechos en el proceso penal . . . . .	51
3. Víctima y justicia restaurativa. . . . .	53
3.1. Delimitación del concepto de justicia restaurativa . . . . .	53
3.2. Objetivos de los servicios de justicia restaurativa en relación con las víctimas . . . . .	54
3.3. La intervención de la víctima en el ámbito penitenciario: otras formas de reparación . . . . .	56
4. Conclusiones. . . . .	57
5. Bibliografía . . . . .	58

### CAPÍTULO IV

#### FISCAL INSTRUCTOR: ¿ES EL PROCESO DE MENORES UN EJEMPLO?

*Elisabet Cueto Santa Eugenia*

1. Introducción: la fase de instrucción en un proceso penal . . . . .	62
2. La figura del fiscal instructor en la LORPM . . . . .	62
3. La propuesta de fiscal instructor en el ALeCrim . . . . .	64
4. Diferencias y críticas. . . . .	65
5. Conclusiones. . . . .	66
6. Bibliografía . . . . .	67

### CAPÍTULO V

#### INCORPORACIÓN DE LOS RESULTADOS RESTAURATIVOS AL PROCESO PENAL Y SU PROBLEMÁTICA LEGAL

*Sonia Rebollo Revesado*

1. Introducción . . . . .	70
2. Justicia restaurativa y mediación penal . . . . .	70

## SUMARIO

3. Regulación legal . . . . .	72
4. El acta de reparación y su integración en el proceso penal . . . . .	72
5. Conclusiones. . . . .	79
6. Bibliografía . . . . .	79

### CAPÍTULO VI

#### **LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL. ¿NUMERUS CLAUSUS?**

*Pedro Pablo Pulido Manuz*

1. Introducción . . . . .	82
2. Naturaleza jurídica y caracteres de las medidas cautelares sobre las personas jurídicas . . . . .	83
3. Regulación española. ¿Numerus clausus? . . . . .	84
4. Problemática y posibles soluciones aportadas por la doctrina . . . . .	84
5. Conclusión . . . . .	87
5.1. Conflictividad de los artículos 33.7 del Código Penal y 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . . . . .	87
5.2. Visión doctrinal . . . . .	88
5.3. Problemática de las soluciones hermenéuticas propuestas por la doctrina	88
5.4. Valoración de las propuestas doctrinales . . . . .	89
6. Bibliografía . . . . .	90

### CAPÍTULO VII

#### **LA PERSONA PERJUDICADA EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIOAMBIENTE**

*Diana Marrero Guanche*

1. Introducción . . . . .	92
2. El medioambiente como bien jurídico protegido por el Derecho penal. . . . .	93
2.1. El concepto de medioambiente . . . . .	93
2.2. Naturaleza supraindividual del bien jurídico medioambiente . . . . .	94
3. La persona perjudicada por los delitos contra el medioambiente . . . . .	96
4. La ineficacia de la acusación popular para la defensa del medioambiente. . . . .	98
5. La propuesta de regulación de una legitimación supraindividual . . . . .	100
6. Conclusiones. . . . .	101
7. Bibliografía. . . . .	102

## CAPÍTULO VIII

### **LA ACCIÓN POPULAR, UN INSTRUMENTO PROCESAL RELEVANTE EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA; TOMANDO COMO PUNTO DE PARTIDA, PARA LA ELIMINACIÓN DE SUS CARGAS ECONÓMICOS, LA LEY 19/2002, DE 30 DE SEPTIEMBRE, PARA EL RECONOCIMIENTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LA LAGUNA DEL MAR MENOR Y SU CUENCA**

*Isabel Micó Forte*

1. Derechos de la Naturaleza . . . . .	104
1.1. Introducción . . . . .	104
1.2. Breve referencia al origen de los derechos de la naturaleza . . . . .	105
1.3. Los derechos de la naturaleza en el derecho positivo vigente . . . . .	106
2. Mar Menor como sujeto con personalidad jurídica propia . . . . .	108
3. La importancia de la acción popular para la defensa del ecosistema Mar Menor . . . . .	110
4. Conclusiones . . . . .	114
5. Bibliografía . . . . .	115

## CAPÍTULO IX

### **EFICACIA, CELERIDAD Y OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL: REFLEXIONES EN TORNO AL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO**

*Selena Tierno Barrios*

1. Aproximación al principio de oportunidad . . . . .	118
2. La introducción del proceso por aceptación de decreto en el sistema de justicia penal español . . . . .	120
3. Ámbito de aplicación y requisitos . . . . .	121
4. Procedimiento y tramitación . . . . .	123
5. La brecha entre el diseño teórico y la práctica forense . . . . .	124
6. El equilibrio entre garantías y eficacia . . . . .	125
7. Conclusiones . . . . .	126
8. Bibliografía . . . . .	127

## CAPÍTULO X

### **EL CONTROL DE LA DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020**

*Máximo J. Pertusa Guillen*

1. Introducción . . . . .	130
2. El sistema de plazos máximos en la instrucción en la Ley 41/2015 . . . . .	130

## SUMARIO

3. El nuevo sistema de plazos operado por la Ley 2/2020, de 27 de julio . . . . .	133
4. El control de la duración de la investigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 . . . . .	134
5. Conclusiones . . . . .	135
6. Bibliografía . . . . .	136

### **PARTE SEGUNDA EFICACIA, CELERIDAD Y RESULTADOS**

#### **CAPÍTULO XI**

##### **LA ESTRUCTURA DEL JUICIO VERBAL SEGÚN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA**

*Antonio José Vélez Toro*

1. Introducción . . . . .	142
2. El inicio del juicio oral . . . . .	143
3. La nueva tramitación previa a la vista oral . . . . .	144
3.1. El pleito testigo . . . . .	144
3.2. Derivaciones y suspensiones, impedimentos y decisión sobre la procedencia de la vista . . . . .	145
4. El nuevo modelo de vista oral . . . . .	146
5. Novedades sobre la sentencia y sus efectos . . . . .	148
6. Conclusiones . . . . .	148
7. Bibliografía . . . . .	149

#### **CAPÍTULO XII**

##### **LA ACUMULACIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL AL PROCEDIMIENTO PENAL EN CURSO: EFECTOS Y POSIBILIDADES**

*Ángel Santiago Tomás Pla*

1. Introducción . . . . .	152
2. La acumulación de la acción civil . . . . .	154
2.1. Acciones penales y acciones civiles . . . . .	154
2.2. Fundamento de la acumulación . . . . .	155
2.3. Presupuestos de la acumulación . . . . .	157
2.3.1. Presupuestos subjetivos . . . . .	157
2.3.2. Presupuestos objetivos . . . . .	157
2.3.3. Presupuestos formales . . . . .	158
2.4. Régimen jurídico aplicable por el Juez penal . . . . .	159

## SUMARIO

3. El papel del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción civil . . . . .	159
3.1. Legitimación activa . . . . .	159
3.2. Automatización del rol interventor del Ministerio Público . . . . .	160
3.3. La reserva de acciones: sus efectos . . . . .	161
3.4. La renuncia al ejercicio de la acción civil . . . . .	161
4. Conclusiones . . . . .	162
5. Bibliografía citada . . . . .	164
6. Jurisprudencia . . . . .	165

### CAPÍTULO XIII

#### **MACROPROCESOS POR CORRUPCIÓN: PROBLEMÁTICAS EN CUANTO A LA CELERIDAD DEL PROCESO**

*Mario Neupavert Alzola*

1. Introducción . . . . .	168
2. Macroproceso y corrupción: ideas principales . . . . .	169
3. Celeridad y macroproceso por corrupción . . . . .	172
4. Conclusiones . . . . .	176
5. Bibliografía . . . . .	176
6. Jurisprudencia . . . . .	177

### CAPÍTULO XIV

#### **ÁMBITO MATERIAL EN EL QUE HAN DE DESARROLLARSE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE EFICIENCIA PROCESAL DE DICIEMBRE DE 2020**

*Jesús del Águila Martínez*

1. Introducción . . . . .	180
2. Ámbito material en el que han de desarrollarse los medios adecuados de solución de controversias . . . . .	181
2.1. Ámbito objetivo . . . . .	181
2.1.1. Materias no negociables . . . . .	183
2.1.2. Materias respecto de las cuales no es exigible acudir a un medio adecuado de solución de controversias . . . . .	184
2.2. Ámbito territorial . . . . .	185
2.3. Ámbito subjetivo . . . . .	186
3. Bibliografía . . . . .	189

**PARTE TERCERA**  
**CUESTIONES PROCESALES ACTUALES Y DESAFÍOS DE**  
**LA JUSTICIA EN LA SOCIEDAD DIGITALIZADA**

**CAPÍTULO XV**

**LEGITIMACIÓN AMBIENTAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL: NUEVOS RETOS**

*Nerea Yugueros Prieto*

1. Contextualización . . . . .	194
2. La legitimación penal en los delitos ecológicos . . . . .	195
2.1. Legitimación activa. Escollos procesales . . . . .	195
2.2. Legitimación pasiva desde el prisma del ámbito socioeconómico. . . . .	199
3. Conclusiones. . . . .	202
4. Bibliografía . . . . .	202

**CAPÍTULO XVI**

**ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CADENA**  
**DE CUSTODIA EN EL ÁMBITO EXTRAPENAL**

*Andrea Jamardo Lorenzo*

1. Consideraciones iniciales . . . . .	206
2. Algunos aspectos potencialmente problemáticos en el desarrollo de una correcta cadena de custodia . . . . .	208
3. Tratamiento jurisprudencial de la cadena de custodia en el ámbito extrapenal	212
3.1. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo . . . . .	212
3.2. En el orden jurisdiccional civil . . . . .	213
3.3. En el orden jurisdiccional social . . . . .	215
4. Conclusiones. . . . .	216
5. Bibliografía referenciada . . . . .	217

**CAPÍTULO XVII**

**EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA.**  
**ANÁLISIS DE ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES**  
**CONTROVERTIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN**  
**DE DAÑOS POR INFRACCIONES *ANTITRUST***

*Xénia Fuguet Carles*

1. Introducción . . . . .	220
2. Real Decreto-Ley 9/2017, en materia mercantil . . . . .	220
2.1. Referencias normativas de carácter adjetivo. . . . .	221
2.1.1. Normativa española . . . . .	221

## SUMARIO

2.1.2. Normativa europea . . . . .	222
2.2. Razón de ser de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 9/2017. . . . .	223
2.2.1. Necesidad de prevenir la asimetría de información entre las partes. . . . .	224
2.2.2. Necesidad de eliminar o reducir las dificultades en la cuantificación del perjuicio . . . . .	226
3. Cuestiones procesales en procedimientos de aplicación privada del derecho de la competencia . . . . .	226
3.1. La prueba de la existencia del daño . . . . .	227
3.2. La prueba de la cuantificación del daño . . . . .	228
4. Conclusiones. . . . .	230
5. Bibliografía . . . . .	231

## CAPÍTULO XVIII

### LA INCIDENCIA DE LA LEY 8/2021 EN LAS MODIFICACIONES JUDICIALES DE LA CAPACIDAD ANTERIORES A SU ENTRADA EN VIGOR: UNA NUEVA CAUSA LEGAL PARA LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

*Jessica Naranjo Rodríguez*

1. Nota introductoria . . . . .	234
2. El alcance procesal de la disposición transitoria 5.ª de 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 . . . . .	234
3. Las modificaciones judiciales de la capacidad anteriores al 3 de septiembre de 2021: una causa legal <i>ex novo</i> para quebrar la cosa juzgada de las sentencias firmes que fueron dictadas en procesos relativos a la capacidad de las personas. . . . .	236
4. Cuestiones controvertidas que pueden surgir en el proceso de revisión de las sentencias firmes anteriores a la Ley 8/2021. . . . .	240
5. Conclusiones. . . . .	241
6. Bibliografía . . . . .	242

## CAPÍTULO XIX

### EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO DURANTE LA INSTRUCCIÓN Y EN SU INCORPORACIÓN AL JUICIO ORAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA STEDH *AL ALO V. ESLOVAQUIA*

*Sandra Jiménez Arroyo*

1. Introducción . . . . .	246
2. Análisis de la sentencia <i>Al Alo v. Eslovaquia</i> . . . . .	248
3. Requisitos para la incorporación de la declaración testifical al sumario. . . . .	251



## SUMARIO

4. Conclusiones. . . . .	252
5. Bibliografía . . . . .	253
6. Jurisprudencia. . . . .	254

### CAPÍTULO XX

#### PERSPECTIVA DE GÉNERO, VIOLENCIA SEXUAL Y MÁXIMAS DE EXPERIENCIA

*Amara García Adán*

1. Introducción . . . . .	256
2. La importancia de juzgar con perspectiva de género . . . . .	257
2.1. Qué se entiende por perspectiva de género . . . . .	257
2.2. Igualdad como derecho fundamental . . . . .	257
3. Marco normativo y estándares internacionales sobre la violencia sexual . . . . .	258
3.1. Normativa internacional. . . . .	258
3.2. Normativa estatal . . . . .	259
4. Valoración de la prueba, violencia sexual y perspectiva de género. . . . .	260
4.1. Procedimiento probatorio, libre valoración de la prueba y máximas de experiencia . . . . .	260
4.2. Perspectiva de género para identificar los prejuicios . . . . .	262
5. Conclusiones. . . . .	264
6. Bibliografía . . . . .	265

### CAPÍTULO XXI

#### NUEVOS DESAFÍOS EN LA INCORPORACIÓN DEL WHISTLEBLOWER EN EL PROCESO PENAL

*Jaime Criado Enguix*

1. El denunciante: una pieza clave en la persecución del delito. . . . .	268
2. La admisibilidad de la denuncia anónima como mecanismo de protección al <i>whistleblower</i> . . . . .	272
2.1. Estado de la Cuestión. . . . .	272
2.2. Propuestas para preservar la identidad del <i>whistleblower</i> en el transcurso de un proceso penal . . . . .	275
3. Conclusiones. . . . .	278
4. Bibliografía . . . . .	279

**CAPÍTULO XXII**

**REFLEXIONES SOBRE LA IDEA DE SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA**

*Paulo Ramón Suárez Xavier*

1. Introducción . . . . .	282
2. El carácter prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva como argumento central a la idea de servicio público de justicia . . . . .	282
3. La idea de servicio público como reflejo del mandato general de eficiencia . . . . .	284
4. La justicia como servicio público y el servicio público de justicia. . . . .	286
5. ¿La justicia no puede ser o no es un servicio público? . . . . .	289
6. Conclusiones. . . . .	291
7. Bibliografía. . . . .	292

**CAPÍTULO XXIII**

**EMOTIONAL BIOMETRICS: A PRELIMINARY ANALYSIS OF CRITICAL ASPECTS CONCERNING THE USE OF THE LAST AI FRONTIER IN CRIMINAL PROCEDURE**

*Giulia Cascone*

1. Introduction . . . . .	296
2. The impact of the use of emotional biometric techniques on the declarant's moral freedom . . . . .	298
3. The repercussions on the «physiological» unfolding of the adversarial principle in the evaluation of the evidence. . . . .	301
4. Is the legitimacy of the judge at risk? . . . . .	304
5. Conclusions. . . . .	309
6. Bibliography . . . . .	310

## PRÓLOGO

Durante el mes de mayo de 2022, tuve el honor de ejercer como anfitriona para un elevado número de jóvenes colegas que, bajo la dirección de la profesora ARRABAL PLATERO, decidieron acudir a la Universidad Miguel Hernández para discutir, en el marco del *VII Processulus*, en torno a temas jurídicos de actualidad propios de sus investigaciones especializadas.

Recogido por todos ellos el fruto de aquellas discusiones e incorporados a sus estudios los distintos matices y perspectivas que el debate y el intercambio de opiniones propició, se me brinda de nuevo el honor de poder prologar el libro que aún todos aquellos trabajos.

Más allá del valor intelectual y científico de cada uno, que el lector, sin duda, juzgará por sí mismo con independencia del elevado reconocimiento que —en mi opinión— todos ellos merecen, sí creo conveniente poner de manifiesto la relevancia de este «movimiento» de jóvenes investigadores en el marco de la doctrina procesal española.

No falto a la realidad si digo que los derroteros por los que transita la Universidad española en estas últimas décadas me han llevado a una suerte de escepticismo —cuando no, de desánimo— no sólo en relación con la deficiente calidad de la formación que en general se imparte, sino también en relación con la forzosa marcha en la que se nos obliga a formar nuestros jóvenes investigadores.

La redacción de los planes de estudio basada en criterios exclusivamente de «remuneración crediticia», en la que el peso de la docencia de cada materia viene marcado por el poder o la fuerza local de cada grupo académico concreto, nos lleva a planes de estudio sin sentido, cuyas asignaturas se pautan cronológicamente, también sin sentido alguno. A ello se suma que la dejación en manos del estudiante —por esencia desconocedor de la materia a la que se enfrenta— de la organización de su propio currículo, sin existencia de «asignaturas llave», o de recomendaciones siquiera de lo que, en términos de pura lógica, cabría cursar con antelación al estudio de determinadas materias, lleva a una imposibilidad patente de dotar a los estudios (y, por tanto, al aprendizaje) de una mínima racionalidad. Ciertamente paradójico resulta reconocer que nunca antes las universidades tuvieron tantos «servicios de calidad» y nunca antes, bajo el eslogan de la calidad, tantos atropellos se cometieron.

La carrera docente e investigadora, por otra parte, no es ajena a este caótico devenir. Sólo desde la irracionalidad se pueden justificar las exigencias marcadas para recorrer un asfixiante camino cuya merecida recompensa — la estabilidad laboral— se alcanza cerca de la cuarentena. Ninguna otra justificación puede encontrarse bajo requisitos como la necesaria dirección de tesis doctorales, para iniciar una carrera académica en la que a duras penas los propios aspirantes son ya doctores; o bajo la exigencia de ser investigador/a principal de proyectos cuando apenas se ha tenido tiempo de adquirir solvencia investigadora; o bajo la exigencia de un número mínimo de publicaciones que, si de monografías se trata, se verán seriamente comprometidas en su calidad por la —también— exigencia, en paralelo, de aportar otras publicaciones y/o comunicaciones en congresos sobre temas diversos; y todo ello unido a la necesaria dedicación a la gestión y, por supuesto, —menos mal— a la docencia, eso sí, con su actual derrota hacia la gamificación.

Y, sin embargo, con todo, en el ámbito del Derecho Procesal han tenido lugar una serie de acontecimientos que ponen de manifiesto y garantizan, para el futuro, no sólo la buena salud de la disciplina sino también, el esfuerzo colectivo por dotar de sentido a las trayectorias docentes e investigadoras que, por mor de las circunstancias apuntadas, tienden a ser valoradas tan sólo en sus aspectos formales sin prestar atención a la solidez de la base formativa —de los conocimientos, en suma— sobre la que deben levantarse.

Uno de los pocos méritos —sino el único— que entiendo que cabe reconocerle al actual sistema de acreditaciones es el de haber puesto fin al sinsentido de las escuelas académicas, entendidas como escuelas de poder y no como escuelas de pensamiento. Desparecida así la influencia tiránica que la adscripción a una u otra escuela podía desplegar, se han dado en el ámbito del Derecho procesal tres fenómenos que instauran una nueva época marcada por el fomento de una buena sintonía personal y profesional entre colegas y por la potenciación de la investigación y la transmisión del conocimiento.

Estos tres fenómenos son, en mi opinión, la Fundación privada Manuel Serra Domínguez, la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, y *Processulus*, como ámbito de encuentro de jóvenes investigadores en Derecho Procesal.

Es de los tres, éste último, en el que me quiero centrar; no sólo porque es, precisamente, el marco en el que surge, se debate y elabora el contenido del presente volumen sino porque, más allá de ello, constituye la cantera de los procesalistas que serán y que ellos mismos se han encargado de organizar con la idea de potenciar sus oportunidades formativas y profesionales a partir de una más que sensata combinación, de autonomía y respeto hacia quienes les hemos precedido en el trayecto.

Nace «Processulus» en 2014, como un encuentro de y para jóvenes investigadores en Derecho procesal, con vocación —conseguida y consolidada, salvo por lo que a la pandemia respecta— de reiterarse con carácter anual.

La idea se gesta en Salamanca, enarbolada por el prof. BUENO DE MATA — joven doctor entonces, de reciente hornada— bajo el manto protector de su maestro el Prof. BUJOSA VADELL. El objetivo era crear un marco que permitiera el encuentro de quienes se inician en la investigación dentro del ámbito del Derecho procesal, con el fin inmediato de poner en común sus trabajos y generar el contexto que les permitiera conocerse, conocer también las distintas líneas investigadoras que se iban abriendo y consolidando, estrechar lazos personales y profesionales...tejer redes, en suma, que facilitaran entre ellos su contacto y conexión.

El esquema era sencillo, ellos —los jóvenes— son los organizadores, los ponentes y los asistentes a los que se dirigen estos *Encuentros*. Estos se articulan en torno a diversas mesas temáticas en las que los interesados presentan sus comunicaciones y las defienden oralmente; y el acierto estuvo, sin duda, en saber combinar esa voluntad de autogestión con la invitación a participar, a título de presentador/a y moderador/a de mesa, a algún/a procesalista «senior» que ejerciendo de padrino o madrina —así lo denominan— de la mesa, pueda contribuir aportando puntos de vista diferentes, matices, sugerencias o elementos para la discusión que permitan enriquecer los trabajos en curso.

Cada *Processulus* supone pues un foco de aprendizaje, discusión y perfeccionamiento de los trabajos que se presentan, además de un vínculo que permite estrechar relaciones personales y potenciar sinergias profesionales que pueden constituir —y de hecho han constituido— el germen de proyectos de investigación y líneas de trabajo comunes.

Del primer equipo organizador, constituido por el prof. Bueno de Mata (Universidad de Salamanca), la profa. Neira Pena (Universidad de A Coruña) y por el prof. Pérez Gaipo (en aquel momento, profesor de la Universidad de Santander) surgieron, en los años 2014, 2015 y 2016 los tres primeros *Encuentros Processulus*. Dicho equipo dio el relevo al constituido por los profs. García Molina (Universidad Cádiz) y Conde Fuentes (Universidad de Cáceres) y por la profa. Arrabal Platero (Universidad Miguel Hernández) quienes se encargaron de dirigir y organizar los tres siguientes encuentros; si bien incluyendo una «edición especial» en el año 2018 con motivo del octavo centenario de la Universidad de Salamanca.

Y así, tras este camino, el resultado del «*VII Processulus. Encuentro para jóvenes investigadores en Derecho Procesal*» (Universidad Miguel Hernández, 2022) es el volumen que aúna los trabajos que el lector tiene en sus manos y que ahora se presentan.

En este *VII Encuentro*, las diversas comunicaciones se estructuraron en torno a cuatro grandes temas, presentados por cuatro grandes procesalistas, reconocidos y consolidados que, además de introducir la materia con su presentación, moderaron las mesas de comunicaciones y fomentaron el debate apuntando, cuando procedía, interesantes puntos de conflicto, aspectos necesitados de mayor reposo o perspectivas diferentes desde las que estudiar los problemas tratados.

Se dedicó, así, la primera mesa (apadrinada por el prof. ASENCIO MELLADO) al estudio de «Los nuevos retos del enjuiciamiento penal»; la segunda mesa (apadrinada por el prof. PRIORI POSADA —que otorgaba al encuentro una perspectiva internacional—) a debatir sobre «Eficacia, celeridad y resultados»; la tercera mesa, por su parte (amadrinada por la profa. DOIG DÍAZ), se encargó de analizar concretas «Cuestiones procesales actuales» que los comunicantes decidieron traer a colación; y, por último, la cuarta mesa (apadrinada por el prof. NIEVA FENOLL) se dedicó a reflexionar en torno a los «Desafíos de la Justicia en la sociedad digitalizada».

El resultado de todo ello lo constituyen los veintitrés estudios que se dan cita en este libro, firmados todos ellos por jóvenes investigadores en Derecho procesal y avalados por el rigor formativo de su particular proceso de elaboración.

He vivido de cerca la ilusión y el cuidado con el que se gestó este programa y las turbulentas aguas por las que la pandemia derivada de la Covid-19 obligó a navegar a este navío. Me gustaría resaltar aquí la paciente, serena y firme labor de dirección ejercida por la profa. ARRABAL PLATERO que dando muestra una vez más de una solidez académica admirable, condujo el barco sin zozobras, permitiendo que arribara a puerto más consolidado —incluso— de lo que inicialmente zarpó.

Otro equipo, ya, es el que ha tomado el relevo para las tres siguientes ediciones de *Processulus*; el formado por la profa. RUBIO SÁNCHEZ (Universidad Pablo Olavide), el prof. CARO CATALÁN (Universidad de Cádiz) y la profa. DURÁN SILVA (Universidad de Alicante). Sin duda tienen un gran reto por delante, pues no en vano sus predecesores se esforzaron por mantener a muy elevado nivel la calidad de estos *Encuentros*. Con todo y con ello, estoy segura de que lo superarán con honores y consolidarán la buena marcha emprendida por nuestra joven doctrina procesal.

He manifestado con anterioridad que veo en estos «*Processulus*» la cantera del procesalismo español. Y me satisface comprobar la seriedad de sus planteamientos, la solvencia de sus reflexiones y la preocupación por consolidar sus fundamentos formativos.

Si estos son los procesalistas que vienen, estamos de enhorabuena. Estoy segura de que la lectura de sus trabajos no les defraudará.

Disfruten con ella y... ¡larga vida al Derecho Procesal!

En Elche, a 10 de febrero de 2023

**Olga Fuentes Soriano**  
*Catedrática de Derecho Procesal*  
*Universidad Miguel Hernández*

# **PARTE PRIMERA**

## **LOS NUEVOS RETOS DEL ENJUICIAMIENTO PENAL**





# CAPÍTULO I

---

## **DESAFÍOS DEL DERECHO PROCESAL ANTE EL METAVERSO: MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS GENERADOS ENTRE AVATARES**

**Federico Bueno de Mata**

*Profesor Titular de Derecho Procesal.  
Universidad de Salamanca. ESPAÑA*

### **1. El Metaverso como origen de conflictos jurídicos**

Partiendo de que hablamos de metaverso como una extensión virtual del mundo real o una duplicación del mismo, se podrán generar relaciones entre iguales que darán lugar a todo tipo de situaciones positivas pero también conflictivas y que afectarán tanto a la esfera del derecho privado como del derecho público<sup>1</sup>.

Por un lado, tal y como afirma BARRIO ANDRÉS «el metaverso es una nueva herramienta nuclear para la economía digital<sup>2</sup>», entiendo la misma basada en un protocolo de *blockchain*, es decir, en una tecnología descentralizada que mediante la criptografía cristaliza las acciones haciendo que la información proporcionada en ese momento sea irreversible y que no se pueda manipular de ninguna forma. Estamos hablando de una cadena de bloques de información conectada por algoritmos que entrelazan dichos bloques a través de un *hash* hasta el bloque génesis que permite saber si el mismo se ha manipulado

---

1 Una reflexión más amplia sobre este tema, se puede encontrar en BUENO DE MATA. F., «Del metaverso a la metajurisdicción: desafíos legales y métodos para la resolución de conflictos generados en realidades virtuales inmersivas», *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, octubre 2022.

2 BARRIO ANDRÉS, M., «Metaverso: origen concepto y aplicaciones», *Derecho Digital e Innovación*, n.º 12, Sección Doctrina, Segundo trimestre de 2022, Wolters Kluwer, LA LEY 6042/2022.

previamente<sup>3</sup>. Esta cuestión hace que se puedan realizar un sinnúmero de actividades de manera segura en el metaverso y además tiene un futuro componente judicial al proporcionar un rastro inalterable de lo que ha ocurrido con ese activo. Digamos que nos proporciona algo que siempre hemos pedido a la Red: seguridad en nuestros movimientos y transacciones virtuales que generen un rastro virtual inalterable, o dicho de otra manera, integridad<sup>4</sup>.

En ese sentido harían su aparición los *tokens* no fungibles, conocidos mundialmente a través de su acrónimo NFT, que servirían propiamente para servir como medio de transacción dentro de las relaciones horizontales que se establezcan en el metaverso y que guardarían creaciones virtuales de todo tipo<sup>5</sup>. Todo ello nos llevaría a que se potenciarán las relaciones privadas que debieran tener su acomodo en el Derecho Privado, tanto en el civil como en el mercantil, generando potenciales conflictos jurídicos basados en diversas actividades que irán desde los activos inmobiliarios hasta las creaciones visuales de múltiple tipo. Igualmente todo lo relativo a comprar o vender, realizar distintas modalidades de contratación en las tiendas del metaverso que podrán usarse en el mismo o también podrán ser comprados allí y ser usados en el mundo real. Hablamos así de una revolución adicional del comercio electrónico al que nos vemos abocados sin punto de retorno. De todas estas posibilidades de contratación en diferentes escenarios podrán surgir conflictos que deberán ser resueltos dentro del orden jurisdiccional civil.

Además, dentro de este ámbito, es necesario hacer alusión a que los conflictos no solo se pueden producir entre particulares, es decir, entre dos avatares en la realidad extendida, sino que también se podrían plantear conflictos comerciales entre empresas destinadas a metaverso que compitan por el mismo perfil de usuario, o incluso, por reclamaciones de los usuarios de estos metaversos hacia la propia empresa, al haber contratado a través de ellas algún producto o servicio determinado.

De igual modo, dentro de este entorno virtual podremos trabajar, usando el metaverso como lugar de reunión en el que compartir tiempo con compañeros de la misma empresa o servicio a través de la creación de oficinas virtuales o generando nuevos puestos de trabajo en el mundo físico asociados al meta-

---

3 DELGADO DE MOLINA RIUS, A., «Blockchain: concepto, funcionamiento y aplicaciones», GURREA MARTÍNEZ, A. y REMOLINA, N. (Dirs.), *Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios*, Valencia, 2020, p. 37.

4 *Vid.* PACHECO JIMÉNEZ, M. N., «De la digitalización de los pagos a los tokens del metaverso», *La Ley mercantil*, n.º 91, Sección Derecho digital / Doctrina, mayo 2022, Wolters Kluwer LA LEY 5342/2022.

5 Nos imaginamos a muchos profesionales creando activos digitales en forma de edificios, moda, obras de arte, etc. un amplio abanico de posibilidades donde tanto empresas como particulares especularan con estos productos; algunos que se quedarán únicamente en el mundo virtual y otros podrían ser el campo de pruebas para testarlo y posteriormente llevarlos al plano virtual. Las posibilidades son infinitas.

verso. Evidentemente, también se podrán generar conflictos de múltiple tipo a nivel de contratación o incluso aunando el respeto a los derechos digitales dentro del mundo laboral, como son los recogidos en Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) y que podrían ser trasladables al metaverso<sup>6</sup>. Estos conflictos deberán atenderse a través del orden jurisdiccional laboral.

En el plano del derecho público las posibilidades de establecer diferentes tipos de relaciones es muy amplio, puesto que una de las características clave del metaverso es llevar la interacción entre humanos a un nivel superior al que actualmente tenemos en el de las redes sociales, que se caracteriza por su asincronía en donde cada uno alimenta sus redes y ofrecemos una identidad digital expositiva, como si fuera un escaparate. En el metaverso la socialización mediante avatares nos permite reunirnos con nuestros amigos del mundo físico, con independencia de donde estén, para compartir actividades. Igualmente, también nos permite transitar por este universo y conocer gente, compartir actividades de ocio e intimar de diversas formas con nuestros iguales. Esta situación socializadora da lugar a su vez a posibles acciones delictivas que ya están siendo noticias: violaciones en grupo, estafas, acoso, discurso de odio, sextorsión, amenazas, e incluso agresiones o hacer desaparecer a otro avatar<sup>7</sup>. En este sentido, en diciembre de 2021 se tomó conciencia por primera vez de esta posibilidad a través de una noticia del metaverso en fase beta de Meta denominado *Horizon Worlds*, solo disponible en EEUU y Canadá, cuando una usuaria que había entrado en la aplicación a través de las gafas de realidad virtual de *Oculus Quest 2*, indicaba que había sido acosada sexualmente por otro usuario<sup>8</sup>.

Con todo ello podemos afirmar que la capacidad delictiva es algo inherente al ser humano siempre y esto hace que trasladar el mundo físico al *online* lleve consigo la comisión de ciberdelitos que deben ser perseguidos y enjuiciados, cuestión distinta es pensar si nuestros Códigos Penales y nuestros sistemas procesales están preparados para asumir esta nueva avalancha de comportamientos, tipificarlos y enjuiciarlos.

6 Los arts. 87 a 91 LOPDGDD regulan los derechos digitales en el ámbito digital, concretamente se hace alusión a cuatro de ellos: – Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87 LOPDGDD). – Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88 LOPDGDD). – Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89 LOPDGDD). – Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90 LOPDGDD). – Derechos digitales en la negociación colectiva (art. 91 LOPDGDD).

7 <https://www.businessinsider.es/peor-metaverso-acoso-sexual-violaciones-delitos-odio-1074159>

8 *Vid.* «Denuncian el primer caso de acoso sexual en el metaverso de Mark Zuckerberg», *La Vanguardia Digital*, 18 de diciembre de 2018, <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20211218/7938626/denuncian-acoso-sexual-metaverso-horizon-worlds-meta-pmv.html>

Sin duda, una cuestión que no podrá tratarse nunca son los daños físicos, puesto que la capacidad inmersiva aún no hace que sientas dolor y el sentido del tacto no se encuentra aún desarrollado, pero la capacidad socializadora hace que delitos contra la integridad moral y psicológica si tengan una clara cabida en el metaverso. En definitiva, dar muerte en el metaverso o agredir no tendría un encaje físico, pero al fin y al cabo el avatar si tendrá valor económico, puesto que al final son datos informáticos. Todo ello puede sufrir una reforma importante si se acota legalmente de forma clara a identidad digital. Estaríamos hablando así de que, por ejemplo, los delitos de daños informáticos y toda su proyección para la integridad moral debieran atenderse desde el orden jurisdiccional penal.

Por último, vemos como las Administraciones Públicas también podrían tener cabida en el metaverso de diferentes formas, ya que desde algunos despachos de abogados o desde algunas universidades ya existen experiencias que mezclan la realidad aumentada con la interacción en este tipo de servicio a través de plataformas. Pronostico claramente que el uso de RA a través de hologramas y RV con fines de enseñanza será un auténtico *boom* en todas las etapas educativas, con especial incidencia en la universitaria al tener un componente transnacional que permita ubicar en el metaverso a personas separadas geográficamente pero que compartan idioma como puede ser el caso de España e Iberoamérica. Esta cuestión se puede extrapolar a otros servicios públicos que pueden ir desde la telemedicina, la consultoría o atención al ciudadano a través de sedes electrónicas o, sin ir más lejos, la impartición de justicia virtual. Todos los conflictos generados en este plano deberán resolverse bajo el paraguas del orden jurisdiccional contencioso administrativo llegado el caso.

En definitiva, podemos llegar a la conclusión de que la extensión al mundo *online* trae consigo que los conflictos también se extiendan y que necesiten una respuesta, veremos si judicial o no. En el caso de que los mismos se lleguen a judicializar observamos como todos los órdenes jurisdiccionales estarían implicados ya que tal y como hemos apuntado, dicha extensión hace que se genere un entorno en el que puedan ocurrir las mismas cosas que en el plano físico. Las funcionalidades están por descubrir, ya que muchas de ellas dependerán de la capacidad inmersiva que se le dé al metaverso, pero el avance tecnológico acaba haciendo que en ocasiones avancemos hacia un escenario híbrido en el que cada vez nos costará separar más lo virtual de lo real. Hoy por hoy esta separación está clara y deberemos dar una respuesta jurídica a lo que vivimos en 2022. De ahí que una vez establecido qué es realmente el metaverso, qué escenario virtual o plataforma digital lo puede albergar, y cuáles son los principales conflictos que pueden producirse en este plano, sea el turno de ofrecer respuestas desde el derecho procesal, o más bien elucubraciones, sobre el encaje que podría tener desde nuestra disciplina a través de diversas formas de resolución de conflictos producidos en el metaverso.

## **2. Del metaverso al metaproceso: aspectos procesales del metaverso**

Para poder identificar distintos aspectos procesales del metaverso debemos partir de cuál es nuestra concepción del Derecho Procesal. Así, entendemos el derecho procesal como un derecho de garantías apoyado en los tres conceptos clásicos: jurisdicción, acción y proceso, que perfectamente pueden reformularse ante la llegada del metaverso, o al menos, afrontar una nueva concepción ante un contexto nuevo y virtual. De esta forma, huimos naturalmente de la concepción del Derecho Procesal como un derecho adjetivo o secundario, puesto que pensamos que es una rama de cierre del sistema jurídico, que garantiza la protección de derechos subjetivos y los intereses legítimos proclamados por las diversas especialidades del derecho material. Esto quiere decir que planteamos los aspectos procesales en el metaverso desde la preocupación de que la actividad de los sujetos procesales se desarrolle en el metaverso con respeto a las exigencias mínimas proclamadas en los textos fundamentales vigentes como manera de asegurar en último término la satisfacción de los intereses jurídicamente protegidos de los justiciables. Este objetivo tiene como eje central el respeto a la Constitución, y en particular al derecho a la tutela judicial efectiva; sin olvidarnos a su vez de que estamos ante una disciplina viva y en constante cambio y evolución como el metaverso, por lo que deberá también atender a la realidad normativa y tecnológica presente y futura para lograr una verdadera eficiencia y eficacia de las normas procesales.

En definitiva, huimos de la concepción del Derecho Procesal como mero Derecho procedimental o conjunto de trámites, y acudiremos a una visión garantista e integradora. Respecto al tridente clásico aludido, en este artículo nos centraremos propiamente en la jurisdicción. En este sentido, deberemos definir qué tipo de medio de solución de conflictos sería el adecuado para resolver los problemas que se generen en el metaverso, al tiempo que identificaremos quienes serán las partes involucradas y como los mismos se pueden dar entre avatares, entre plataformas del metaverso o entre el usuario y la plataforma oferente del servicio.

### **2.1. Metajurisdicción como vía para resolver conflictos entre particulares en el metaverso**

Si partimos de que la primera función del Derecho ante los conflictos es tratar de evitarlos, pero que esto muchas veces no llega a suceder, vemos que una vez que el problema se origine, se deberá dar una respuesta a nivel legal. En definitiva, si el Derecho no evita que el problema se produzca, el Derecho debe solucionarlo.

Si ya es complicado evitar que los conflictos entre particulares ocurran en la vida real, más complicado aún será frenar que los mismos no se produzcan en el metaverso, cuando en muchas ocasiones vemos Internet como un escenario caracterizado por una aparente impunidad y en el que el principio de legalidad se vuelve parcialmente utópico a tenor de una serie de problemas intrínsecos e inherentes a la propia naturaleza de la Red de Redes donde muchos comportamientos ni se investigan, ni se enjuician ni, se esclarecen.

En nuestro Estado de Derecho el monopolio de la jurisdicción parte del Estado y de la prohibición de la autotutela como medio de solución de conflictos por lo particulares, a lo que se sumarían las posibilidades de aplicación de métodos autocompositivos o métodos heterocompositivos. Para empezar, debemos incidir en que si la autotutela está prohibida por regla general, salvo los casos de legítima defensa o estado de necesidad, en el mundo real, también lo debiera estar en el metaverso. Es decir, si sufrimos algún daño en esta realidad extendida, no podremos solucionar el conflicto haciendo lo mismo que nos han hecho, por mucho que el daño no haya sido propiamente físico. De esta forma, si el Estado prohíbe a los ciudadanos el tomarse la justicia por su propia mano, ha de establecer como compensación unos órganos destinados a la realización de la justicia, asumiendo la función jurisdiccional, y al mismo tiempo ha de reconocer a los ciudadanos el derecho de acudir a la jurisdicción. ¿Pero estaríamos realmente hablando de una jurisdicción al uso o hablaríamos de una neojurisdicción o metajurisdicción?.

En tal caso, quedaría plantearse si la solución debiera ser heterocompositiva, a través de modelos como el arbitraje o el proceso, o autocompositiva, por medio de la mediación o de diferentes Medios Adecuados de Solución de Conflictos, en adelante MASC.

Debemos partir de una cuestión importante: si estamos hablando de que es el metaverso genera una realidad extendida, paralela o duplicada...esto nos podría llevar a duplicar los conflictos o aumentarlos exponencialmente en el plano jurisdiccional. ¿Estaría la justicia ordinaria preparada para enfrentar el doble de casos con la estructura actual? Evidentemente no. Si ya de por sí la ciudadanía se queja de que la justicia es cara, lenta y excesivamente técnica, que tuvieran que atender el doble de trabajo con los mismos recursos personales y técnicos no solucionaría las cosas sino que agravaría los problemas ya existentes, haciendo que el tiempo para obtener una resolución sobre el fondo del asunto se demorara más de lo razonable.

Así las cosas, debiéramos buscar alternativas al proceso, o al menos a la jurisdicción tal y como la conocemos hoy en día. Una de las soluciones que pudiera darse es hablar de una «metajurisdicción», o dicho de otro modo, de crear unos criterios de extensión y límites de la jurisdicción paralelos y una planta judicial alternativa a los que hoy en día conocemos. Creemos que esta podría ser una buena solución siempre que se llegara a un acuerdo de mínimos entre diferentes Estados. Por un lado, se debiera partir de una renuncia

al principio de exclusividad de jurisdicción o tomar el criterio de que si se aplica el principio de territorialidad el mismo devendría en aplicación de en qué territorio está radicada la plataforma virtual que ofrece este metaverso. Creemos más sensato lo primero, optándose por aplicar una jurisdicción común a nivel mundial con diferentes enlaces y una competencia descentralizada<sup>9</sup>, puesto que en estas plataformas estarán interactuando personas de diferentes partes del mundo en la que la aplicación del Derecho es dispar. Esto supondría llegar a un acuerdo no solo sobre la configuración de la competencia de estos órganos sino también de qué personas lo conformarían y cuál sería el personal jurisdicente, el personal colaborador y el personal auxiliar en tal caso.

Es decir, hablamos de regular el metaverso a través de una legislación aplicable a todos los estados en materia de planta y demarcación judicial desde una óptica descentralizada y mundial que casaría con la vertiente técnica e informática con la que se ha concebido y construido esta realidad virtual paralela. Seguramente el formato de Reglamento sería lo apropiado, ya que indirectamente afectaría más allá de los estados miembros de la UE, al tratar con datos y activos digitales de ciudadanos no solo europeos sino del resto del mundo. Esto nos llevaría hablar de metajurisdicción, en la que tribunales virtuales con competencia descentralizada fueran los encargados de poner solución a través de una normativa consensuada y global, una serie de penas y sanciones en función del conflicto planteado, o bien, que nos remitiéramos a la normativa del Estado donde la plataforma que ofrece el metaverso esté radicada. Unido a lo anterior, y viendo cómo se están moviendo las propuestas legislativas en los últimos tiempos, una tercera opción, que podríamos catalogar como híbrida, sería apostar por los *sandboxes* jurídicos en tema de metaverso. Esto quiere decir que se podría plantear que un Estado concreto emitiera una regulación al respecto, para que sirviera de proyecto piloto legal y que el mismo pudiera ser replicado en el futuro en diversos estados que comulgaran con los mismos principios y pautas. Sería como decimos coloquialmente «empezar la casa por el tejado» a nivel jurídico, pero a su vez se configuraría como una regulación experimental a la que poder irle añadiendo matizaciones legales para que la misma fuera respetuosa con las legislaciones nacionales y para los derechos de todas las partes implicadas.

Esta sería la opción ideal siempre que partamos de que los conflictos entre partes estuvieran enmarcados en materias de derecho privado, pero también de derecho público que generaran un interés estatal, más allá de las consecuencias propias que los mismos tengan para las partes. Es decir, deberemos explorar opciones de este tipo si hablamos de conflictos entre avatares de personas físicas dentro del metaverso.

---

9 En este sentido ESTEVEZ MENDOZA, L., en Fodertics 11, mayo de 2022, Universidad de Salamanca, ya indicó la idea de apostar por órganos jurisdiccionales con competencia descentralizada para resolver conflictos producidos en el metaverso.

De igual modo, dentro de la jurisdicción ordinaria debemos hacer alusión también a los MASC como forma de solución intra o preprocesal, puesto que con el ejemplo que se pretende imponer en España a través del modelo del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal estos mecanismos dejarían de ser voluntarios y extrajudiciales, para convertirse en métodos prejudiciales obligatorios al configurarse como requisito de procedibilidad. Es decir, de fraguarse supondría un cambio absoluto en nuestro sistema procesal civil puesto que estaríamos ante un principio de voluntariedad desdibujado al tiempo que se convertirían en una especie de aro por el que necesariamente tendremos que pasar para poder acudir finalmente al proceso.

¿Podría tener cabida este modelo para conflictos derivados del metaverso con fines privados o incluso para resolver delitos leves? Sin duda se establecería un modelo, aún no instaurado en España, que podría ofrecer una solución para evitar la duplicación de asuntos o que al menos muchos de ellos no llegaran al proceso. El Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, que podría ver la luz a finales del presente 2022 en nuestro país, configura el modelo de MASC como «requisito de procedibilidad». Es, decir, existe requisito de procedibilidad para acudir a intentar un acuerdo negociado, pero no una obligación como tal de realizar un MASC en sentido estricto de principio a fin. En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ indica que el «legislador español pretende reintroducir un hábito que se ha perdido en los últimos años, y que era normal en el ejercicio de la abogacía no hace tanto tiempo, que es el de la negociación previa entre las partes. Para ello ha optado por involucrar a diversos agentes sociales y, sobre todo, a las profesiones jurídicas, para poner remedio al crecimiento geométrico de lo que se ha venido en denominar «la industria del conflicto» que mueve cientos de millones y provoca en determinados casos grandes destrozos en las relaciones jurídicas, económicas y sociales<sup>10</sup>». En este sentido, el requisito de procedibilidad habla de realizar «un intento» de solucionar el conflicto por estas vías con carácter previo. Es decir, bastaría con «intentar un acuerdo», y únicamente con ese intento no consumado ya servirá como requisito de procedibilidad, lo que desde nuestro punto de vista podría abrir la puerta a que algunos profesionales lo burocraticen, o conviertan en un mero trámite con el que dilatar el propio proceso y ganar unos honorarios de manera adicional. Sobrevolarían sin duda aquí los conceptos de abuso de derecho y mala fe aunados a tal fin<sup>11</sup>.

---

10 Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficacia Procesal» *LA LEY mediación y arbitraje*, n.º 7, Sección Tribuna. LA LEY 6791/2021.

11 También se muestra crítico al respecto con este requisito de procedibilidad HINOJOSA SEGOVIA al indicar que «no estamos de acuerdo es que sea un requisito necesario para poder presentar la demanda en la mayor parte de los asuntos que llegan a nuestros tribunales civiles y mercantiles con la finalidad de descargar de asuntos a ese orden jurisdiccional, cuando ese debería ser, en su caso, el fin mediato de los MASC, pero no su fin inmediato que es colmar las expectativas de los ciudadanos para resolver sus controver-



Concretamente el artículo 1 del PLMEP, indica que para asuntos civiles y mercantiles de manera general «se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias para que sea admisible la demanda». En este sentido, se deja abierta la posibilidad de cualquier MASC, pues habla textualmente de «acudir previamente a algún MASC»... Por tanto, ¿a qué se considera «acudir» o con qué actuación se cumpliría el requisito.

La normativa indica que además de que exista identidad entre el objeto de la litigación y del litigio, cuestión obvia desde el punto de vista procesal, se deberá «acudir» a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente. Quiere decir, por tanto, que se debe intentar solucionar, no que se llegue a solucionar de manera efectiva. Asimismo, tampoco se especifica hasta qué punto concreto se debe llegar a realizar el trámite para que se dé por cumplido. Por tanto, podemos decir que término «acudir previamente» no lleva consigo la superación de trámites o fases dentro del procedimiento de negociación y cuando se cumple así el requisito de procedibilidad. Lo que si indica la normativa es que es necesario dejar constancia de que la contraparte recibe la propuesta de negociación con una fecha, un contenido a debatir y la identidad de las personas que acuden y que actuarán de tercero imparcial desde el punto de vista autocompositivo.

Pero ¿qué ocurre si son las propias partes las que deciden negociar? Es decir, ¿podría conseguirse el requisito de procedibilidad si no se acude a un tercero imparcial y se negocia propiamente entre partes? La normativa si lo permite, siempre que esa actividad negocial se desarrolle directamente por las partes asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva.

Si trasladamos este debate al procedimiento concreto de mediación en asuntos civiles y mercantiles, el requisito de procedibilidad se podría acre-

---

sias siempre que hayan optado por alguno de ellos de forma libre, y no condicionados por la necesidad de que si no lo hacen no podrán acceder a los tribunales de justicia. Además, el que el intento de negociación, en un sentido amplio, incluyendo los diversos medios adecuados, a pesar de los efectos que se les otorgan, al tener categoría de requisito de procedibilidad necesario sin el cual no se dará curso a una demanda en los ámbitos civil y mercantil, con los incentivos que se establecen para su utilización, no obstante lo cual puede hacer inoperativos a los distintos MASC, como ocurrió con la obligatoriedad del uso de la conciliación en la LEC de 1881, hasta que la Reforma Urgente de la LEC de 1984 le hizo devenir en facultativo por dicha inoperatividad, o la falta de éxito que ha tenido una medida similar en los últimos intentos de potenciar estos medios adecuados de solución de controversias». *Vid.* HINOJOSA SEGOVIA, R., «Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», LA LEY mediación y arbitraje, n.º 5, Sección Tribuna, junio 2021, LA LEY 2449/2021.

ditar siempre que se celebre un acto constitutivo, en el que normalmente va unido también una primera sesión informativa en el que el mediador da a conocer qué es y en qué consiste la mediación; así como un primer paso respecto a qué se debe mediar y en qué punto se encuentran las partes. Si bien es cierto, la propia Ley 5/2012 indica que «el procedimiento de mediación comienza con la sesión constitutiva»; por lo que simplemente con acreditar este extremo ante un órgano jurisdiccional, el mismo debiera ser admitido como requisito de procedibilidad. En definitiva, se establece que los litigantes «intenten» o pongan de su parte, acudiendo al menos a una institución o a una persona externa al conflicto con el que se llegue a evitar que la disputa sea finalmente conocida por el órgano jurisdiccional, instándolo como un requisito de procedibilidad. Es decir, que se deberá acreditar que este intento se ha producido una vez se presente la demanda ante el órgano jurisdiccional.

Con todo ello, podríamos plantearnos que los MASC pudieran ser una buena solución para los conflictos entre avatares de naturaleza civil o mercantil, e incluso para aquellos conflictos que fuera calificados como delitos leves. Incluso, los propios MASC podrían venir a ser ofertados dentro del metaverso, es decir, empresas que se dediquen a ofrecer servicios de negociación, mediación u ofertas de expertos independientes de manera online, con lo que se hablaría de e-MASC del metaverso u ODR del metaverso. En estos sentido, MAGRO SERVET indica que el MASC basado en la opinión de experto independiente podría «desarrollarse, también, con la creación de figuras virtuales que experimenten con la solución extrajudicial de conflictos y calcular tiempos medios de solución, posibilidades de resolución de estos conflictos, puntos de vista que se pueden plantear, materias que en el metaverso pueden ser introducidas en la mediación y porcentajes de éxito y fracaso de los mismos<sup>12</sup>».

De igual forma, el mismo autor habla de que otra opción podría ser establecer un Código de Conducta del metaverso: «Si queremos que el sistema del metaverso funcione es preciso introducir un régimen de «consecuencias del incumplimiento» y un equipo de controladores externos del metaverso que puedan actuar desde el punto de vista disciplinario y sancionador, tal y como ocurre en la realidad física», lo que a su vez podría conectar con la figura de introducción de la figura del *compliance officer* en el metaverso para que actúe como elemento preventivo de comportamientos ilícitos en este medio<sup>13</sup>.

---

12 Vid. MAGRO SERVET, V., «Proyección en el metaverso de la Administración de Justicia en la solución de conflictos», *Diario La Ley*, n.º 10071, Sección Doctrina, 18 de mayo de 2022, Wolters Kluwer LA LEY 4919/2022.

13 Vid. MAGRO SERVET, V., «Proyección en el metaverso de la Administración de Justicia...», *op. cit.*

## 2.2. Derecho del metaverso o metaderecho, esa es la cuestión

Hoy en día, podemos afirmar que hoy en día muchas de las cuestiones que rodean al metaverso se encuentran en un estado experimental o embrionario. No podemos llegar a predecir qué ocurrirá en los próximos años, pero el Parlamento Europeo pronostica en el que para el año 2026, el 25 % de las personas pasarán al menos una hora diaria en el metaverso para trabajar, ir de compras, educarse, realizar actividades sociales o entretenerse.

Parece que todo lo relacionado con la Web3 tomará impulso en el próximo lustro y el Derecho deberá estar preparado para afrontar esta nueva realidad. Al igual que ha ocurrido con otros avances tecnológicos como la inteligencia artificial o la robótica, todas las áreas del derecho se van a ver afectadas y tendremos que comenzar a hablar de un «Derecho del metaverso» o de un «metaderecho».

Si optamos por lo primero, estaríamos indicando que desde las distintas áreas deberíamos afrontar actualizaciones normativas para hacer frente a cuestiones que hemos ido apuntado a lo largo del trabajo y que tienen como primer eje el derecho constitucional y su proyección en el resto de derechos, al hablar de los derechos digitales vinculados al metaverso. Entre ellos destaca el derecho a la identidad digital en el entorno virtual pero también se le suman importantes<sup>14</sup> cuestiones desde el ámbito del derecho civil con todo lo vinculado a los datos personales y la privacidad en el metaverso, o desde el derecho mercantil diversos interrogantes como son el concepto de propiedad y los NFTs, las licencias de usuario o el derecho de competencia. Igualmente todo el tema referente a la fiscalidad será algo que preocupe especialmente o el impacto que el metaverso tenga para los derechos laborales. Qué decir de todo aquello que rodea a la cibercriminalidad y la manera de establecer sanciones en este plano.

Desde el derecho procesal hemos tratado en este estudio de manera central el tema de los métodos de resolución adecuados y la jurisdicción aplicable cuando se genere un conflicto dentro del metaverso por avatares, pero el planteamiento va mucho más allá y puede afectar a cuestiones vinculadas a la investigación de ilícitos dentro del metaverso. Se deberá plantear si estamos ante canales abiertos o cerrados de comunicación virtual<sup>15</sup> y cuáles son las diligencias de investigación tecnológica que se deban utilizar, así como deberá ser el tratamiento de la prueba electrónica obtenida de estos esce-

14 Vid. SERRANO ACITORES, A., «Metaverso y derecho...», *op. cit.*, pp. 253-293.

15 Es decir, se deberá indicar si se necesita registro o no para entrar en un metaverso. La diferencia entre canal abierto o cerrado de comunicación será crucial para solicitar autorización judicial o no de cara a recabar pruebas electrónicas dentro de los distintos metaversos.

narios y como la misma se podrá asegurar mediante tecnología *blockchain* y posteriormente presentarse ante la autoridad judicial competente en un formato digital que no desnaturalice jurídicamente la prueba presentada.

Podemos decir que actualmente deberemos hablar en sentido amplio de un derecho del metaverso, pero no de un metaderecho, puesto que sería realmente complicado crear un sistema jurídico nuevo y *ad hoc* para esta realidad inmersiva. En tal caso, si avanzáramos en esta idea debiéramos partir de que se necesitaría ahondar en un derecho globalizado, que no se quedará únicamente en informes o guías de buenas prácticas, sino que diera un paso más allá del *softlaw* y habláramos de una regulación jurídica global. Puede que desde la Unión Europea se planteen en un tiempo futuro promulgar una propuesta de Reglamento, tal y como en abril de 2021 se planteó para el tema de la inteligencia artificial. Cuestiones que antes eran impensables de regular, puesto que se confiaba en una autorregulación como en los casos de la Web1 y la Web2, pueden no ser ya aplicables para la Web3 debido a la capacidad disruptiva de la tecnología.

El metaverso no es un juego, no es fantasía y tampoco es ciencia ficción. Nos encontramos en los albores de una revolución de la que aún no logramos vislumbrar su potencial y el Derecho deberá estar preparado para elaborar normas visionarias que huyan de la obsolescencia legal programada.

### 3. Bibliografía consultada

**BARRIO ANDRÉS, M.**, «Metaverso: origen, concepto y aplicaciones», *Derecho Digital e Innovación*, n.º 12, Sección Doctrina, Segundo trimestre de 2022.

**BONMATÍ PÉREZ, M.**, «¿Metaverso? Cuidado con lo que se desea, que puede cumplirse», *Revista El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 1, Sección Análisis, abril 2022.

**BUENO DE MATA, F.**, *Hacia un proceso civil eficiente: transformaciones judiciales en un contexto pandémico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

**GARCÍA MEXÍA, P.**, «Metaverso: ¿ruido o nueces? ¿Y en materia legal?», *Expansion.com Sección Tecnología de 15 de marzo de 2022*, Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2022/03/15/6230c55fe5fdea8b7c8b465f.html>

**IBAÑEZ JIMENEZ, J.**, «La evolución de Internet y de la tutela de las transacciones de valor digital: El caso de las fichas no fungibles o NFTS», *Protección de Datos: Lo que nunca le han contado*, Madrid, 2022, pp. 123-133.

- LICKLIDER J. C. R. & CLARK, W.** , disponible en: <https://www.internetsociety.org/es/internet/history-internet/brief-history-internet/> El texto se titula «*Comunicación en línea entre el hombre y el ordenador*», datado en 1962.
- MAGRO SERVET, V.**, «Proyección en el metaverso de la Administración de Justicia en la solución de conflictos», *Diario La Ley*, n.º 10071, Sección Doctrina, 18 de mayo de 2022.
- NING, H.; WANG, H., LIN, Y.; WANG, W.; DHELM, W.; FARHA, F.; DING, J.; DANESHMAND, M.**, «A Survey on Metaverse: the State-of-the-art, Technologies, Applications, and Challenges», Disponible *arXiv preprint arXiv:2111.09673*, 2022, pp.1 -34.
- PACHECO JIMÉNEZ, M. N.**, «De la digitalización de los pagos a los tokens del metaverso», *La Ley mercantil*, n.º 91, Sección Derecho digital / Doctrina, mayo 2022.
- PARK, S. M., & KIM, Y. G.**, «A Metaverse: Taxonomy, components, applications, and open challenges», *Ieee Access*, n.º 10, 2022, pp. 4209-4251.
- SERRANO ACITORES, A.**, *Metaverso y Derecho*, Madrid, 2022.



## CAPÍTULO II

---

# LA INSTRUCCIÓN DE LOS FISCALES EUROPEOS DELEGADOS EN LOS PROCESOS PENALES CONTRA PERSONAS JURÍDICAS ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA CONFORMAR UN VERDADERO PROCESO PENAL PARA LAS ENTIDADES?

Ana María Vicario Pérez

*Contratada predoctoral FPU - Universidad de Burgos  
amvperez@ubu.es*

**RESUMEN:** La vinculación entre la persecución de los delitos concernientes al fraude a los intereses financieros de la Unión Europea y la introducción del principio *societas delinquere potest* en ordenamientos como el nuestro es clara. No en vano las normas comunitarias dictadas en dicha materia supusieron un primer acercamiento a la exigibilidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas. La aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, por el que se crea la Fiscalía Europea, no ha hecho sino reforzar esta realidad. Su acomodación a través de la LO 9/2021, de 1 de julio, permite extraer dos consecuencias: primero, la Ley se presenta como uno de los primeros instrumentos que prevén que la fase de instrucción no recaiga sobre los órganos judiciales; segundo, no se han abordado algunas de las cuestiones más problemáticas en torno a la instrucción en procesos seguidos contra personas jurídicas.

**ABSTRACT:** The link between the prosecution of offenses concerning fraud against the financial interests of the European Union and the introduction of the *societas delinquere potest principle* in legal systems such as ours is clear. Certainly, Community rules issued in this area represented a first approach to the enforceability of criminal liability of legal persons. The approval of Regulation (EU) 2017/1939, which created the European Public Prosecutor's Office, has only reinforced this reality. Its accommodation through the LO 9/2021, has two main consequences: firstly, the LO 9/2021 is presented as one of the first instruments that regulates the investigation phase as Public Prosecutors' competence; secondly, this Law has not addressed the most problematic issues surrounding the instruction in processes against legal persons.

**PALABRAS CLAVE:** Fiscalía Europea; instrucción; proceso penal; personas jurídicas; intereses financieros.

**KEYWORDS:** European Public Prosecutor's Office; investigation; criminal proceedings; legal persons; financial interests.

## 1. Introducción

La relación existente entre la creación de la Fiscalía Europea como órgano de investigación de delitos contra los intereses financieros de la Unión y la exigibilidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas es cuanto menos evidente.

La introducción en nuestro ordenamiento jurídico del principio *societas delinquere potest* fue en su momento justificada por el legislador español sobre la base de una supuesta exigencia de las normas europeas en este sentido. Baste con remitirse al Prólogo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para atisbar lo que pretendió configurarse como «excusa» para dejar atrás el hasta entonces imperante modelo de inimputabilidad de las entidades fundamentado en el sostenido principio de «intervención mínima» del derecho penal<sup>1</sup>. No puede negarse por tanto el influjo de las normas europeas en la conformación de un sistema de imputación de las personas jurídicas pues, pese a la posibilidad abierta a los países firmantes de incorporar a sus respectivos ordenamientos cualesquiera modelos de responsabilidad

---

1 JIMENO BULNES, M., «Normas de la Unión Europea sobre responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y sobre compliance: su adaptación en España» en J. L. Gómez Colomer (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 939-974, esp. p. 944; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 20.



penal o administrativa<sup>2</sup>, cada vez son más los Estados en los que la enjuiciabilidad criminal de las entidades es desde hace años una realidad procesal<sup>3</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea la toma de conciencia en torno a la necesidad de exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas vino de la mano de la protección de los intereses financieros comunitarios. Así, en 1995 se aprobó el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (dado en llamar Convenio PIF)<sup>4</sup>, siendo su Protocolo de desarrollo Segundo<sup>5</sup> el que verdaderamente constituye un salto cualitativo por cuanto a la responsabilidad de la propia persona jurídica se refiere<sup>6</sup>. El Convenio y su Protocolo fueron objeto de sustitución por la ulterior y vigente 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<sup>7</sup>, que recoge expresa previsión de responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones penales contra los intereses financieros en la Unión cometidas por su cuenta y en su ámbito de actuación<sup>8</sup>.

Puesto el foco en la salvaguarda de los intereses financieros de la UE como cuestión central y primordial en la conformación de un espacio legislativo y judicial europeo, la creación de la Fiscalía Europea por medio del Reglamento

- 
- 2 En este sentido GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 43-44; JIMENO BULNES, M., «Normas de la Unión Europea sobre responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y sobre compliance», *op. cit.* p. 966; JUANES PECES, A., «Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita», en A. JUANES PECES (dir.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 7-20, esp. pp. 7-8; URRUELA MORA, A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de lege data», *Estudios penales y criminológicos*, n.º 32, 2012, pp. 413-468, esp. p. 415.
  - 3 Así la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya se contemplaba en Holanda en 1976, Portugal en 1983 o Francia a partir de 1994.
  - 4 Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DOCE n.º C 316, de 27 de noviembre de 1995, pp. 48-57.
  - 5 Acto del Consejo de 19 de junio de 1997 por el que se establece el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DOCE n.º C 221, de 19 de julio de 1997, pp. 11-22.
  - 6 Sus arts. 3 y 4 refieren expresamente la responsabilidad y sancionabilidad de las entidades a consecuencia de los actos de fraude, corrupción y blanqueo de capitales cometidos en su beneficio por cualquier persona, ya sea miembro de los órganos directivos o sometida a su autoridad y supervisión.
  - 7 DOCE n.º L 198, de 28 de julio de 2017, pp. 29-41.
  - 8 Véase su art. 9, conforme al cual, «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica considerada responsable (...) esté sujeta a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias».

(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<sup>9</sup>, no vino sino a reforzar la perseguibilidad de cuantos delitos se comprenden en los arts. 3 y 4 Directiva (UE) 2017/1371.

La Fiscalía Europea se torna así en una pieza clave en la instrucción del proceso penal, cuya incorporación al ordenamiento español ha supuesto sin duda un cambio de paradigma en un modelo en que la fase sumarial sigue estando de facto en manos de los órganos judiciales<sup>10</sup>. A lo largo de las siguientes líneas, analizaremos las consecuencias que a este respecto se desprenden de la aprobación de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. En concreto, nos centraremos en las especialidades del proceso penal seguido contra las personas jurídicas.

## **2. Competencia material de la fiscalía europea por delitos cometidos por personas jurídicas**

La primera cuestión a considerar a la hora de abordar los procesos penales en los que las personas jurídicas se constituyen en sujetos pasivos es determinar qué concretas conductas delictivas serán conducentes a su imputación. Ciertamente, la naturaleza incorpórea de las entidades explica la imposibilidad de atribución de responsabilidad por todos y cada uno de los hechos típicos atendidos en el CP, sino tan solo de aquellos respecto de los que expresamente se contemple este extremo<sup>11</sup>.

Pues bien, ¿cuáles resultarán de competencia de la Fiscalía Europea? Para dar respuesta a esta pregunta ha de conjugarse el articulado del CP con las previsiones del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Directiva (UE) 2017/1371, trabajo que en parte nos facilita lo dispuesto en el art. 4 LO 9/2021, de 1 julio. De ello resulta que la FE será competente para la investigación y ejercicio de la acción penal por delitos contra la Hacienda de la Unión (arts. 305, 305 bis, 306 y 310 bis CP); fraude de subvenciones de ayudas europeas (art. 308 CP, de nuevo en relación con el art. 310 bis CP); blanqueo de capitales (art. 302.2 CP); cohecho (art. 427 bis CP) y malversación de caudales públicos que perjudique a intereses de la UE (art. 435.5.º CP).

---

9 DOCE n.º L 283, de 31 de octubre de 2017, pp. 1-71.

10 VACAS FERNÁNDEZ, F., «The European Public Prosecutor's Office: a major step towards political integration or another middle-ground European agency in the name of pragmatism?», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 51, 2020, pp. 252-280, esp. p. 267.

11 PÉREZ MARÍN, M. A., «La competencia de la Fiscalía Europea: criterios materiales y territoriales para su determinación», *Revista Internacional Consinter de direito*, n.º 8, 2019.

El Reglamento atribuye también competencia a la Fiscalía Europea respecto de los delitos cometidos por una organización criminal de las contempladas en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada<sup>12</sup>. De hecho, tal cuerpo normativo fue, junto con el Convenio y posterior Directiva PIF, uno de los primeros en apuntar expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno y en su beneficio<sup>13</sup>.

### 3. Instrucción por el fiscal europeo delegado de los delitos cometidos por personas jurídicas

La introducción en España del modelo de instrucción penal por la Fiscalía Europea ha supuesto una ruptura con el tradicional sistema de atribución al órgano judicial de la fase sumarial. Si bien es cierto que la figura del Fiscal instructor ya estaba presente en algunos procesos especiales de nuestro ordenamiento, como es el caso de los procedimientos seguidos contra menores, es indubitable que las exigencias del Reglamento Europeo requieren una para nada desdeñable tarea de acomodación legislativa<sup>14</sup>.

Con esta finalidad se aprobó el pasado año la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, que incorporando las previsiones de la norma europea en cuanto a la estructura orgánica de la Fiscalía Europea<sup>15</sup>, regula la competencia de los Fiscales europeos delegados que a tal efecto se nombren en España y sobre los que recaerán las facultades de instrucción de los delitos que ahora nos ocupan. En un intento de conjugar la coexistencia de esta nueva modalidad de conformación del sumario con las previsiones de la LECrim, dispone el

12 DOUE n.º L 300, de 11 de noviembre de 2008, pp. 42-45.

13 Paradójicamente, en el CP español la única mención a la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en relación a delitos cometidos en el marco de una organización criminal se plantea con respecto al terrorismo (Véase el art. 580 bis CP, por el cual las personas jurídicas podrán ser responsables de los delitos recogidos en el Capítulo VII. – De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo). El art. 31 bis CP no resulta de aplicación, en efecto, a entidades constituidas con exclusivo ánimo criminal, pues estas serán meras entidades sin personalidad sobre las que podría recaer la pena de disolución del art. 570 quarter CP. Véase ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, op. cit. pp. 108-110.

14 MARTÍNEZ SANTOS, A., «La configuración orgánica de la futura Fiscalía Europea: perspectiva sobre su impacto en el sistema procesal español», en R. Castillejo Manzanares (dir.) y C. Alonso Salgado (coord.), *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 361-374, esp. p. 370.

15 Sobre la estructura organizativa de la Fiscalía Europea véase MARTÍNEZ SANTOS, A., «El estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías», en L. BACHMAIER WINTER (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 23-51, esp. pp. 30-42.

art. 5 LO 9/2021 que los Fiscales delegados podrán recabar la cooperación y auxilio de las autoridades cuya participación sea imprescindible para el buen devenir del proceso, entre las que los órganos judiciales ocuparán una posición preeminente. No en vano se instaura la figura del juez de garantías entre cuyos cometidos se encuentra autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales previstas en la LECrim, acordar la adopción de medidas cautelares personales o resolver las impugnaciones contra los decretos del Fiscal europeo delegado (art. 8 LO 9/2021).

El inicio de la investigación vendrá determinado por el conocimiento por los Fiscales europeos delegados de hechos en apariencia delictiva, ya sea por medio de previa interposición de denuncia, querrela o demás medios legalmente previstos, en cuyo caso dictarán decreto de incoación de procedimiento de investigación (art. 18 LO 9/2021). Junto con ello, se prevé por primera vez en sede penal el «derecho de avocación», por el cual, cuando por cualquier órgano judicial en apariencia competente haya comenzado la instrucción por hechos atribuibles a la persona jurídica que pudieran ser reconducidos a la esfera de conocimiento de la Fiscalía Europea, aquel habrá de inhibirse y remitir a esta cuantas actuaciones se hubiesen practicado hasta el momento, absteniéndose en lo sucesivo del conocimiento del proceso (art. 19 LO 9/2021).

Incoado el procedimiento, el Fiscal delegado europeo citará al investigado a una primera comparecencia (art. 27.1 LO 9/2021). Es en este punto donde se aprecia la principal laguna en torno a la regulación del procedimiento en que sea vea envuelta la persona jurídica, a lo que destinaremos el apartado siguiente de nuestro estudio.

El decreto de incoación del procedimiento de investigación habrá de contener una descripción precisa del hecho punible, así como su calificación jurídica provisional, la determinación de la persona jurídica investigada y las posibles víctimas del delito. A partir de tal momento, resultarán de plena aplicación las normas concernientes a la declaración e intervención de toda persona investigada comprendidas en los Capítulos I y II del Título III LO 9/2021.

En cuanto a las diligencias de investigación, la atención específica a las personas jurídicas viene de la mano de la regulación de la práctica de entrada y registro en el domicilio de la entidad, entendiéndose por tal *«el lugar cerrado en el que se desarrollan las actividades de dirección o donde se custodian, en cualquier soporte, los datos y las informaciones relativas a su actividad, organización y funcionamiento excluidas del conocimiento de terceros»* (art. 47.1 LO 9/2021). Se requerirá para ello de consentimiento de su representante legal, apoderado o representante de hecho o de derecho. Ahora bien y salvo en los casos de flagrante delito, será necesaria la previa autorización judicial para la entrada en dependencias de entidades jurídico-públicas, partidos políticos, sindicatos, medios de comunicación y despachos de profesionales sometidos a secreto profesional.

Mismo esquema se sigue en la regulación de las medidas cautelares a adoptar en esta fase de instrucción, aplicables a las personas jurídicas si bien se comprende una alusión específica a las mismas en el art. 54 LO 9/2021<sup>16</sup>. Practicadas todas las diligencias precisas, el Fiscal europeo delegado dictará decreto de conclusión del procedimiento optando por alguna de las siguientes posibilidades: archivo de las actuaciones; solicitud a la autoridad judicial de dictado de sentencia de conformidad; ejercicio de la acción penal ante las autoridades de otro Estado de la Unión; o formulación de escrito de acusación con solicitud al juez de garantías de apertura de juicio oral.

Centrándonos en el último de los supuestos y recibida por el juez de garantías la solicitud de apertura de juicio oral, se dará traslado del escrito de acusación a la acusación particular, al actor civil y a las víctimas no personadas, quienes dispondrán de un plazo de diez días para presentar sus propios escritos de acusación y reclamación civil. Por su parte, la persona jurídica investigada dispondrá de diez días para la presentación de escrito de defensa, a contar desde que se le hubiera dado traslado de las anteriores actuaciones. Celebrada la Audiencia Previa, el juez de garantías dictará auto de sobreseimiento o de apertura de juicio oral<sup>17</sup>.

#### **4. Errores y aciertos en la regulación sobre la instrucción por la fiscalía europea de los delitos cometidos por personas jurídicas**

Como se ha adelantado, la principal problemática en torno al procedimiento articulado por la LO 9/2021 cuando el mismo se dirige contra personas jurídicas radica en la forma de su comparecencia. En efecto, nada se dice al respecto de quién habrá de comparecer en nombre de la entidad, por lo que habremos irremediablemente de remitirnos a la previsión genérica del art. 119 LECrim, precepto que dispone la facultad de proceder al nombramiento de la persona física que a su criterio y conveniencia tenga a bien designar<sup>18</sup> como su representante en el proceso, al objeto de desvirtuar las acusaciones contra ella vertidas. El hecho de que el antedicho artículo no explicité quiénes podrán ser nombrados a tal efecto deja a la persona jurídica

---

16 Así, las medidas que el Fiscal europeo delegado podrá disponer en su caso serán: a) Suspensión de las actividades de la entidad; b) Clausura de sus locales y establecimientos; c) Intervención judicial; d) Suspensión cautelar del derecho a obtener subvenciones y ayudas públicas y a disfrutar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

17 Salvo en los supuestos de aforamiento, la competencia para el conocimiento y fallo de los procedimientos abiertos en virtud de la LO 9/2021 recaerá sobre la Audiencia Nacional.

18 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 80.

enjuiciable un amplio margen de discrecionalidad, con la única salvedad de la imposibilidad de designar como defensor material a quien haya de comparecer en el proceso en calidad de testigo.

Pese a lo que acontece en otros ordenamientos de nuestro entorno, en los que sí se concreta que la representación recaerá sobre quien ostente la representación legal de la entidad<sup>19</sup>, el legislador español ha optado por una amplitud en cuanto a la definición de quién ha de actuar como el «rostro visible» en el proceso<sup>20</sup> que facilite la práctica de las actuaciones del Fiscal europeo delegado. Dos problemas primordiales pueden derivarse de tal previsión: por un lado, porque pese a que en la práctica estas funciones se hacen recaer sobre los administradores de hecho o de derecho de la entidad, la imprecisión del art. 119 LECrim podría permitir que incluso se designara como defensor material a quien no ostenta capacidad decisoria alguna en el seno de la entidad; por otro lado, porque la designación y comparecencia de representante ni siquiera se presenta como preceptiva.

El carácter facultativo de esta representación material nos resulta por lo demás contradictorio con el art. 27 LO 9/2021, referente a la primera comparecencia ante el Fiscal europeo delegado de la persona investigada para el traslado de cargos. Si la entidad opta por la no designación de representante, ciertamente esta diligencia inherente a la fase de instrucción se verá del todo afectada. Ello puede tener dos consecuencias fundamentales: primero, la propia persona jurídica se estaría privando de la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa con plenitud, habida cuenta perderá la oportunidad de aportar las declaraciones de descargo que estime por oportunas; segundo, la evitación de declarar ante el Fiscal instructor podría constituir una práctica maliciosa tendente a dificultar el correcto desarrollo de las investigaciones<sup>21</sup>. Pudiera

---

19 Así en el caso de Francia el art. 706-43 Code de Procédure Pénale determina que el representante legal de la persona jurídica será quien actúe en su nombre en todos los actos del procedimiento; o en Italia, donde el art. 39.1 Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n.º 231, establece que «la entidad interviene en el proceso penal con su representante legal».

20 En lo que se conoce como «humanización» del proceso seguido contra la persona jurídica. NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 27-28.

21 Parece ser voluntad del legislador poner fin a tal ambigüedad a la vista del Anteproyecto de LECrim de 2020. La novedad a este respecto se ubica en el art. 81 del Anteproyecto, por el cual, la designación de representante de la entidad se torna en obligatoria (no en vano su apartado 4 estipula que «la intervención del representante de la entidad es preceptiva en todas las actuaciones en las que esta ley prevé la comparecencia o intervención personal de la persona encausada»), al tiempo que se establece que la representación recaerá sobre el compliance officer de la entidad. Ello se nos antoja problemático habida cuenta el conflicto de intereses que en ocasiones puede surgir en un proceso que igualmente de dirija contra el órgano de control interno de la entidad, pues nuevamente la única limitación prevista es la imposibilidad de nombramiento a quien vaya a ser testigo en el procedimiento.

argumentarse que la declaración podría en cualquier caso ser prestada por el abogado (cuya intervención si es obligatoria), pero ello sería desconocer de raíz el diferente papel de la defensa material (propia de todo investigado y que en el caso de los sujetos incorpóreos ha de recaer sobre una persona física para ello elegida) y la defensa técnica o letrada. Y es que en efecto como precisa MORENO CATENA, la defensa material tiene por fin la *«intervención directa y personal del investigado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad, impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible»*<sup>22</sup>,

La especial naturaleza de un procedimiento instruido por el Fiscal europeo delegado requeriría a nuestro juicio de una matización por el legislador de la cuestión de quién va a comparecer en esta primera fase sumarial, al objeto de evitar problemas como que las diligencias se hayan practicado con una persona física que, una vez llegada la fase de apertura del juicio oral, pudiera ser llamada a declarar como testigo. Ciertamente la legislación existente hasta la fecha para nada impediría un eventual cambio de representante a lo largo del proceso, pero ¿qué ocurriría si se planteara la existencia de conflicto de intereses en unas diligencias de investigación ya practicadas y determinantes de la decisión de apertura de juicio oral? El Fiscal instructor debiera poder a estos efectos llevar a cabo una primera evaluación en torno a la conveniencia de la persona física designada, de forma tal que ante la más ligera sospecha de su posterior llamamiento en fase probatoria pudiese ser de oficio rechazada como defensor material.

En otro orden de cosas, tanto en la primera comparecencia como en las posteriores declaraciones ante el Fiscal europeo delegado instructor, este deberá informar a la persona investigada acerca de las garantías procesales que le asisten (arts. 27.2 y 30.3 LO 9/2021).

La LO 9/2021 solventa una de las lagunas apreciadas en la actual LECrim a la hora de reconocer a favor de las personas jurídicas cuantas garantías procesales predicen de todo sujeto pasivo en un proceso penal. En efecto, cuando el art. 119 LECrim alude a la comparecencia de las personas jurídicas, regula aspectos de necesaria atención habida cuenta su naturaleza incorpórea, como las especialidades de su citación en el domicilio social, la obligatoriedad de intervención de defensa técnica o la ya aludida designación de persona física representante. Pero ninguna referencia se contiene sobre los derechos de las entidades. En el mismo sentido, tampoco el art. 775 LECrim, regulador de la primera comparecencia del investigado ante los órganos judiciales, recoge mención atinente a las garantías procesales sobre las que habrá de instruirse a los representantes de la entidad, ofreciendo una remisión genérica al art. 118 LECrim. Consecuencia lógica de ello es que las garantías enunciadas en dicho

22 MORENO CATENA, V., «El derecho de defensa», en V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. MORENO CATENA, Derecho procesal penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 157-169, esp. p. 163.



precepto han de entenderse atribuidas a todo investigado, con independencia de su naturaleza corpórea o no. Pues bien, el hecho de que el Reglamento (UE) 2017/1939 defina como «persona» a toda aquella física o jurídica (art. 2), supone la atribución de las garantías enumeradas en su art. 41, reproducidas en el art. 26 LO 9/2021 y cuales son el derecho a la información sobre los hechos investigados, acceso a la documentación obrante en autos, derecho a la interpretación y traducción, acceso a abogado, derecho a la presunción de inocencia y a permanecer en silencio<sup>23</sup>. Se echa en falta sin embargo en la norma española una mención expresa al derecho a la asistencia jurídica gratuita, que sí aparece referido en el Reglamento. Apriorísticamente, este silencio no plantea problema alguno, habida cuenta la LO 9/2021 será completada en todo lo no previsto en ella por la LECrim y, en consecuencia, por el art. 118 LECrim cuyo apartado e) alude a la gratuidad de la justicia. La problemática surge en el desarrollo legislativo de este derecho en atención a los arts. 24 y 119 CE, abordado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG). En efecto, el ámbito subjetivo de la LAJG da buena muestra de la consideración por parte del legislador español de que las personas físicas son merecedoras de una mayor protección de sus garantías procesales que la propia de las personas jurídicas. Y es que, la inclusión de estas últimas como potenciales beneficiarias de la gratuidad de la asistencia letrada queda supeditada a dos parámetros en exceso estrictos: primero y como es lógico, la insuficiencia de recursos para litigar; segundo, que la entidad tenga por objeto social un fin de interés general<sup>24</sup>.

## 5. Conclusiones

1.- La regulación implementada por medio de la LO 9/2021 ha perdido una oportunidad de poner fin al hasta ahora «abandono» del legislador español a las especialidades procesales que derivan de la consideración de las personas jurídicas como sujetos pasivos del proceso penal.

2.- El hecho de que la reforma del Código Penal de 2010 no viniera acompañada de la consiguiente norma procesal no hace sino evidenciar este

---

23 Así como por remisión que tanto la LO 9/2021 como el Reglamento (UE) 2017/1939 hacen a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y a las Directivas sobre los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales. Sin embargo, el hecho de que estas normas comunitarias establezcan que el reconocimiento de los derechos en ellas referidos se determinará a nivel nacional ha sido objeto de crítica. Véase ILLUMINATI, G., «La protección de los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados en los procedimientos transfronterizos de la Fiscalía Europea», en BACHMAIER WINTER, L. (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 229-253, esp. pp. 235-236.

24 VICARIO PÉREZ, A. M., «Reconocimiento del derecho de justicia gratuita a las personas jurídicas sujetas a responsabilidad penal. Estado actual y propuestas de reforma», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 57, 2022, pp. 1-40.



extremo. Y cuando en 2011 se aprobó la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, las tímidas reformas que a este respecto se introdujeron en la LECrim no supusieron ni mucho menos la estructuración de un nuevo sistema procedimental, sino más bien la mera acomodación del ya existente a los nuevos sujetos enjuiciables.

3.- El cumplimiento de las exigencias derivadas de la aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 por medio de la LO 9/2021 se presentaba como el escenario ideal para abordar cuestiones que en la actualidad siguen planteando severos problemas en los procesos seguidos contra personas jurídicas, cuales son con carácter fundamental los extremos referentes a su comparecencia en el proceso por medio de persona física designada y al reconocimiento de las garantías procesales que el ordenamiento, nacional y europeo, confiere a priori a todo sujeto investigado.

## 6. Bibliografía

**GASCÓN INCHAUSTI, F.**, *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

**GOENA VIVES, B.**, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

**JIMENO BULNES, M.**, «Normas de la Unión Europea sobre responsabilidad (penal o administrativa) de las personas jurídicas y sobre compliance: su adaptación en España», en J.L. GÓMEZ COLOMER (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 939-974.

**JUANES PECES, A.**, «Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita», en A. JUANES PECES (dir.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 7-20.

**ILLUMINATI, G.**, «La protección de los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados en los procedimientos transfronterizos de la Fiscalía Europea», en L. BACHMAIER WINTER (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 229-253.

**MARTÍNEZ SANTOS, A.**, «La configuración orgánica de la futura Fiscalía Europea: prospectiva sobre su impacto en el sistema procesal español», en R. CASTILLEJO MANZANARES (dir.) y C. ALONSO SALGADO (coord.), *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 361-374.

- MARTÍNEZ SANTOS, A.**, «El estatuto de independencia de la Fiscalía Europea y sus garantías», en L. BACHMAIER WINTER (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 23-51.
- MORENO CATENA, V.**, «El derecho de defensa», en V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 157-169.
- NEIRA PENA, A. M.**, *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- PÉREZ MARÍN, M. A.**, «La competencia de la Fiscalía Europea: criterios materiales y territoriales para su determinación», *Revista Internacional Consinter de direito*, n.º 8, 2019.
- URRUELA MORA, A.**, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege data*», *Estudios penales y criminológicos*, n.º 32, 2012, pp. 413-468.
- VACAS FERNÁNDEZ, F.**, «The European Public Prosecutor's Office: a major step towards political integration or another middle-ground european agency in the name of pragmatism?», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 51, 2020, pp. 252-280.
- VICARIO PÉREZ, A. M.**, «Reconocimiento del derecho de justicia gratuita a las personas jurídicas sujetas a responsabilidad penal. Estado actual y propuestas de reforma», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 57, 2022, pp. 1-40.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.**, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

## CAPÍTULO III

---

# REPARACIÓN Y VÍCTIMA: LA VIABILIDAD DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Irene Yáñez García-Bernalt\*

*Personal Investigador en Formación en Derecho Procesal-  
Universidad de Salamanca\*\*  
ireneygb@usal.es*

**RESUMEN:** Desde el siglo pasado se viene confiriendo un mayor protagonismo a la víctima dentro del proceso penal. Buscando dejar atrás las formas convencionales de reparación de aquella, es decir, el mero resarcimiento, se abren paso nuevos mecanismos. Hablamos así de la Justicia Restaurativa, la cual se erige como un medio complementario al sistema actual, que permite elevar los intereses de la víctima. A través de distintos instrumentos, se pretende otorgar un espacio de sanación a la víctima en el que también tenga voz el infractor, quien habrá de asumir la responsabilidad personal del daño provocado con su actuación, en aras de lograr una reparación más efectiva que la que ha venido siendo concedida por la administración de justicia penal.

**ABSTRACT:** Since the last century, the victim has been given greater prominence in the criminal process. Trying to leave behind the conventional forms of reparation, such as compensation or the payment of a certain amount, new mechanisms are breaking through. An example of this is Restorative Justice that stands as a tool, perhaps complementary to the current system, that allows to raise the interests of the victim. With different instruments, it is intended to grant a healing space to the victim in which the offender, also, has a voice to assume responsibility for the damage caused by their actions, in order to provide a more effective remedy than that which has been granted by the administration of criminal justice

**PALABRAS CLAVE:** víctima, reparación, Justicia Restaurativa, protección, mediación

**KEYWORDS:** victim, reparation, Restorative Justice, protection, mediation.

## 1. Víctima y proceso: una compleja relación

En los últimos años hemos venido siendo testigos del paulatino protagonismo que ha ido ganando la víctima en el sistema de administración de justicia penal. Per se, el proceso penal, en palabras de BUJOSA VADELL, «sirve para investigar a algún sospechoso de la comisión de unos hechos con trascendencia penal y, en su caso, para juzgar a un acusado con las imprescindibles garantías»<sup>1</sup>. La consolidación del derecho a un proceso con todas las garantías es una cuestión más que superada. Sin embargo, la ciencia jurídica no deja de ser una disciplina viva que amplía sus horizontes constantemente. En este sentido, desde la rama del Derecho Procesal se busca una justicia, como explica SOLETO MUÑOZ, de «mayor calidad»<sup>2</sup>.

Precisamente en la ampliación de tales horizontes, se encuentran nuevos movimientos y formas de criminalidad cuya conmoción en la sociedad ha provocado un traslado del Derecho Penal a un punto totalmente opuesto del que debiera ser. Siguiendo a BARONA VILAR, este se ha convertido en la «prima ratio»<sup>3</sup>. El populismo punitivo, entre otros factores, ha venido marcando, en mayor o menor medida, el *tempo* del compás por el que se rige la política criminal, tendiendo hacia un endurecimiento de las penas<sup>4</sup> y una consolidación del retribucionismo como la piedra angular del Derecho Penal sustantivo y, por ende, del proceso penal. Pareciera que el legislador, dentro de esta *era del miedo*, busca soluciones rápidas enfocadas únicamente en el castigo del agresor. Todo ello constituye el caldo de cultivo perfecto para

1 \*La elaboración de este capítulo de libro se ha efectuado durante el período correspondiente a una estancia de investigación en la Faculdade de Direito de la Universidade de Coimbra (Portugal).

\*\* Este trabajo ha sido realizado en el marco de las Ayudas destinadas a la financiación de la contratación predoctoral de personal investigador del Programa Propio III de la Universidad de Salamanca cofinanciadas por el Banco Santander. (Convocatoria 2020).

BUJOSA VADELL, L., «Sistemas y principios del proceso penal» en VV.AA., NIEVA FENOLL, J.; BUJOSA VADELL, L., (Dir.), *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 17.

2 SOLETO MUÑOZ, H., «Justicia Restaurativa en Europa: sus orígenes, evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de los delitos», en MARION SPENGLER, F.; DALLA BERNARDINA DE PINHO, H., *Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação. A delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos*, Curitiba multideia editora, 2013, p. 121.

3 BARONA VILAR, S., «Manifestaciones de justicia terapéutica derivadas del principio de oportunidad (II): mediación» en PILLADO GONZÁLEZ, E., *Hacia un proceso penal más reparador y resocializador*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 125.

4 A este respecto MIGUEL BARRIO habla de una «situación de hipertrofia en el sistema judicial». Vid. MIGUEL BARRIO, R., *Justicia restaurativa y justicia penal. Nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 28.

entablar un sistema de justicia penal que, centrado únicamente en la búsqueda de la sanción del infractor, deja a un lado la necesidad de reflexionar sobre cuáles son los verdaderos intereses de la víctima.

No ha de caer en el olvido el hecho de que, en un Estado de Derecho, la administración de Justicia debe traer consigo un incremento, o al menos garantizar, los derechos de todas las personas involucradas siempre, siguiendo a COBO TÉLLEZ y ZAMORA GRANT, «*en y frente a la justicia, tanto del agresor como de la víctima*»<sup>5</sup>. Y resulta que la situación que viven los ciudadanos en la actualidad es absolutamente contradictoria. La búsqueda de una mayor seguridad a la par que se solicita un incremento de la tutela de los derechos de la ciudadanía, da lugar una reducción de las garantías y a la caída en el olvido de la víctima, en tanto en cuanto se ve sumergida en un rígido proceso donde sus deseos no terminan de ser escuchados. Así las cosas, de acuerdo con MARTÍN DIZ, todos estos síntomas parecen indicar que «*se está agotando el modelo de justicia procesal*»<sup>6</sup> y que estamos ante el nacimiento de nuevas herramientas que distan, en parte, del sistema judicial actual.

## 2. La víctima como sujeto de derechos en el proceso penal

No son pocas las ocasiones en que la jurisprudencia se ha manifestado señalando que la víctima no tiene el derecho fundamental a obtener una condena penal, sino a poner en marcha el proceso y a obtener una resolución fundada en Derecho<sup>7</sup>. Esto implica que dentro del marco del art. 24 CE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva sí que se reconoce un espacio para la víctima en tanto en cuanto es poseedora de ese *ius ut procedatur*. Sin embargo, no basta con el reconocimiento de tal derecho. Desde el siglo XX el auge de la victimología ha conducido a un redescubrimiento de la víctima<sup>8</sup> encaminado hacia la necesaria protección que debe ostentar durante la sustanciación del procedimiento de que se trate.

5 COBO TÉLLEZ, S. M.; ZAMORA GRANT, J., «Alternativas para la justicia penal: una perspectiva victimológica», *Revista Alegatos*, n.º 100, 2018, p. 1036.

6 MARTÍN DIZ, F., «Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 23, 2014, pp. 161-162.

7 *Vid.* STC 215/1999, de 29 de noviembre de 2011; STC 168/2011, de 3 de noviembre de 2011; STS de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2014\1587).

8 PÉREZ RIVAS señala que el papel de la víctima en el proceso ha variado desde los inicios de la humanidad —Edad de oro; decadencia; resurgimiento—, pudiendo hablarse en este momento actual de un redescubrimiento de la víctima. *Vid.* PÉREZ RIVAS, N., «Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al derecho español», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 41, 2017.

Ya el 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 40/34 de declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos del abuso de poder. En este texto se pone de manifiesto la necesidad de reforzar los mecanismos judiciales y administrativos para efectuar una adecuada reparación de la víctima, así como la figura del resarcimiento. Tradicionalmente la forma de reparar el daño, más allá de la posible obtención de una sentencia condenatoria, se ha venido traduciendo en el resarcimiento entendido como el acto en virtud del cual se procede a la devolución de los bienes o al pago por los daños y pérdidas sufridos.

Ahora bien, no basta con una indemnización o restitución que tenga por beneficiaria a la víctima. Es necesario que durante el litigio se otorguen una serie de garantías y mecanismos de protección para la misma y evitar así un daño mayor que el directamente sufrido a consecuencia de la conducta penalmente reprochable<sup>9</sup>. En este sentido la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, reivindica el papel adecuado y efectivo que ha de tener aquella en el sistema de justicia penal. Para GARCÍA RODRÍGUEZ, esa Decisión se propone «*garantizar a las víctimas una tutela más efectiva de sus derechos a la información, reparación, protección y asistencia en el marco del proceso penal*»<sup>10</sup>. La sustitución de esta Decisión por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, es el paso definitivo para obligar a los Estados Miembros, como señala LUACES GUTIÉRREZ, «*a revisar sus legislaciones exigiendo un minucioso examen de las particularidades de la regulación nacional*»<sup>11</sup>. Así, mediante esta revisión tiene lugar la promulgación en España de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVD, en adelante). Con esta norma por fin el ordenamiento jurídico español incorpora las indicaciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE sobre la necesaria evaluación de las víctimas, de forma individualizada, para buscar las medidas de protección que mejor se adecúen a las circunstancias del caso y a sus necesidades personales. Asimismo, la norma recoge un amplio catálogo de derechos procesales y extraprocesales

- 
- 9 La protección de la víctima para evitar otros daños, además de los derivados directamente del delito, es lo que se conoce como revictimización o victimización secundaria. Es una cuestión abordada especialmente con menores de edad (mayormente en casos de abuso o agresión sexual), dado lo traumático que puede resultar el proceso judicial y también en casos con víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y de violencia de género. *Vid.* STS 579/2019, de 26 de noviembre de 2019.
- 10 GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., «Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 35, 2015.
- 11 LUACES GUTIÉRREZ, A.I., «Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 15, 2016, p. 141.

para todas las víctimas de los delitos, con la particularidad de contemplar remisiones, dirigidas a personas con necesidades especiales o con especial vulnerabilidad<sup>12</sup>.

En relación con ese catálogo, cabe destacar el art. 11 LEVD, que recoge el derecho a la participación en el proceso penal. A este se debe sumar, de igual modo, la intervención en la ejecución, tal y como se regula en el art. 13 LEVD. Esta participación activa de la víctima se traduce entonces como: el derecho a la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo, el reconocimiento del derecho a impugnar o el derecho a obtener el pago de las costas causadas cuando el delito hubiera sido perseguido a su instancia o el sobreseimiento hubiera sido revocado por estimación del recurso<sup>13</sup>.

### 3. Víctima y justicia restaurativa

Además del amplio elenco de derechos que se reconocen a la víctima en la LEVD, una de las novedades más llamativas es la observancia en el art. 15 de los servicios de justicia restaurativa. Brevemente, el precepto señala que las víctimas *«podrán acceder a los servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito»*. El Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2017, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, atribuye a estas últimas funciones en materia de justicia restaurativa<sup>14</sup>. Sin embargo, ninguna de las normas ahonda en este concepto de justicia y en los mecanismos que ofrece.

#### 3.1. Delimitación del concepto de justicia restaurativa

La justicia restaurativa nace como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos de carácter pacífico. En cuanto a su definición, resulta más que

---

12 Vid. Exposición de Motivos de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (BOE-A-2015-4606)

13 Para un estudio de los derechos reconocidos a las víctimas en la LEVD, véase MAGRO SERVET, V., «Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género», *Diario la Ley*, n.º 8638, 2015.

14 HERNÁNDEZ MOURA señala que existe cierto «consenso en la coincidencia de la Justicia Restaurativa con reivindicaciones propias de la victimología, tales como la participación directa de la víctima, su atención, protección y reparación». Este podría ser uno de los motivos por los que se crean las oficinas de asistencia a las víctimas del delito y se les atribuye estas funciones. Vid. HERNÁNDEZ MOURA, B., «Desafíos emergentes en el desarrollo de la Justicia Restaurativa», *Revista de Mediación*, n.º, 2, 2020.

acertada la otorgada por JIMENO BULNES, para quien la justicia restaurativa es «*un conjunto de prácticas que responden a unos principios comunes entre los que destacan las ideas de restauración de las relaciones sociales, pacificación, reparación y respuesta no punitiva al conflicto*»<sup>15</sup>. La justicia restaurativa concibe que la resolución del conflicto ha de darse, siempre previa voluntad de las partes afectadas, en un espacio de seguridad para la víctima donde el infractor asuma la responsabilidad del acto —o actos— que han generado un daño o agravio para aquella. En algunas de esas prácticas, como son las conferencias de grupo, se involucra, además, a la comunidad —familia—, como círculo de apoyo para la víctima y para el victimario.

Este tipo de prácticas tiene su origen en las comunidades de aborígenes de Nueva Zelanda, aunque su desarrollo llega hasta Canadá y Estados Unidos. A modo de ejemplo, en EE.UU. se crea en 1979 un programa dedicado a la reconciliación entre la víctima y delincuente denominado *Victim-Offender Reconciliation Program*<sup>16</sup>. A finales de los 90 y comienzos de los 2000, en España también se ponen en marcha proyectos piloto gracias a la labor del CGPJ<sup>17</sup>.

### **3.2. Objetivos de los servicios de justicia restaurativa en relación con las víctimas**

La incorporación de herramientas restaurativas en la LEVD y el ofrecimiento de tales servicios a la víctima se configura como un derecho que le corresponde por la condición que ostenta<sup>18</sup>. La justicia restaurativa no debe entenderse, en ningún caso como un mecanismo al que acudir siempre y en todo caso. Se trata de un derecho de la víctima, pero también del infractor. Esto implica que habrá casos en los que una de las partes quiera hacer uso de esta vía y la otra no. Ahora bien, la libre voluntad de las partes es *conditio sine qua non* para poner en marcha los medios restaurativos, los cuales, en ningún caso, supondrán una puerta hacia la impunidad.

---

15 JIMENO BULNES, M., «Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias» en VV.AA., SOLETO MUÑOZ, H; CARRASCOSA MIGUEL, A., (Dir), *Justicia Restaurativa: una justicia para víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 111-112.

16 *Vid.* MARTÍNEZ PÉREZ, Y. B., «Evolución de la justicia restaurativa en el sistema penal con aplicación al derecho comparado», *Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 8, 2018, p. 15.

17 Para un estudio más exhaustivo. *Vid.* ROIG TORRES, M., «La mediación penal en España, Estados Unidos y Alemania», *Cuadernos de política criminal*, n.º 121, 2017, p. 260.

18 DOMINGO DE LA FUENTE considera que todas las víctimas deben tener oportunidad de acceso a tales servicios, si bien se debe evitar caer en la mediación penal. *Vid.* DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia Restaurativa. Un derecho de las víctimas», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 41, 2017, p. 156.



Los objetivos de la Justicia Restaurativa se trazan en virtud de una serie de valores que tienen en común unos principios básicos a la hora de responder frente al delito<sup>19</sup> y se pueden traducir en los siguientes:

Concienciación del daño provocado por el delito. A diferencia del sistema de justicia penal convencional, centrado en el castigo del agresor, los servicios de justicia restaurativa ponen el foco de atención en la búsqueda de los motivos que llevan al infractor a cometer ese hecho penalmente reprochable. La profundización en la búsqueda de esos motivos lleva a que aquel pueda comprender el alcance de los daños provocados con su actuación y asumir así la responsabilidad. Todo ello en un espacio distendido que invita al diálogo y libre, por supuesto, de estigmatización. En este sentido es muy importante tener en cuenta que la justicia restaurativa no es un mecanismo enfocado única y exclusivamente en la víctima. La asunción de responsabilidad por parte del infractor, en la forma indicada, contribuye a una mejora en la resocialización y en la prevención de la reincidencia<sup>20</sup>. Estas cuestiones, en realidad, también inciden de manera indirecta en la víctima.

- Dar apoyo a las víctimas. De acuerdo con la normativa internacional y también en virtud del contenido de la LEVD, la justicia restaurativa encajaría en nuestro sistema dado que uno de sus principales objetivos es proporcionar a las víctimas la importancia y atención que merecen. Esto no se reduce al mero hecho de que se sientan escuchadas y tengan voz, sino que va más allá. El apoyo se traduce en la ayuda a la hora de determinar cuáles son sus intereses, qué parte de ellas o de sus bienes se han visto atacados por el hecho delictivo y, por último, la asistencia en la búsqueda de una solución aceptable que permita sanar y cerrar la herida<sup>21</sup>.
- Participación de la comunidad. Una de las cuestiones más criticadas dentro de la justicia restaurativa es la intervención activa de la comunidad o de la familia en la resolución del conflicto, dado que podría entenderse como una manera de dejar la justicia en manos de la ciudadanía. Ahora bien, la integración de personas cercanas a la víctima y al infractor se ha de comprender: por un lado, en el sentido de pres-

---

19 Así se pone de manifiesto en el Manual de Programas de Justicia Restaurativa de la ONU (Handbook on Restorative Justice Programmes. Second Edition), 2.ª edición, Viena 2020.

20 En el mismo sentido lo afirma SERRANO HOYO. *Vid.* SERRANO HOYO G., «Los servicios de Justicia Restaurativa en el Estatuto de la víctima del delito» en VV.AA. JIMENO BULNES, M; PÉREZ GIL, J., (Coords), *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 963.

21 Las prácticas restaurativas permiten reflejar las necesidades e intereses en conflicto que, como explica MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «pueden verse ignoradas en el conflicto penal». *Vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, V., «Reparación y modelos de Justicia Restaurativa» en VV.AA., SOLETO MUÑOZ, H; GRANÉ CHAVEZ, A., (Dirs.), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 546.

tar un apoyo a las partes en conflicto; y, por otro lado, porque el daño derivado del delito repercute al entorno de la víctima, del victimario y a la sociedad en su conjunto.

### **3.3. La intervención de la víctima en el ámbito penitenciario: otras formas de reparación**

Aunque lo habitual es la práctica de la mediación en fase de instrucción, dado que nuestro CP en su art. 21. 5.º, contempla la reparación del daño y la minimización de sus efectos como circunstancia atenuante —siempre que se celebre antes de la fase de juicio oral—, lo cierto es que no son pocas las prácticas restaurativas una vez que el condenado a una pena privativa de libertad se encuentra en prisión. Una de las características más llamativas de la justicia restaurativa es la posibilidad de aplicar sus herramientas en diversas fases. Así, podrían ponerse en práctica este tipo de mecanismos, por ejemplo, en una fase pre-procesal cuando el autor es pillado in fraganti cometiendo el hecho delictivo. De igual modo, como se ha señalado en líneas anteriores, también es posible implementar encuentros restaurativos en fase penitenciaria.

Ya en el año 2011, Instituciones Penitenciarias en colaboración con el Ministerio de Interior de España, pone en marcha una serie de encuentros restaurativos entre presos de la banda terrorista ETA con familiares de personas asesinadas<sup>22</sup> a manos de alguno de los miembros, o bien con supervivientes que sufrieron alguno de sus atentados. Asimismo, en el año 2020 el mismo Ministerio publica un informe sobre *«Intervención en Justicia Restaurativa. Encuentros restaurativos penitenciarios»*. En este se ponen de manifiesto los avances logrados acerca de la celebración de encuentros de reparación dentro de prisión. La posibilidad de celebrar este tipo de *diálogos restaurativos* se consagra como ese derecho de la víctima al que se ha hecho referencia y que se contempla en el art. 15 de la LEVD.

Dado ese carácter resocializador de la justicia restaurativa que se centra en la búsqueda de una perspectiva más amplia y positiva del ser humano y de la sociedad, su encaje dentro del ámbito penitenciario es más que posible, pues el fin de las instituciones penitenciarias es la reinserción y resocialización del delincuente. La finalidad de estos programas no es otra que, de acuerdo con CERVELLÓ DONDERIS, la creación de *«espacios de diálogo entre víctima y victimario desde la disposición que muestran algunos internos a reducir el sufrimiento de las víctimas»*<sup>23</sup>. No son pocas las consideraciones

---

22 A tenor de lo dispuesto en el art. 2.b). 1.º de la LEVD son consideradas como víctimas indirectas los familiares en los términos establecidos en dicho precepto.

23 CERVELLÓ DONDERIS, V., «Elementos restaurativos del cumplimiento penitenciario», *e-Eguzkilore: Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa*, n.º 7, 2022, p. 2.

negativas sobre la puesta en marcha de estas medidas en fase penitenciaria, al entender que de nada servirían, dado que el agresor ya ha ingresado en la cárcel y se encuentra cumpliendo su condena. Y, por otro lado, se alude a que si no se ha llegado a un acuerdo antes de la ejecución, tampoco se conseguirá después. Afirmar tales consideraciones sería caer nuevamente en el sistema de justicia penal convencional, asumir que ya con la propia privación de libertad la víctima se verá satisfecha, quedarse con la solución «sencilla». Ahora bien, es cierto que habrá ocasiones en las que determinadas víctimas se sientan conformes y vean cumplidas sus expectativas con esta decisión, otras tantas, sin embargo, considerarán que la herida no queda cerrada únicamente con el cumplimiento de la condena en prisión, sino que va más allá, necesitando palabras de disculpa<sup>24</sup>

La oportunidad que se otorga a la víctima de actuar en esta fase amplía su campo de participación en el proceso penal de principio a fin. En este caso, la justicia restaurativa debe entenderse como un modelo complementario y no alternativo a la justicia ordinaria, dado que el infractor se encuentra en la última fase del *iter penal*. En todo caso, la víctima deberá estar respaldada, en todo momento, por el derecho a la protección recogido en el art. 10 de la LEVD, a pesar de que la participación en este tipo de encuentros sea de carácter voluntario y, por supuesto, sin mermar las garantías del penado. También se deberán tener en cuenta si las características personales de cada interviniente son adecuadas para la celebración del acto. Asimismo, la víctima deberá ser informada sobre el procedimiento y el contenido del encuentro y las posibilidades de reparación, la cual podrá ser material o simbólica. La duración del encuentro también variará en función de las necesidades de la persona, pero en todo caso siguiendo a MARTÍN LINSENBARTH y MARÍA GENÍS el objetivo será «ofrecer ese espacio de escucha plena»<sup>25</sup> donde expresarse con total libertad, pero siempre desde el respeto.

## 4. Conclusiones

1.- Los instrumentos restaurativos han irrumpido en el modelo de administración de justicia tradicional en aras de implementarse paulatinamente. No cabe duda de que cada vez son más los casos que se resuelven mediante una mediación entre víctima y ofensor. En este sentido el Anteproyecto de la LECrim de 2020 también se ha preocupado por contemplar el procedimiento

---

24 A este respecto TAMARIT SUMALLA explica que «las palabras de disculpa expresadas por el ofensor en un diálogo restaurativo tienen un poder de transformación y de reparación, ante todo para la víctima». Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., «El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa», *Revista de Victimología*, n.º 10, 2020, p. 54.

25 MARTÍN LINSENBARTH, B; MARÍA GENÍS, J., «Encuentros restaurativos entre víctima y autor de delito», *Diario La Ley*, n.º 9863, 2021.

de justicia restaurativa debido al incremento de la participación de la víctima en el delito. El Capítulo III del Anteproyecto se dedica, de forma ciertamente escueta, a contemplar cuáles son los principios de la justicia restaurativa, el procedimiento y sus consecuencias, así como su aplicación en la fase de juicio oral y la interrupción del plazo de prescripción en el proceso por delitos leves. Ahora bien, nada menciona sobre las diferentes prácticas y modelos que ofrece este sistema de justicia.

2.- Parece que las prácticas restaurativas en fase penitenciaria no acaban de despegar a pesar de los programas llevados a cabo desde el Ministerio de Interior. El art. 896 del Anteproyecto recoge el posible sometimiento de la ejecución a un procedimiento de justicia restaurativa. Nada se menciona en la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria sobre los procesos restaurativos. Así las cosas, resulta ciertamente complicado poder desarrollar un modelo de justicia restaurativa eficaz y reparador para las víctimas.

3.- La falta de precisión y especificidad en la normativa podría denotar una falta de confianza del legislador en esta forma de administrar justicia o más bien en este modelo que complementa al sistema de justicia penal convencional. Más allá de las sucintas previsiones sobre los servicios de justicia restaurativa, recogidas en la LEVD será necesario plantear una normativa que desarrolle de forma exhaustiva los momentos procesales, los diferentes mecanismos —al margen de la mediación, dado que existen otros como las conferencias de grupo—, cuáles de ellos serán más convenientes en función de la fase en que nos encontremos, los derechos y vías de protección tanto de la víctima como del ofensor.

4.- Para instaurar este tipo de medidas será necesario contar con un Servicio de Justicia Restaurativa conformado por profesionales especializados en la materia, quizá desde un enfoque multidisciplinar, en cada oficina judicial. Cuestión que habrá de plantearse el legislador detenidamente y con la cautela de no mermar, en ningún momento, las garantías y derechos de las partes. Por último y no menos importante, no habrá de olvidar que los intereses de la víctima van más allá de una sentencia condenatoria, pudiendo llegar a verse satisfechos con la pronunciación de una palabra: perdón.

## 5. Bibliografía

- BARONA VILAR, S.**, «Manifestaciones de justicia terapéutica derivadas del principio de oportunidad (II): mediación» en VV.AA., PILLADO GONZÁLEZ, E., (Dir), *Hacia un proceso penal más reparador y resocializador*, Dykinson, Madrid, 2019.
- BUJOSA VADELL, L.**, «Sistemas y principios del proceso penal» en VV.AA., NIEVA FENOLL, J; BUJOSA VADELL, L., (Dir), *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 2016.

- CERVELLÓ DONDERIS, V.**, «Elementos restaurativos del cumplimiento penitenciario», *e-Eguzkilore: Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa*, n.º 7, 2022.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J.**, «Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 35, 2015.
- HERNÁNDEZ MOURA, B.**, «Desafíos emergentes en el desarrollo de la Justicia Restaurativa», *Revista de Mediación*, n.º, 2, 2020.
- JIMENO BULNES, M.**, «Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias» en VV.AA., SOLETO MUÑOZ, H; CARRASCOSA MIGUEL, A., (Dir.), *Justicia Restaurativa: una justicia para víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I.**, «Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 15, 2016.
- MARTÍN DIZ, F.**, «Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 23, 2014.
- MARTÍN LISENBARTH, B; MARÍA GENÍS, J.**, «Encuentros restaurativos entre víctima y autor de delito», *Diario La Ley*, n.º 9863, 2021.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, V.**, «Reparación y modelos de Justicia Restaurativa» en VV.AA., SOLETO MUÑOZ, H; GRANÉ CHAVEZ, A., (Dir.), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Y. B.**, «Evolución de la justicia restaurativa en el sistema penal con aplicación al derecho comparado», *Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 8, 2018.
- MAGRO SERVET, V.**, «Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género», *Diario la Ley*, n.º 8638, 2015.
- MIGUEL BARRIO, R.**, *Justicia restaurativa y justicia penal. Nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles*, Atelier, Barcelona, 2019.
- PÉREZ RIVAS, N.**, «Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: especial referencia al derecho español», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 41, 2017.

**ROIG TORRES, M.**, «La mediación penal en España, Estados Unidos y Alemania», *Cuadernos de política criminal*, n.º 121, 2017.

**SERRANO HOYO G.**, «Los servicios de Justicia Restaurativa en el Estatuto de la víctima del delito» en VV.AA. JIMENO BULNES, M; PÉREZ GIL, J., (Coords), *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2019.

**SOLETO MUÑOZ, H.**, «Justicia Restaurativa en Europa: sus orígenes, evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de los delitos», en MARION SPENGLER, F; DALLA BERNARDINA DE PINHO, H., *Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação. A delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos*, Curitiba multideia editora, 2013.

**TAMARIT SUMALLA, J. M.**, «El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa», *Revista de Victimología*, n.º 10, 2020.

## CAPÍTULO IV

---

# FISCAL INSTRUCTOR: ¿ES EL PROCESO DE MENORES UN EJEMPLO?

**Elisabet Cueto Santa Eugenia**

*Profesora Ayudante Doctora en la Universidad Pontificia Comillas, ICADE*

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende tomar como referencia la actual figura del fiscal instructor existente en el proceso de menores, para tratar de responder a algunas de las incógnitas que surgen en relación con el fiscal instructor que propone instaurar en adultos el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal. Para ello, se analizarán las funciones del fiscal instructor en menores y las competencias que el anteproyecto regula para el nuevo fiscal instructor de adultos, en un intento de averiguar si la figura existente en menores puede constituir un buen modelo.

**ABSTRACT:** This paper aims to take the existing investigating-prosecutor figure within youth justice as a reference, in order to answer some of the doubts that arise in relation to the investigating-prosecutor proposed for adult criminal processes in the latest draft of the Criminal Procedure Act. In order to do so, the functions of the investigating-prosecutor within youth justice will be analyzed and compared with the ones given to the investigating-prosecutor for adults by the draft. This will attempt to find out if the existing figure within youth justice can constitute a good model.

**PALABRAS CLAVE:** Instrucción, Ministerio Fiscal, Justicia juvenil, Proceso penal, Derecho procesal.

**KEYWORDS:** Pre-trial phase, Public Prosecutor, Youth Justice, Criminal Process, Procedural law.

## 1. Introducción: la fase de instrucción en un proceso penal

Antes de que tenga lugar el proceso penal, resulta necesario prepararlo. Es por eso que la fase de instrucción es tan relevante, puesto que constituye precisamente la actividad jurídica que posibilita que llegue a celebrarse (o evitarse, en su caso), el juicio<sup>1</sup>. Tiene como finalidad averiguar las circunstancias concretas del hecho delictivo, las cuestiones relacionadas con la persona o personas responsables del hecho, así como sus circunstancias y adoptar las medidas necesarias que sirvan para asegurar a los autores al procedimiento y a la eventual responsabilidad civil, tal como recoge el art. 299 de la LeCrim.

En el presente trabajo revisaremos sucintamente los órganos encargados de llevar a cabo la instrucción, comparando la figura del fiscal instructor existente en el proceso de menores con los juzgados de instrucción existentes en la actualidad para el proceso de adultos y la figura del fiscal instructor que propone el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## 2. La figura del fiscal instructor en la LORPM

El Ministerio Fiscal tiene un protagonismo incuestionable en nuestro proceso de menores actual. En concreto, su función instructora viene regulada por el art. 23 de la LORPM, que establece que el fiscal deberá valorar la participación del menor en los hechos de cara a expresarle el reproche que merece su conducta, así como proponer medidas de contenido educativo concretas, adecuadas a las circunstancias tanto del hecho como del autor —y atendiendo, por ende, al interés del menor concreto—<sup>2</sup>.

El conocimiento de los datos sobre los cuáles el fiscal va a tomar la decisión de incoar el expediente o no, procederá algunas veces de denuncias directas que se hagan al fiscal de menores<sup>3</sup>, otras de remisiones de actuaciones de juzgados de instrucción, al descubrir en las actuaciones a algún encausado menor de edad y en otras muchas, de atestados de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

---

1 En relación con la preparación del juicio durante la fase de instrucción y la importancia de la misma, *vid.* CALAZA LÓPEZ, S., «La fase de instrucción», en GIMENO SENDRA, Vicente, DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, p. 224 y ss.

2 Al respecto, *vid.* LÓPEZ PICÓ, R., «La intervención del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción del proceso penal de menores», en AAVV, *Justicia de Menores*, Ed. Astigi, Sevilla, 2019, pp. 55 y ss.

3 Acerca de las denuncias ante la fiscalía de menores, *vid.* LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al derecho penal de menores*, Ed. Tirant lo Blanch, 2007, p. 101.



Lo ordinario es que en los supuestos de remisión de actuaciones de otro juzgado o de atestados de la policía, no sea necesario realizar ninguna diligencia más y pueda el Ministerio Fiscal con base en ellos decidir si incoa o no. Este asunto es relevante porque en la práctica es muy común que la identificación del autor como persona menor de edad se dé después de haber practicado gran parte de las diligencias, cuestión que de forma indirecta limita la actuación investigadora del ministerio fiscal. Dicho de otra forma: a menudo un juzgado de instrucción de adultos entrega al fiscal de menores el asunto prácticamente instruido.

Así, únicamente en aquellos casos en los que la decisión deba ser tomada con base en una denuncia contra un menor realizada directamente ante una fiscalía de menores, el fiscal necesitará realizar diligencias antes de tomar la decisión. El fundamento de esta actuación investigadora previa a la incoación del expediente está recogido en el art. 773.2 de la LECrim, que indica que *cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, (...) practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito.*

Teniendo en cuenta esto, podemos dividir la fase de investigación del proceso de menores en dos partes diferenciadas: la investigación preprocesal previa a la apertura del expediente y la investigación procesal una vez que se ha incoado este. Esto resulta interesante porque, tal como establecen los arts. 16 y 22 de la LORPM, corresponde al fiscal la decisión de la incoación del expediente, y es precisamente la investigación preprocesal la que permite al fiscal pronunciarse sobre si incoar o no<sup>4</sup>.

Queda claro, por tanto, que durante la fase de instrucción del proceso de menores es el fiscal quien dirige la investigación<sup>5</sup>. Sin embargo, es necesario subrayar que el fiscal no puede practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que en esos casos deberá solicitar al juzgado la práctica de las mismas y el juez de menores resolverá acerca de esa petición mediante un auto motivado.

4 Vid. GARCÍA INGELMO, F. M., «El principio de oportunidad y sus manifestaciones en la LORPM. Problemas prácticos», *Revista La Ley Derecho de Familia*, Ed. Wolters Kluwer, Num. 27, 2020, p. 5.

5 En relación con las facultades del fiscal para practicar las diligencias o solicitarle a la policía policia que las practique, cfr. MARTÍN OSTOS, J., «La instrucción del fiscal en el proceso penal de menores: punta de lanza de la reforma procesal que viene», *Anuario de Justicia de Menores*, 2013, pp. 36 y 37 y ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales y penas: La justicia en España y en América ¿un camino de ida y vuelta?*, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 172 .

### 3. La propuesta de fiscal instructor en el ALeCrim

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal actual prevé en su art. 14 que la instrucción en el proceso penal de adultos sea llevada a cabo por juzgados de instrucción. Dichos juzgados tienen atribuida competencia para instruir todas aquellas causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a tenor de lo establecido en el art. 87 de la LOPJ.

El anteproyecto de LeCrim 2020 propone abolir esta figura del juez instructor y dotar al Ministerio Fiscal de competencias para instruir<sup>6</sup>. Esto no es algo que resulte exclusivo del presente anteproyecto, sino que en los anteproyectos fallidos previos a este ya estaba previsto que la instrucción pasase a estar en manos del fiscal<sup>7</sup>. Además, es algo que va en concordancia con el modelo que presentan varios sistemas europeos, en donde el fiscal es quien se encarga de la investigación durante el sumario<sup>8</sup>.

De este modo, la propuesta del anteproyecto atribuye al fiscal la dirección y control de la investigación en el art. 521, indicando que dirigir la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado durante la instrucción será competencia de la fiscalía. Asimismo establece en el art. 525 que será el fiscal quien incoe el procedimiento en virtud de denuncia, como consecuencia de una investigación de la policía o de oficio.

Es interesante en este punto hacer mención a la figura del juez de garantías, que es el encargado de controlar la legalidad del procedimiento de investigación y realizar diversas actuaciones reservadas por la ley<sup>9</sup>. Podría considerarse que esta figura guarda cierta similitud con el juez de menores

6 Al respecto, *vid.* DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «La duración de la instrucción penal: reforma, contrarreforma y previsiones del anteproyecto de LeCrim de 2020», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 55, 2021, p. 7.

7 Repasando anteproyectos que propiciaban la instrucción del Ministerio Fiscal, *vid.* FLORES PRADA, I., «Modelo de investigación, papel del Ministerio Fiscal y derecho de defensa», en AAVV, GUZMÁN FLUJA, V. C. (dir.) y FLORES PRADA, I. (dir), *Justicia penal y derecho de defensa: un estudio hispano-italiano sobre proceso penal y garantías*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 108 y 109.

8 En este sentido se manifestó el Pleno del Consejo Fiscal, que en fecha 7 de julio de 2021 emitió un informe dando una aprobación unánime al anteproyecto y haciendo hincapié en que el hecho de poner a la fiscalía al frente de la investigación implicaba aproximarse y homogeneizarse con otros países europeos con legislación más moderna que la nuestra. Además, ejemplos de sistemas cercanos al nuestro que presentan la figura de fiscal instructor pueden encontrarse desarrollados en GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 193 y ss.

9 Para profundizar en las funciones del juez de garantías, *vid.* DOMÍNGUEZ RUIZ, L., *op. cit.*, p. 28 y ss.

durante la instrucción — recordemos que la instrucción en menores la dirige el fiscal pero el juez de menores es quien se encarga de ciertas cuestiones atribuidas expresamente por la ley, como la práctica de diligencias que limiten derechos fundamentales<sup>10</sup>—.

Resulta necesario destacar, no obstante, que a pesar de atribuirle la dirección de la instrucción, el anteproyecto no deja claras las tareas concretas de investigación que corresponderán al fiscal a lo largo de dicha fase, siendo necesario acudir a la regulación específica de cada diligencia de cara a saber si una función concreta corresponde al fiscal, a la policía o al juez de garantías<sup>11</sup>.

## 4. Diferencias y críticas

Existen posturas polarizadas en relación con la abolición del juez de instrucción y la atribución de esta fase al Ministerio Fiscal. A continuación procederemos a recoger varias de dichas posturas.

A parte de la doctrina le resulta difícil imaginar que el Ministerio Fiscal asuma la instrucción del proceso penal sin que se den previamente ciertos cambios en la institución. Esto es así fundamentalmente porque la organización interna de la fiscalía presenta una forma jerárquica que no permite la independencia de sus miembros<sup>12</sup>, así como la estrecha relación que existe entre la institución y el poder ejecutivo.

Esto puede ponerse en relación directa con la garantía de independencia que existe actualmente para los jueces a la luz del art. 117 de la Constitución<sup>13</sup> —y que rige para los jueces de instrucción que llevan a cabo la instrucción conforme a la actual LeCrim—, y ser debidamente comparado con el art. 124 de la misma norma —que es el que establece los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal—.

Sin embargo, es importante mencionar que por el mero hecho de que la institución se rija por el principio de dependencia interna, esto no implica

10 Esto está regulado en el art. 23.3 de la LORPM.

11 Al respecto, *vid.* NIEVA FENOLL, J., «El procedimiento de investigación en el anteproyecto de LeCrim de 2020», en JIMÉNEZ CONDE, F. (dir.) y FUENTES SORIANO, O. (dir.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Ed. Tirant lo Blanch, 2022, p. 637.

12 *Vid.* ARMENTA DEU, TERESA, «Fiscal instructor, ¿es necesario?», Cuadernos de Derecho Público, n.º 16, 2002, p. 193 y DEL POZO PÉREZ, MARTA, «Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal», en MORENO CATENA, V. (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 53-55.

13 Al respecto, *vid.* GIMENO SENDRA, J. V., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: una apuesta por la figura del Fiscal Instructor», *Economist & Jurist*, vol. 14, n.º 100, 2006, p. 57.

necesariamente que la imparcialidad se pierda. En este sentido, cabe mencionar que el art. 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal hace referencia al principio de imparcialidad, estableciendo de este modo la importancia de que el fiscal actúe con objetividad<sup>14</sup>. Hay quien, de hecho, atribuye al principio de dependencia jerárquica que rige para el Ministerio Fiscal, beneficios en relación con la homogeneización de la política criminal en todo el territorio nacional, garantizando de ese modo cierta coherencia y claridad<sup>15</sup>.

En estrecha relación con este asunto, cabría preguntarse si la instrucción hasta ahora ha sido encomendada al juez de instrucción para garantizar la presencia jurisdiccional y una actuación conforme a la legalidad —cuestión que en el anteproyecto quedaría salvada por medio de la presencia del juez de garantías—, ya que en realidad la función investigadora que se lleva durante esta fase no es, en sí misma un función jurisdiccional<sup>16</sup>.

## 5. Conclusiones

Consideramos que la figura del fiscal instructor existente en nuestra actual justicia juvenil no puede servir de modelo para la figura del fiscal instructor que propone el anteproyecto, debido a varias cuestiones. En parte la causa es la especificidad del proceso de menores que hace de él algo único, pero también resulta necesario recordar que, a efectos prácticos, resulta extremadamente habitual que al fiscal de menores la causa le llegue instruida por un juzgado de instrucción de adultos —o al menos gran parte de las diligencias ya hayan sido practicadas—.

Es cierto que el modelo del anteproyecto presenta cuestiones que podrían resultar útiles, siendo un claro ejemplo de ello la figura de un juez de garantías que vele por la legalidad en la fase de instrucción. Sin embargo, tal como ha sido apuntado, lo cierto es que la falta de claridad a la hora de atribuir funciones específicas al fiscal, la policía y el juez de garantías hace que la puesta en práctica resulte compleja.

---

14 Al respecto, *vid.* JAMARDO LORENZO, A., «Visión constitucional del fiscal instructor en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 8, 2021, p. 403.

15 Esta es la postura de GONZÁLEZ CANO, I., «Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal y nuevo modelo Procesal Penal», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15, 2011, p. 55. Esta postura es compartida por BASTARRECHE BENGOA, T., «Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales», *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 160, 2013, p. 123, que sostiene que el Ministerio Fiscal posee la capacidad de ser imparcial en pos de actuar defendiendo la legalidad y el interés público, siendo capaz, además, de hacerlo con unidad de criterio en sus intervenciones.

16 *Vid.* BASTARRECHE BENGOA, T., *op. cit.*, p. 107.

El hecho de que existan posiciones encontradas en relación con la independencia del fiscal, deja entrever la necesidad de una revisión y modificación profunda de la fiscalía como institución. Para poner en práctica las propuestas recogidas en el anteproyecto, sería deseable modificar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal e incluso podría llegar precisarse una reforma constitucional.

Todas las cuestiones apuntadas a lo largo del presente trabajo hacen que consideremos que la regulación del anteproyecto es cuestionable y, a todas luces, poco precisa. Resultaría deseable una revisión de la misma de cara a ganar claridad y solventar posibles contratiempos.

## 6. Bibliografía

- ARMADENTA DEU, T.**, «Fiscal instructor, ¿es necesario?», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 16, 2002, pp. 191-222.
- ARMADENTA DEU, T.**, *Sistemas procesales y penales: La justicia en España y en América ¿un camino de ida y vuelta?*, Ed. Marcial Pons, 2012.
- BASTARRECHE BENGOA, T.**, «Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n.º 160, 2013, pp. 103-130.
- CALAZA LÓPEZ, S.**, «La fase de instrucción», pp. 223-246 en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. y CALAZA LÓPEZ, S., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021.
- DEL POZO PÉREZ, M.**, «Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal», pp. 41- 57 en MORENO CATENA, V. (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.
- DOMÍNGUEZ RUIZ, L.**, «La duración de la instrucción penal: reforma, contrarreforma y previsiones del anteproyecto de LeCrim de 2020», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 55, 2021.
- FLORES PRADA, I.**, «Modelo de investigación, papel del Ministerio Fiscal y derecho de defensa», pp. 107-139 en AAVV, GUZMÁN FLUJA, V. C. (dir.) y FLORES PRADA, I. (dir.), *Justicia penal y derecho de defensa: un estudio hispano-italiano sobre proceso penal y garantías*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- GARCÍA INGELMO, F. M.**, «El principio de oportunidad y sus manifestaciones en la LORPM. Problemas prácticos», *Revista La Ley Derecho de Familia*, Ed. Wolters Kluwer, n.º 27, 2020.

- GIMENO SENDRA, J. V.**, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: una apuesta por la figura del Fiscal Instructor», *Economist & Jurist*, vol. 14, n.º 100, 2006.
- GONZÁLEZ CANO, I.**, «Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal y nuevo modelo Procesal Penal», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15, 2011, pp. 43-85.
- GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S.**, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- JAMARDO LORENZO, A.**, «Visión constitucional del fiscal instructor en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 8, 2021, pp. 401-418.
- LANDROVE DÍAZ, G.**, *Introducción al derecho penal de menores*, Ed. Tirant lo Blanch, 2007.
- LÓPEZ PICÓ, R.**, «La intervención del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción del proceso penal de menores», en AAVV, *Justicia de Menores*, Ed. Astigi, Sevilla, 2019, pp. 55-71.
- MARTÍN OSTOS, J.**, «La instrucción del fiscal en el proceso penal de menores: punta de lanza de la reforma procesal que viene», *Anuario de Justicia de Menores*, 2013, pp. 13-49.
- NIEVA FENOLL, J.**, «El procedimiento de investigación en el anteproyecto de LeCrim de 2020», p. 627-644 en JIMÉNEZ CONDE, FERNANDO (dir.) y FUENTES SORIANO, OLGA (dir.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Ed. Tirant lo Blanch, 2022.

## Fuentes legales

- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020.
- Constitución Española.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## CAPÍTULO V

---

# INCORPORACIÓN DE LOS RESULTADOS RESTAURATIVOS AL PROCESO PENAL Y SU PROBLEMÁTICA LEGAL

**Sonia Rebollo Revesado**

*Profesora de Derecho de la UPSA*

**RESUMEN:** Las partes de todo proceso penal, víctima e infractor, pueden acudir voluntariamente, en cualquier momento del procedimiento judicial que se siga por la comisión de un delito, a la justicia restaurativa, en concreto a la herramienta que más se está usando en España, la mediación penal. Si las partes llegan a un acuerdo reparatorio, su integración en el proceso penal no genera problema alguno, sin embargo, cuando incorporado el acuerdo, éste se incumple, no encontramos ante una situación de alegalidad que provoca distintas soluciones a lo largo de todo el territorio nacional, en función de la gravedad del delito o de la fase procedimental en las que se encuentre el asunto. Situación que genera una mayor victimización y un alto grado de inseguridad jurídica para todos los operadores jurídicos incluyendo jueces, fiscales y sobre todo abogados, que son quienes tienen defender los intereses de sus clientes.

**PALABRAS CLAVE:** mediación, penal, acuerdo, reparación, victimización.

**ABSTRACT:** Victim and offender, to any criminal proceeding, can voluntarily turn to restorative justice, specifically the tool that is being used the most in Spain, the criminal mediation. If the parties reach a reparation agreement, its integration in the criminal process does not generate any problem, however, when the agreement is incorporated, it is not fulfilled, we do not find ourselves before a situation of illegality that causes different solutions throughout the entire territory. depending on the seriousness of the crime or the procedural phase in which the matter is found. Situation that generates greater victimization and a high degree of legal insecurity for all legal operators including judges, prosecutors and especially lawyers, who are the ones who have to defend the interests of their clients.

**KEYWORDS:** mediation, criminal, agreement, reparation, victimization.

## 1. Introducción

Con independencia de la materia objeto de controversia, es por todo conocidos que, ante cualquier situación de conflicto, las partes afectadas pueden acudir a la vía jurisdiccional para buscar una solución. Sin embargo, no es la única posibilidad. En todos los campos del derecho en que se produzca una vulneración de una norma los afectados también pueden acudir a otros métodos de solución de conflictos. En el ámbito penal cabe el recurso a la justicia restaurativa (en adelante JR) a través de cualquiera de sus herramientas.

Bien a petición de cualquiera de las partes inmersas y afectadas por un delito ilícito penal, bien a través de sus abogados o a petición del MF, o bien de oficio por el órgano jurisdicente se puede buscar la solución de un asunto constitutivo de delito a través de la justicia restaurativa, y la manera de hacerlo es a través de la derivación a los Servicios de Justicia Restaurativa o de mediación penal. El recurso a la JR siempre se produce iniciado el proceso penal por lo que estamos ante una medida de solución que tiene carácter intrajudicial. Afirmación que implica no perder de vista que la justicia restaurativa en el ámbito penal tiene carácter complementario al proceso penal, y no alternativo como podría ser el recurso a la mediación en otros ámbitos como el civil, familiar o mercantil.

## 2. Justicia restaurativa y mediación penal

Desde la primera experiencia restaurativa realizada en la ciudad de Elmira<sup>1</sup> (Ontario-Canadá) en 1974, hasta hoy, la JR se ha ido extendiendo por todo el mundo hasta el punto que organismos internacionales, como la ONU, o europeos, como el Consejo de Ministros de la Unión, han insistido en sus bondades y en la necesidad de su incorporación a los ordenamientos nacionales, como así lo han hecho muchos países, de nuestro entorno. En especial, tiene un notable impulso en países anglosajones e iberoamericanos..

---

1 Origen de la JR y una de las primeras prácticas restaurativas conocidas en todo el mundo. Dos jóvenes de la ciudad fueron acusados de veintidós cargos por vandalismo y conducción bajo los efectos del alcohol, sin embargo, este acto vandálico encontró una respuesta penalmente diferente a la tradicional con la intervención de dos delegados voluntarios Mark Yantzi (oficial de libertad vigilada) y Dave Worth, del Comité Central Menonita, que consiguieron que el juez aprobase una medida basada en el perdón y la reparación, consistente en que los chicos visitaran y se disculpasen ante todos los afectados por sus actos. Esta iniciativa fue desarrollada por Yantzi y otros integrantes del Comité Menonita al formalizar y convertir, el experimento Kitchener, en el primer Programa canadiense de Reconciliación Delincuente Víctima (VORP) en 1976. Por su parte en Estados Unidos, la Iglesia menonita, la organización del prisionero y la Comunidad del Condado de Elkhart, Indiana, establecieron en 1978, el primer Programa de Reconciliación Víctima-Ofensor. *Vid.* OLALDE ALTAREJOS, A. J., 40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, p. 42.



La JR puede verse como otra forma de hacer justicia, pero, como ya se ha señalado, no como una alternativa al proceso penal sino como un complemento al mismo. La JR no viene a dar un giro al carácter público del derecho penal, ni a inmiscuirse en política criminal, simplemente se presenta como una forma más humana de relacionar a la víctima y al infractor con varios objetivos. Desde el protagonismo más absoluto que tiene la víctima en estas intervenciones, el primer de ellos es que la víctima sea escuchada, se comprenda su sufrimiento, pueda obtener respuestas directamente del ofensor del delito y que se le repare conforme a sus necesidades concretas. El segundo de los objetivos va dirigido a trabajar de forma efectiva y eficiente con el infractor con el fin de conseguir: que asuma su responsabilidad en los hechos, que entienda que su comportamiento ha causado daño y sufrimiento a otro y que voluntariamente repare por el mal causado. Solo entonces, se conseguirá el tercero de los objetivos: reeducación dirigida a la resocialización y reintegración en la sociedad sin estigmas<sup>2</sup>. Este último objetivo supone evitar la reincidencia. La Resolución 2002/12, de 24 de julio, dictada por el Consejo Económico y Social<sup>3</sup> (en adelante ECOSOC) de la ONU, sobre Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal entiende por JR aquella justicia que es la *«respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades y no menoscaba el derecho de los Estados a perseguir a los presuntos delincuentes»*

Según el Manual de Programas de Justicia Restaurativa de la ONU de 31 de enero de 2006, elaborado por la UNODC<sup>4</sup> señala que el *«proceso restaurativo es cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador»*<sup>5</sup>.

En el ámbito europeo, la Recomendación CM/Rec (2018) 8 del Comité de Ministros<sup>6</sup> a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, adoptada el 3 de octubre de 2018, indica en su apartado 3 que: *«la justicia restaurativa hace referencia a cualquier proceso que permita a aquellas personas dañadas por el delito y a las personas responsables del daño*

2 Estamos ante lo que comúnmente se conoce como la justicia de las tres erres: responsabilización del infractor acerca del hecho cometido, reparación de la víctima y reintegración o reinserción del infractor en la comunidad. *Vid.* CRUZ PARRA, J. A., *La Mediación Penal. Problemática y soluciones*, autopublicacionlibros.com, Granada, 2013, p. 97.

3 Disponible en la web: [www.un.org/ecosoc](http://www.un.org/ecosoc)

4 Disponible en la web: [www.unodc.org](http://www.unodc.org)

5 P. 6 del Manual.

6 Disponible en la web: [www.coe.int](http://www.coe.int)

*a participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la resolución de las consecuencias resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente y cualificado, en lo sucesivo, el facilitador». Y añade en el apartado 4 que: «La justicia restaurativa consiste en un diálogo (ya sea directo o indirecto) entre la víctima y el ofensor, y también puede implicar, si procede, a otras personas afectadas por un delito directa o indirectamente. Entre ellas, pueden estar personas de apoyo de las víctimas y de los ofensores, profesionales pertinentes y miembros o representantes de las comunidades afectadas. En lo sucesivo, a los efectos de la presente Recomendación, se hace referencia a los participantes de la justicia restaurativa como "las partes"».*

### **3. Regulación legal**

La Carta de Naciones Unidas<sup>7</sup> de 26 de junio de 1945 fue la primera norma internacional que reconoce los medios alternativos de resolución de conflictos, aunque no fue hasta finales de los años 80, cuando numerosos organismos internacionales y supranacionales, como las Naciones Unidas, el ECO-SOC,, el Consejo de Europa o la Unión Europea, consideraron la JR como un mecanismo perfectamente válido para la solución de controversias en el ámbito penal. Todos estos Organismos han tratado la JR y la mediación de forma profusa.

En el derecho español, a parte del reconocimiento de la mediación penal en menores contenida en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en materia de adultos solo hay una mención expresa a la JR en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante EVD) y en su reglamento de desarrollo cuando regula los Servicios de Justicia Restaurativa; y a la mediación penal<sup>8</sup> en el artículo 84.1 medida 1.<sup>a</sup> del CP.

### **4. El acta de reparación y su integración en el proceso penal**

Cuando las partes, víctima e infractor, acuden a un procedimiento restaurativo, principalmente mediación penal se plantean diversas cuestiones de carácter procesal, entre las que destaca la integración en el proceso penal del acta de reparación obtenida o su ejecución en caso de incumplimiento.

---

7 Artículo 34. Normativa de la ONU disponible en la web: [www.un.org](http://www.un.org)

8 El artículo 80.3 párrafo segundo del CP se refiere a ella por remisión al artículo 84.1.

Podemos definir el acta de reparación como aquel documento en el que las partes intervinientes en un procedimiento restaurativo, plasman el acuerdo al que han llegado respecto a la forma en que se ha de reparar el daño causado.

Cuando el acuerdo se cumple no se plantean mayores problemas. El acta de reparación se incorpora al proceso penal de forma diferente en función del momento procesal en que se encuentre el asunto. Actualmente, en cualquier tipo de procedimiento el juez solo recibe el acta de información<sup>9</sup> con el resultado de la mediación. En procedimientos por delito leve o en diligencias previas en fase de instrucción, en caso de acuerdo reparatorio, cabe el sobreseimiento o archivo de la causa en función de la aplicación del principio de oportunidad por el Ministerio Fiscal o la continuación del procedimiento penal. En caso de que no sea de aplicación el principio de oportunidad en la instrucción de las diligencias previas y el procedimiento siga su curso, o si se dictó auto de apertura de juicio oral, el acta se incorpora por medio del escrito de conformidad<sup>10</sup> entre Ministerio Fiscal y letrados, acusación particular y defensa, al amparo del artículo 784.3 de la LECr. El escrito recoge, entre las conclusiones provisionales, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en concreto, la atenuante del artículo 21.5 del CP por la reparación, además de otras si procediere. También incluye las penas solicitadas por la comisión del delito que se verán reducidas por aplicación del artículo 66 del CP en relación con el artículo 21.5 ya citado. Escrito de conformidad que deberá ser ratificado en el acto de la vista por las partes y el acusado. Si la intervención tuvo lugar en un momento inmediatamente anterior a la celebración de la vista oral y no hubo tiempo para presentar escrito de conformidad, también cabe su incorporación al procedimiento por medio de conformidad tramitada oralmente en la vista.

La atenuante genérica del artículo 21 apartado 5.º, considera como atenuante de la responsabilidad criminal: *«la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral»*. Y podrá apreciarse como atenuante simple u ordinaria o como muy cualificada.

---

9 Desde 2018, (desde la publicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales) el CGPJ pidió a los Servicios que están encargados de la mediación intrajudicial que no se remitieran a los juzgados las actas de reparación. En su lugar, se envía un acta de información en el que se indica que las partes han llegado a un acuerdo y que la víctima se siente reparada. Los facilitadores entregan el acta de reparación a las partes e incluso, cabe la posibilidad también de remisión a los letrados de parte. Por eso, ellos, en posesión del acta, son los encargados de negociar con fiscalía la conformidad.

10 La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante ALECrim), apartado XXVII, habla de «conformidad premiada».

El artículo 112 del CP indica que *«la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer(...); por lo tanto, puede consistir en una reparación de carácter: económica o compensación económica; material o restitución de un objeto; de actividad consistente en trabajos, servicios comunitarios, etc.; relacional o acuerdo sobre un comportamiento; moral, ética o simbólica<sup>11</sup> consistente en la petición de disculpas, perdón o cualquier otra de carácter terapéutico o sanitario como someterse a tratamiento médico, psicológico, etc. La STS 249/2014 de 14 de marzo ECLI:ES:TS:2014:1294, de la Sala Segunda de lo Penal, señala que «(...) la reparación engloba no solo indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil. Los parámetros exclusivamente pecuniarios no agotan todas las vertientes de la reparación. Puede tener otros componentes que la justicia restaurativa invita a redescubrir. En ocasiones, la víctima necesita tanto o más que un resarcimiento económico una explicación, una petición de perdón, la percepción de que el victimario se ha hecho cargo del daño causado injustamente».* En todo caso, la reparación ha de ser relevante teniendo en cuenta las circunstancias del caso y del culpable, esto es, el esfuerzo que realiza para efectuar la reparación y su capacidad económica. Cuando haya una reparación parcial, es necesario que haya una relación directa entre la satisfacción económica y el perjuicio causado, dejándose fuera el abono de cantidades que no tengan una proporción relevante respecto a la cantidad defraudada. En los supuestos en los que se haya pactado que la reparación consista en un dar o hacer es necesario que esa reparación sea real y efectiva, ya sea total o parcial<sup>12</sup>.

Sin embargo, la cuestión varía cuando el acuerdo de reparación se incumple por el infractor. En función del contenido de la reparación (económica, material, simbólica, etc.), del tipo de procedimiento y del momento procesal en que se haya alcanzado el acuerdo, los problemas procesales que se plan-

11 Una forma de reparación simbólica para la víctima es recuperar el sentimiento de seguridad. *Vid. RÍOS MARTÍN, J. C.*, «Conclusiones al curso de mediación en materia penal», en Conclusiones del curso «la mediación civil y penal». *Dos años de experiencia, 2.ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a Jueces de familia y penales, Estudios de Derecho Judicial*, n.º 136, 2007, p. 158.

El artículo 84.1. regla 3.ª del CP recoge los trabajos en beneficio de la comunidad como forma de reparación simbólica. la STS 1132/1998 de 6 de octubre, *«...cuando el autor realiza un actus contrarius de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos se dará una reparación simbólica, que, por regla general debería ser admitida en todos los delitos».*

12 La STS 1006/2006 de 20 de octubre de la Sala de lo Penal Sección 1.ª, se pronuncia sobre un caso donde se solicita la aplicación de la atenuante de reparación del daño por la participación en un programa de mediación penal con resultado positivo, aun cuando el perjudicado renunció a la indemnización que pudiera corresponderle; no reconoce la atenuación por no haber una reparación real y efectiva.

tean a jueces, fiscales y abogados cambian. Ante la ausencia de regulación legal sobre la materia y ante la ausencia de jurisprudencia que marque un camino a seguir, las soluciones están sujetas al criterio del instructor o del juzgador, en función del Juzgado en el que se planteen, no existiendo una unidad de criterio en todo el territorio nacional. De hecho, podemos encontrar diversas respuestas a una misma problemática, soluciones dispares según el territorio o incluso el juzgado en el que se lleve a cabo la intervención restaurativa. En todo caso, el origen de los problemas procesales que genera la justicia restaurativa surgen por el vacío legal existente, salvo las menciones antes descritas.

Uno de las primeras dificultades que se plantean es el incumplimiento del contenido del acuerdo recogido en el acta de reparación, es decir, como debe llevarse a cabo la ejecución de los acuerdos alcanzados con una intervención restaurativa si los mismos no se recogieron en sentencia condenatoria. Así, por ejemplo, en un procedimiento por delito leve en el que se ha alcanzado un acuerdo de reparación consistente en el abono de una cantidad de dinero, por ejemplo, sobreseído y archivado por aplicación del principio de oportunidad. El incumplimiento del acuerdo plantea que la única opción posible para ejecutarlo es acudir a la vía civil con el consiguiente peligro de victimización secundaria para la víctima. Una posible solución se menciona en el ALECRim que propone el archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado.

Otra situación que no tiene respuesta procesal es aquella en la que en el acta de reparación se acordó un pago aplazado en varias mensualidades (no más de tres para evitar la demora del asunto en el juzgado), y el facilitador experto en mediación no remite al juzgado acta de información donde se indique que el resultado de la mediación fue satisfactorio, sino que mantiene el procedimiento penal abierto<sup>13</sup>, para evitar que, comunicado el acuerdo, el juez dicte auto de sobreseimiento y archivo previa audiencia del MF que lo solicita por aplicación del principio de oportunidad. Pues bien, si uno de esos plazos se incumple, la víctima mantiene expedita la vía judicial penal porque el procedimiento no se ha archivado, sin embargo, esta situación también genera problemas.

Tras el incumplimiento el facilitador experto en mediación solo remite al juzgado un acta de información en el que se indica que las partes no han llegado a un acuerdo, sin hacer referencia a que efectivamente si hubo acuerdo y que éste se incumplió. La cuestión es que cuando las partes llegan a un acuerdo, siempre firman el acta de reparación que se les entrega, así que en caso de incumplimiento cualquiera de las dos puede presentar el acta en la vista.

---

13 En esto tampoco hay unidad de criterio, algunos juzgados suspenden el procedimiento a la espera del resultado de la intervención restaurativa, y otros derivan a mediación en el impás de tiempos muertos hasta la fecha de señalamiento de la vista.

Hemos de partir de la premisa de que el acta<sup>14</sup> no contiene un reconocimiento de los hechos a imagen y semejanza de los hechos probados que contiene la sentencia condenatoria. Martínez Perza<sup>15</sup> señala que «*no se debe exigir al infractor que reconozca los hechos en el acta de acuerdo*». Por lo tanto, al no haber reconocimiento expreso de hechos se mantiene a salvo la presunción de inocencia del infractor. Aunque aquí, de nuevo, tenemos abierto otro debate doctrinal sobre si produce o no la efectiva vulneración de tal derecho. Evidentemente tal violación solo podría explicarse por la forma inadecuada de retorno del asunto y porque cabría la posibilidad de que pudiera influir en la decisión judicial. Ríos Martín<sup>16</sup> señala que «*ni la apertura voluntaria, ni el cierre del proceso de mediación son elementos que puedan ser tomados en consideración dentro de la valoración probatoria. Sería conveniente que la ley reguladora de la mediación determinase la imposibilidad de tal valoración*». Por otro lado, «*hay que anotar que, en orden a la salvaguarda de los derechos fundamentales del acusado, el mediador se convierte en un instrumento añadido de tutela —bajo la supervisión del Juez y del Fiscal— de la presunción de inocencia, ya que podrá concluir el trámite si detectare que el imputado no había cometido el hecho o que le amparaban buenas razones para enfrentar con éxito la pretensión acusatoria*»<sup>17</sup>.

En esta concreta situación la ausencia de regulación legal nos plantea cómo resolverlo en la práctica, dejando a criterio del juzgador, la solución que considere más acorde a derecho, en función también del momento procesal en el que se encuentre el asunto, y que puede abarcar desde la práctica de diligencias de investigación, antes de la celebración de la vista, o directamente convocar a las partes para que acudan a la misma. De ser así,

14 La redacción se hace en estos términos: «*Habiendo reflexionado sobre lo ocurrido y comprendiendo Don/Doña P. que estaba muy nervioso/a y reaccionó impulsivamente ante una situación que le generaba una gran frustración, ambos/as deciden poner fin a este conflicto con los siguientes compromisos que a continuación se relacionan: Por parte de P. pide disculpas a X por las palabras que le profirió y decide compensarle con la entrega de xx cantidad de euros. Por parte de X: acepta las disculpas de P. y retirará la denuncia, solicitando el archivo del asunto Juicio sobre delito Leve o DPA x/2022 del que deriva esta mediación*».

15 MARTÍNEZ PERZA, C., «La mediación en el ámbito penal», publicado en la web del Colegio de Abogados de Huelva: <http://www.icahuelva.es/wp-content/uploads/descargas/doctrinales/articulos-doctrinales-mediacionpdf.>, 2015, p. 6.

16 RÍOS MARTÍN, J. C., «Justicia restaurativa y mediación penal», *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 98, mayo-agosto 2016, p. 113.

17 SÁEZ R., SÁEZ C., RÍOS J. C., OLAVARRÍA T., FÁBREGA C., GALLEGOS C., y PANTOJA F., «La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva», *Grupo de Investigación*, noviembre de 2010, p. 40.

cada una lo hará con todos los medios de prueba que tengan a su alcance, y aquí es donde queda a la libre decisión de cada parte y de sus letrados, si los tuvieren, aportar o no el acta de reparación. Evidentemente la decisión de aportarla o no será una decisión basada en la estrategia procesal que el letrado, o cada parte, deseen seguir. Puesto que la víctima ejerce la acusación particular e interviene en primer lugar proponiendo la prueba (tras el Ministerio Fiscal, cuando lo haya), ha de decidir, sin saber que va hacer el acusado, si presentarla o no. Por su parte, antes de la vista o incluso en ella, el infractor puede ponderar las ventajas e inconvenientes de aportarla, por ejemplo, dejar de acreditar que ha pagado ciertas cantidades en pro de insistir en su inocencia. Como interviene en segundo lugar, su decisión estará guiada por la decisión de la víctima o de su abogado.

Lo mismo ocurre cuando se están tramitando unas diligencias previas de procedimiento abreviado y se deriva a mediación en fase de instrucción. Si se alcanza un acuerdo reparatorio la parte afectada por el delito puede solicitar<sup>18</sup> en el acta que el infractor se vea beneficiado por aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, por ejemplo, atenuante de reparación del daño, o bien retirar la denuncia y solicitar el archivo de la causa. Decisión, en último término, que valorará el Ministerio Fiscal en función de si es posible o no la aplicación al caso concreto del principio de oportunidad, como venimos señalando. Si el acta se incumple, y el procedimiento continua, será decisión del abogado de la defensa y de la acusación particular decidir si lo aportan como prueba a la vista o no, como ya se ha explicado anteriormente.

Otras cuestiones que no tienen respuesta en la LECr actual son la nulidad o impugnabilidad del acta de reparación que contiene el acuerdo reparatorio por una de las partes (o las dos) o incluso la posibilidad de modificación o desistimiento del acuerdo alcanzado<sup>19</sup>. Respecto a la nulidad cabe decir que solo es posible si se alcanza «*contraviniendo alguna de las previsiones legales que habilitan su validez*»<sup>20</sup>. Sobre la posible impugnación de un acuerdo alcanzado en un

18 Desde el comienzo de la intervención, las partes tienen claro que en el espacio de mediación solo se trabajará sobre la reparación, no siendo posible que negocien sobre las consecuencias penológicas del delito, puesto que las partes no tienen capacidad de disposición sobre esta concreta materia. Sin embargo, si la parte ofendida así lo manifiesta no hay inconveniente en recoger ese deseo de beneficiar de la mejor forma posible al infractor en cuanto a la imposición de la pena, e incluso, puede solicitar la retirada de la denuncia y consiguiente archivo de la causa. Insisto, sabiendo siempre, que esta petición no es vinculante para el órgano jurisdicente.

19 REBOLLO REVESADO, S., *Prospectiva de la mediación penal. Un análisis de la teoría a la práctica*. Ed. Thomson Reuters, 2021, pp. 418 y 419.

20 Por ejemplo, acuerdo obtenido por alguien que no tenga capacidad de obrar. *Vid.* MARTÍN DÍZ, F., «Capítulo 9, El acuerdo de mediación penal (acuerdo reparatorio)», *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, SÁNCHEZ GARCÍA A., LÓPEZ PELÁEZ, P., (Coords.), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 360.



modelo intrajudicial, MARTÍN DIZ<sup>21</sup>, lo considera factible, aunque entiende que, no sería la impugnación directa del acuerdo como tal, *«sino como impugnación de la resolución judicial que lo homologa y siempre y cuando concurren las circunstancias que hagan viable la utilización de la impugnación correspondiente»*. Para ello, *«sería absolutamente imprescindible la existencia de un marco legal de aplicación que determine plazos de ejercicio de las correspondientes acciones, motivos, procedimiento, competencia, etc.»*.

En relación a la modificación del acuerdo alcanzado, si sería posible siempre que fuese antes de que el juez tomase una decisión sobre el sobreseimiento o archivo de la causa, o bien antes de la celebración de la vista o incluso, se podría admitir que, celebrada ésta, las partes de nuevo solicitaran someterse a mediación para redefinir el contenido de su reparación. En este último caso, el juez podría esperar a dictar sentencia hasta obtener el contenido del acuerdo o bien sentenciar el asunto redirigiendo a las partes hacia una nueva mediación en fase de ejecución para dar cumplimiento a la responsabilidad civil derivado del delito, así como a la reparación moral a la víctima, a través de una explicación de los hechos, o de una petición de perdón. Todo ello, también podría ocurrir cuando durante la tramitación penal de la causa, se incumple el acuerdo y, cualquiera de las partes, solicita acudir de nuevo<sup>22</sup> a la JR para dirimir los puntos controvertidos e/o incumplidos.

Finalmente, y por lo que se refiere al desistimiento, teniendo en cuenta que las partes solo tienen capacidad de disposición en el transcurso del procedimiento de mediación sobre la forma de reparación, si sería factible siempre que la otra parte lo aceptase, y siempre que, se reanudase el proceso penal en lugar que quedó al acudir a la JR. Otra cuestión sería si la otra parte se opusiese al desistimiento, porque entonces la vigencia o no del acuerdo alcanzado será una de las cuestiones a tratar como cuestión previa (de las reguladas en el artículo 786.2 de la LECr aunque no expresamente recogida) antes del inicio de la vista propiamente dicha.

El ALECrím sobre el que se está actualmente trabajando, no trata ninguna de estas cuestiones. La propuesta habla con carácter general de la JR sin hacer mención expresa a ninguna de sus herramientas, limitándose a legitimar el recurso a la misma, igual que hizo el legislador en el EVD, pero sin aportar ninguna solución, por ejemplo, a la problemática de la ejecución de los acuerdos de reparación alcanzados con una intervención restaurativa, en supuestos de incumplimiento.

---

21 MARTÍN DIZ, F., «Capítulo 9, El acuerdo de mediación penal...», *op. cit.*, p. 361.

22 Esta práctica se conoce como «remediación» y se regula en algunos países como en Méjico, en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal. *Vid.* LIZAOLA PINALES, C. M., «Capítulo 2: La remediación: los acuerdos modificatorios alcanzados», *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 411 a 436.



## 5. Conclusiones

1.- El legislador del ALECrím sobre el que se está actualmente trabajando, hace un tratamiento sesgado de la materia, a todas luces insuficiente para la introducción real y efectiva de JR en España.

2.- A todas luces una reforma de la LECr en la materia o la regulación propuesta en el ALECrím es insuficiente, siendo más acorde con la normativa europea una ley específica que regule la JR de forma integral.

3.- Si bien, el recurso a la JR como complemento al sistema penal, cada vez tiene más adeptos y defensores, lo cierto es que se encuentra en una situación de alegalidad, debido a la ausencia de regulación normativa. Esta situación supone un freno real para que los operadores jurídicos acudan a ella con la seguridad necesaria para que deriven y reintegren con plenas garantías de que su decisión es acorde a derecho.

4.- Solo conociendo los problemas reales que plantea la práctica de la JR a través de cualquiera de sus herramientas, y principalmente de la mediación penal, desde la derivación del asunto hasta la ejecución del incumplimiento del acta de reparación cuando no está recogido en la sentencia condenatoria, podemos ofrecer soluciones ajustadas a derecho para que el legislador las incorpore en aras a ofrecer mayor seguridad jurídica tanto a las partes intervinientes como a los propios operadores jurídicos.

5.- Para que la JR sea una realidad en España es necesario que las instituciones se involucren creando los Servicios de Justicia Restaurativa y dotándolos de medios personales y materiales.

## 6. Bibliografía

**CRUZ PARRA, J. A.**, *La Mediación Penal. Problemática y soluciones*, autopublicacionlibros.com, Granada, 2013.

**LIZAOLA PINALES, C. M.**, «Capítulo 2: La remediación: los acuerdos modificatorios alcanzados», *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2016.

**MARTÍN DIZ, F.**, «Capítulo 9, El acuerdo de mediación penal (acuerdo reparatorio)», *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, SÁNCHEZ GARCÍA A., LÓPEZ PELÁEZ, P., (Coords.), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2016.

**MARTÍNEZ PERZA, C.**, «La mediación en el ámbito penal», publicado en la web del Colegio de Abogados de Huelva: <http://www.icahuelva.es/wp-content/uploads/descargas/doctrinales/articulos-doctrinales-mediacion.pdf>, 2015.

**OLALDE ALTAREJOS, A. J.**, *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

**REBOLLO REVESADO, S.**, *Prospectiva de la mediación penal. Un análisis de la teoría a la práctica*. Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2021.

**RÍOS MARTÍN, J. C.**, «Justicia restaurativa y mediación penal», *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 98, mayo-agosto 2016.

**SÁEZ R., SÁEZ C., RÍOS J. C., OLAVARRÍA T., FÁBREGA C., GALLEGOS C., y PANTOJA F.**, «La mediación penal dentro del proceso. Análisis de situación. Propuestas de regulación y autorregulación. Protocolos de evaluación. Documento ideológico: análisis desde la perspectiva de la política criminal y del derecho a la tutela judicial efectiva», *Grupo de Investigación*, noviembre de 2010. Disponible en: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

## CAPÍTULO VI

---

# LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL. ¿NUMERUS CLAUSUS?

**Pedro Pablo Pulido Manuz**

*Doctorando en Derecho Procesal*

*Universidad de Cádiz*

*p.pulidomanuz@gmail.com*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Naturaleza jurídica y caracteres de las medidas cautelares sobre las persona jurídicas. 3. Regulación española. ¿Numerus clausus? 4. Problemática y posibles soluciones aportadas por la doctrina. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

**RESUMEN:** Este trabajo trata del régimen de medidas cautelares aplicables contra la persona jurídica en el proceso penal. Se discurre sobre si los artículos 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 33.7 del Código Penal establecen un formato *numerus clausus* de medidas aplicables, o si, por el contrario, se pueden aplicar medidas no previstas expresamente en los mencionados textos legislativos. De igual manera, se analiza por qué un formato *numerus clausus* de medidas cautelares podría suponer un problema para alcanzar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (regulado en el artículo 24.2 de la Constitución Española), así como las distintas soluciones aportadas por la doctrina.

**ABSTRACT:** This paper explores the precautionary measures established in spanish Criminal Law against legal entities, regulated in article 33.7 (Código Penal) and article 544 quáter (Ley de Enjuiciamiento Criminal). In particular, it is analysed whether the only precautionary measures against legal entities are those established in article 33.7, or, on the contrary, it would be possible to use other security measures such as bail. If the precautionary measures regulated in the aforementioned article were the only option available against legal entities, the question arises as to whether this could go against the «effective legal protection» constitutional principle regulated in art. 24.2 (Constitución Española). Finally, the solutions provided by the doctrine to solve the problem are also analysed.

**PALABRAS CLAVE:** Medidas cautelares, persona jurídica, principio de proporcionalidad, tutela judicial efectiva, proceso penal español.

**KEYWORDS:** Precautionary measures, legal entities, spanish criminal procedure, proportionality principle, effective legal protection.

## 1. Introducción

Hasta el año 2010 imperaba en el ordenamiento jurídico español la máxima *societas delinquere non potest*. Las personas jurídicas carecían de legitimación pasiva para ser parte en un proceso penal; ni podían ser sujetos pasivos de un delito, ni, en consecuencia, condenadas penalmente. De la misma forma, tampoco era admisible la adopción de medidas cautelares dirigidas contra ellas.

La única figura a disposición del juez penal, aplicable contra las personas jurídicas para asegurar la tutela judicial efectiva en tanto se sustentaba el procedimiento, era la figura de las medidas accesorias, reguladas en su mayoría en el antiguo art. 129 del Código Penal<sup>1</sup>.

A partir de las reformas del código penal de 2010 y 2015, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, se introdujo en el derecho español la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. No es objeto de este artículo abordar las múltiples consecuencias que tuvo el reconocimiento de la persona jurídica como responsable penal, tanto en el orden penal, como el procesal; algo que, por otra parte, sería imposible dadas las limitaciones de espacio propias de este tipo de trabajos.

El propósito de este capítulo es analizar la regulación española en relación con las medidas cautelares aplicables contra las personas jurídicas en el orden procesal penal, los posibles problemas que pueden derivarse de la misma y sus soluciones, tanto de carácter interpretativo, aportadas por la doctrina, como de *lege ferenda*.

---

1 En la actualidad, el art. 129 del Código Penal regula las medidas accesorias aplicables contra las entidades sin personalidad jurídica: «En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del art. 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita».

## 2. Naturaleza jurídica y caracteres de las medidas cautelares sobre las personas jurídicas

La naturaleza y los caracteres predicables de las medidas cautelares en el orden penal deberán también estar presentes en aquellas medidas cautelares que pretendan aplicarse contra las personas jurídicas. Comparten un fin común, así como unos principios básicos que han de servir como presupuestos en su aplicabilidad<sup>2</sup>.

Todas las medidas cautelares persiguen garantizar la tutela judicial efectiva; su objetivo no es otro que asegurar la propia eficacia del proceso<sup>3</sup>. La principal consecuencia de su finalidad garantista es su naturaleza instrumental<sup>4</sup>: las medidas cautelares nunca pueden suponer un adelantamiento de la pena, porque ello atentaría contra el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

De esta forma, los principios fundamentales regidores de todo sistema de medidas cautelares son dos<sup>5</sup>.

- *Periculum in mora*
- *Fumus boni iuris*

Por lo tanto, siempre que deba adoptarse una medida cautelar, deberá analizarse su oportunidad a la luz del riesgo en la demora y de la apariencia de buen derecho.

Existen otras características comunes presentes en la mayoría de las medidas cautelares aplicables en el orden penal<sup>6</sup>: instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad, variabilidad, jurisdiccionalidad.

2 BANACLOCHE PALAO, J., «XII. Las medidas cautelares aplicables a la persona jurídica imputada», *Responsabilidad penal de la persona jurídica. Aspectos sustantivos y procesales*, con ZARZALEJOS NIETO, J., y GÓMEZ JARA, C., *La Ley*, Las Rozas, 2011, pp. 228 y 229.

3 SERRA DOMINGUEZ, M., RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil: teoría general de las medidas cautelares, medidas provisionales en relación con las personas, intervención judicial de bienes litigiosos*, Ind. Graf. M. Pareja, Barcelona, 1974, pp. 11 y ss.

4 Para profundizar sobre la naturaleza de las medidas cautelares, puede verse: CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*, Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1945.

5 ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Capítulo X. Las medidas cautelares en el proceso penal I. Medidas privativas de libertad», *Abogacía y proceso penal* (coord. ÁLVAREZ ALARCÓN), 2021, Tirant lo Blanch, pp. 905 y 906.

6 BARONA VILAR, S., «Lección Décimo primera: Las medidas cautelares», *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, 27.º edición, Tirant lo Blanch, 2019, p. 276.

No siendo objeto de este artículo el análisis pormenorizado de los principios y caracteres de las medidas cautelares a disposición de las partes en el proceso penal, baste este breve resumen para poder pasar directamente al núcleo del trabajo: la regulación española sobre las medidas cautelares aplicables contra la persona jurídica en el proceso penal y los posibles problemas que de ella se derivan.

### **3. Regulación española. ¿*Numerus clausus*?**

Las medidas cautelares aplicables contra las personas jurídicas en el proceso penal español se regulan en el art. 544 *quáter* de la Ley de Enjuiciamiento Penal y en el art. 33.7 del Código Penal.

Tal y como dice el art. 544 *quáter*: «Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal». Es necesario recalcar que el legislador utiliza unos términos muy claros: se podrán imponer las «expresamente previstas en el CP».

A continuación, en el apartado segundo del citado art. 544 *quáter*, se establece el procedimiento a seguir: «La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.»

Por su parte, el Código Penal, en el art. 33.7, prevé expresamente tres posibles medidas cautelares aplicables.

- La clausura temporal de los locales o establecimientos
- La suspensión de las actividades sociales
- La intervención judicial

Del sentido literal extraído de las palabras del legislador, parece deducirse un sistema *numerus clausus*: la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que solo podrán aplicarse las medidas expresamente previstas en el Código Penal, y, por su parte, el Código Penal prevé expresamente únicamente tres posibilidades cautelares.

Este carácter de *numerus clausus* está en el origen del problema que seguidamente se analiza.

### **4. Problemática y posibles soluciones aportadas por la doctrina**

Como se ha señalado y es generalmente reconocido, las medidas cautelares son un instrumento pensado para asegurar la eficacia del proceso:

pretenden mantener el estado de las cosas existente al inicio del proceso, siempre que sea posible, mientras este se sustenta, asegurándose así la tutela judicial efectiva. Como se precisó anteriormente, las medidas nunca pueden suponer un adelantamiento de la pena, ni basarse en la culpabilidad del sujeto.

¿Por qué el carácter de *numerus clausus* del catálogo de medidas cautelares aplicables contra las personas jurídicas en el proceso penal puede suponer un problema? Porque las medidas cautelares a las que se ha hecho referencia, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, resultan demasiado gravosas<sup>7</sup>.

En este sentido se ha posicionado mayoritariamente la doctrina, como a continuación se refiere. Si sobre una persona jurídica investigada recae durante la sustentación del procedimiento una de las medidas planteadas por el legislador, debido a la excesiva lesividad de estas, se corre el riesgo de comprometer gravemente la propia continuidad de la persona jurídica, conduciéndola incluso a su muerte anticipada<sup>8</sup>, lo que supondría inevitablemente su extinción jurídica. Debe tenerse en cuenta que el perfil habitual de las personas jurídicas que son sujetos pasivos en los procesos penales, es el de entidades de carácter mercantil. Siguiendo el hilo argumentativo, si a una empresa se le impone cautelarmente, por ejemplo, un cierre del establecimiento donde desarrolla el negocio, o se le suspenden determinadas actividades sociales, es probable que se le esté abocando a su disolución en el curso del procedimiento. Es necesario recordar que las personas jurídicas como sujetos pasivos de un procedimiento penal tienen reconocidas garantías fundamentales tales como el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia<sup>9</sup>.

Si el objetivo de las medidas cautelares es asegurar la eficacia del proceso y garantizar la tutela judicial efectiva, pero debido a la excesiva lesividad de las medidas planteadas por el legislador, se lleva a la persona jurídica a su muerte antes de que termine de resolverse el proceso, las medidas cautelares ni habrán cumplido su función ni habrán garantizado la tutela judicial efectiva.

---

7 ESCALADA LÓPEZ, M.<sup>a</sup> L., «Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 41, 2017, pp. 8 y 9.

8 MALLANDRICH MIRET, N., «Las medidas cautelares en el proceso penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Procesal*, 2019, p. 48.

9 STS 154/2016, 29 de febrero: «...de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. (...)

Las medidas cautelares establecidas por el Código Penal para las personas jurídicas podrían considerarse que participan más de la naturaleza de medidas personales que reales, en cuanto que con ellas se persigue la restricción de la libertad de funcionamiento de la entidad y no el aseguramiento de bienes o del patrimonio. Por eso, si una interpretación literal ya implica la exclusión de cualquier otra medida cautelar diferente de las enumeradas, otro criterio interpretativo contaría con el obstáculo de que la medida debería ceñirse a las de carácter personal, con exclusión de las de naturaleza real. Una exclusión esta que resulta, cuando menos, contradictoria, ya que, si se consideran las características estructurales y el funcionamiento de las propias personas jurídicas, las medidas cautelares de carácter real, y por tanto patrimoniales, parecen resultar jurídicamente idóneas para otorgar protección cautelar durante la substanciación del procedimiento.

En definitiva, las medidas cautelares previstas por el legislador español para los procesos penales contra las personas jurídicas se muestran inadecuadas para lograr el objetivo encomendado a estas.

En el terreno práctico se hace indispensable encontrar una solución al problema, pues, la protección cautelar es necesaria para el propio derecho fundamental de tutela judicial efectiva. En este sentido, la doctrina ha realizado diferentes interpretaciones de la norma, conducentes a diversas vías que sí permitirían otorgar protección cautelar efectiva. En este apartado se resumen brevemente algunas de ellas:

- El régimen de las medidas cautelares penales sobre las personas jurídicas no se restringe a la norma del art. 544 *quater*: En este sentido se manifiesta VELASCO NUÑEZ, para quien el referido precepto «no parece excluir, las innominadas del Art. 13 LECrim y cualesquiera otras personales ni a las reales nada más que en cuanto a la forma de solicitarlas»<sup>10</sup>. Por lo tanto, siguiendo este argumento, el 544 *quater* solo establece el procedimiento aplicable para los casos en los que se quisiera adoptar alguna de las tres medidas cautelares ya mencionadas<sup>11</sup>, sin que quede excluida ninguna otra medida cautelar. A través de esta interpretación se vería solucionado el problema, pues quedaría abierto todo el abanico usual de medidas cautelares existente en el ordenamiento jurídico español, y, además, se plantearían tres medidas cautelares específicas para los procesos penales contra la persona jurídica, que contarían con un procedimiento especial.

---

10 VELASCO NUÑEZ, E., «Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuente», *Diario la Ley*, 2013, pp. 3 y 4.

11 En efecto, el art. 544 *quáter* 2. establece el procedimiento por el que se adoptarán las medidas cautelares contra la persona jurídica: «La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente».



- El principio de proporcionalidad permite acudir a otras medidas menos gravosas que las descritas en el art. 544 *quater*: Se ha puesto de relieve por algunos autores que, efectivamente, el legislador sí establece claramente un formato *numerus clausus* para las medidas cautelares, pero estas medidas resultan tan lesivas que atentan de forma directa contra el principio de proporcionalidad<sup>12</sup>. En este sentido, BANACLOCHE PALAO se basa en el principio general del derecho que dice: «quien puede lo más, puede lo menos»<sup>13</sup>. Por lo tanto, si se pudieran adoptar otras medidas cautelares que resultaran igualmente idóneas para conseguir el objetivo perseguido (siendo este asegurar la tutela judicial efectiva), pero resultando ser menos lesivas, deberían aplicarse estas en virtud del principio de proporcionalidad.
- El art. 544 *quater* comprende una limitación de las medidas cautelares personales, pero deja abierta la posible aplicación de todas las de carácter real: Según esta interpretación, al ubicarse el art. 544 *quater* en el libro II, Título VII, referido a la libertad provisional del procesado, donde se regulan otras medidas de carácter personal, se refiere únicamente a las medidas cautelares de carácter personal. Por lo tanto, solo estas quedarían limitadas a un formato *numerus clausus*, lo que abre la posibilidad de aplicar con normalidad medidas cautelares de carácter real<sup>14</sup>, como podría ser una fianza.

## 5. Conclusión

### 5.1. Conflictividad de los artículos 33.7 del Código Penal y 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

En este trabajo se ha expuesto un problema: las medidas cautelares contra las personas jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico penal español no son adecuadas para garantizar la tutela judicial efectiva y su aplicación rigurosa, en la práctica, constituye una grave dificultad para la pervivencia misma de la entidad.

12 Principio reconocido por el Tribunal Constitucional en sentencias como la STC 207/1996, de 16 de diciembre, y otras posteriores como la STC 206/2007, de 16 de diciembre.

13 BANACLOCHE PALAO, J., «XII. Las medidas cautelares aplicables a la persona jurídica imputada», *Responsabilidad penal de la persona jurídica. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 231 y 232, *ob. cit.*, p. 3.

14 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Proceso penal contra personas jurídicas: Medidas cautelares, representantes y testigos» (1), *Diario la Ley*, n.º 7796, de 13 de febrero de 2012, pp. 5-7.

En este sentido, se han resumido distintas soluciones aportadas desde la doctrina, que, a través de diferentes vías interpretativas, tratan de salvar la dicción literal de la ley. Debe tenerse en cuenta que la protección cautelar es una herramienta prevista por el legislador que, en ocasiones, se hace totalmente imprescindible para garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es decir, si la norma específica que regula las medidas cautelares aplicables a la persona jurídica, por la razón que fuera, no resulta adecuada para garantizar la eficacia del proceso, asegurando la tutela judicial efectiva, se hace imprescindible encontrar una solución.

## **5.2. Visión doctrinal**

Como se ha expuesto en este trabajo, la solución puede buscarse, en primer lugar, acudiendo a la interpretación y dando un sentido diferente a la dicción literal de la ley, como se ha venido haciendo desde la doctrina. Por supuesto, esta salida de carácter hermenéutico se considera sin perjuicio de que pudiera buscarse una solución en el ámbito de la *lege ferenda*, a través del cauce de una posible reforma legislativa del ordenamiento vigente, ya fuera unificando el régimen de medidas cautelares en el orden penal, o bien modificando específicamente el art. 544 *quater*. En cualquier caso, por razón de espacio es un tema que reclama para sí un análisis más detallado y por ello simplemente se apunta como posibilidad.

Sintéticamente, se analizan algunas de las soluciones al problema aportadas por la doctrina, a la luz de la propia finalidad de las medidas cautelares. Las diferentes interpretaciones mencionadas en este trabajo parecen solventar el conflicto, permitiendo una protección cautelar eficaz. En efecto, cada vía interpretativa argumenta que es posible abrir el abanico de medidas a disposición de las partes, más allá de las medidas previstas en el art. 33.7 del Código Penal. Ahora bien, no debe ignorarse el conflicto directo que algunas de las soluciones mencionadas en este estudio generan con respecto al principio de legalidad.

## **5.3. Problemática de las soluciones hermenéuticas propuestas por la doctrina**

El texto legal parece ser claro en cuanto a las medidas cautelares aplicables en los procesos penales que pudieran substanciarse contra la persona jurídica, por lo que asumir otra herramienta cautelar distinta a las mencionadas de forma expresa por el legislador, genera, en principio, un conflicto respecto al principio de legalidad y al de seguridad jurídica. De una forma u otra, las diferentes soluciones aportadas por la doctrina, expuestas en el apartado IV, introducen un grado diferente de tensión negativa o de agresión al mencionado principio de legalidad; sea en mayor o en menor medida, todas lo contravienen.

En este sentido, una de las razones jurídicas traídas al debate por la doctrina, sintetizada en el principio general «quien puede lo más, puede lo menos», puede considerarse que, efectivamente, cuadra con el sentido y la finalidad de las medidas cautelares. Es sabido que, a la luz del principio de proporcionalidad y como herramientas provisionales para asegurar la eficacia del proceso, las medidas cautelares deben suponer procesalmente la menor intervención posible, y han de ordenarse siempre con la precaución básica de causar el menor daño posible, cuando de forma justificada se estime efectivamente su idoneidad para garantizar la tutela judicial efectiva. En esta línea, cabe sostener que carece de sentido aplicar una medida más lesiva, en detrimento de otra igualmente eficaz, que, sin embargo, genere un daño menor al sujeto llamado a soportarla.

Ahora bien, argumentos como el mencionado «quién puede lo más, puede lo menos», cuando se vinculan parcialmente a un principio o se hacen descansar, de forma aislada, solo en la búsqueda de lo proporcional, pueden llegar a colisionar de forma directa con el principio de legalidad. Y esto puede suceder si la aplicación de una medida cautelar significa un rechazo implícito del texto de la ley vigente, esgrimido con el propósito consciente de sortear su concreta previsión. Por razonable que pueda ser el esfuerzo interpretativo, no cabe obviar la importancia del principio de legalidad como garantía histórica a favor de los investigados y procesados en el orden penal, y como límite objetivo a la fuerza punitiva del Estado.

#### **5.4. Valoración de las propuestas doctrinales**

Considerando la diversidad de soluciones que aporta la doctrina, puede utilizarse como criterio de priorización el grado de encaje o compatibilidad que ofrezca cada proposición doctrinal con respecto al principio de legalidad. Valorando desde esta luz las distintas posturas, y teniendo además presente el plus justificativo que representa una aplicación no discordante con la literalidad de la ley, este análisis llega a la conclusión de que la interpretación que ofrece el profesor Dopico es la que mejor resuelve la tensión planteada entre los principios de legalidad y de proporcionalidad. Según esta propuesta, atendiendo a la ubicación de las disposiciones, cabe considerar que el régimen cerrado de medidas cautelares vigente, planteado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal, hace referencia únicamente a las medidas cautelares personales, sin que ello afecte a las medidas cautelares de carácter real, ni, por tanto, suponga una exclusión.

En efecto, esta solución permite disponer de las medidas cautelares de carácter personal previstas en el artículo 33.7 del Código Penal, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, sin detrimento de la aplicación de cualesquiera otras medidas de carácter real que fueran necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva.

## 6. Bibliografía

- ÁLVAREZ ALARCÓN, A.**, «Capítulo X. Las medidas cautelares en el proceso penal I. Medidas privativas de libertad», *Abogacía y proceso penal* (coord. ÁLVAREZ ALARCÓN), 2021, Tirant lo Blanch, pp. 905 y 906.
- BANACLOCHE PALAO, J.**, «XII. Las medidas cautelares aplicables a la persona jurídica imputada», *Responsabilidad penal de la persona jurídica. Aspectos sustantivos y procesales.*, con ZARZALEJOS NIETO, J., y GÓMEZ JARA, C., La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 228 y 229.
- BARONA VILAR, S.**, «Lección Décimo primera: Las medidas cautelares», *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, 27.º edición, Tirant lo Blanch, 2019, p. 276.
- CALAMANDREI**, *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*, Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1945.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.**, «Proceso penal contra personas jurídicas: Medidas cautelares, representantes y testigos» (1), *Diario la Ley*, n.º 7796, de 13 de febrero de 2012, pp. 5-7.
- ESCALADA LÓPEZ, M.ª L.**, «Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 41, 2017, pp. 8 y 9.
- MALLANDRICH MIRET, N.**, «Las medidas cautelares en el proceso penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Procesal*, 2019, p. 48.
- SERRA DOMINGUEZ, M., RAMOS MÉNDEZ, F.**, *Las medidas cautelares en el proceso civil: teoría general de las medidas cautelares, medidas provisionales en relación con las personas, intervención judicial de bienes litigiosos*, Ind. Graf. M. Pareja, Barcelona, 1974, pp. 11 y ss.
- VELASCO NUÑEZ, E.**, «Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincente», *Diario la Ley*, 2013, pp. 3 y 4.

## CAPÍTULO VII

---

# LA PERSONA PERJUDICADA EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIOAMBIENTE

**Diana Marrero Guanche**

*Profesora ayudante de Derecho procesal  
dmarrerg@ull.edu.es*

**SUMARIO:** Introducción. 1. El medioambiente como bien jurídico protegido por el Derecho penal. 1.1. Concepto de medioambiente. 1.2. Naturaleza supraindividual del bien jurídico medioambiente. 2. La persona perjudicada por los delitos contra el medioambiente. 3. La ineficacia de la acusación popular para la defensa del medioambiente. 4. La propuesta de regulación de una legitimación supraindividual. Conclusiones. Bibliografía.

**RESUMEN:** La naturaleza supraindividual del bien jurídico medioambiente, así como la configuración de los delitos contra el medioambiente como delitos de peligro abstracto, tiene como consecuencia que no exista una persona ofendida por el hecho delictivo. La protección de este bien jurídico supraindividual a través del derecho penal no provocó modificación alguna de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a pesar de que tanto el tipo de delito como la naturaleza del bien jurídico aconsejaron la adaptación del proceso penal. Esta ausencia de modificación tras la regulación de los delitos contra el medioambiente ha provocado, entre otros, los siguientes inconvenientes: la perseguibilidad de los delitos; la inexistencia de personas ofendidas y la complejidad de la prueba pericial para acreditar la relación de causalidad. El presente trabajo se centrará en la inexistencia de ofendidos por el hecho delictivo y, consecuentemente, de acusación particular en el proceso.

**ABSTRACT:** The supra-individual nature of the environmental legal good, as well as the configuration of crimes against the environment as crimes of abstract danger, has the consequence that there is no person offended by the criminal act. The protection of this supra-individual legal good through criminal law did not cause any modification of the Criminal Procedure Law, even though both the type of crime and the nature of the legal good advised

the adaptation of the criminal process. This lack of modification after the regulation of crimes against the environment has caused, among others, the following drawbacks: the prosecution of crimes; the absence of offended persons and the complexity of the expert evidence to prove the causal relationship. This work will focus on the absence of those offended by the criminal act and, consequently, of private accusation in the process.

**PALABRAS CLAVE:** ofendido, perjudicado, supraindividual, medioambiente, acusación popular

**KEYWORDS:** offended, harmed, supraindividual, environment, popular accusation

## 1. Introducción

La preocupación por la protección del medioambiente trae causa de algunos desastres naturales como el vertido tóxico de Aznalcóllar, el caso Prestige o los vertidos nocivos al embalse de Flix<sup>1</sup>. La gravedad de los daños causados al medioambiente como consecuencia de estos desastres — así como la importancia del mantenimiento de un entorno adecuado para el desarrollo de las personas— ha propiciado la aprobación de reformas del Código Penal (en adelante CP) que persiguen la protección del medioambiente y el reforzamiento de las normas administrativas que protegen el medio natural<sup>2</sup>.

Sin embargo, tras la regulación de estos delitos en el capítulo III del título XVI del libro II del Código Penal cabe preguntarse si es suficiente la tipifica-

---

1 \*Este trabajo es parte del proyecto I+D+i «Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030» PID2021-126145OB-100 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y según proceda: «FEDER Una manera de hacer Europa» o por la «Unión Europea NextGenerationEU/PRTR».

Véase, el artículo publicado en el periódico El País que lleva por título: «Los peores desastres ecológicos en España: cuánto costaron y cuánto han dejado sin pagar los contaminadores». Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://bit.ly/3trg4iJ> (último acceso: 29 de junio de 2022). El vertido tóxico de Aznalcóllar tuvo lugar el 25 de abril de 1998 como consecuencia de la rotura de una balsa de residuos de la mina de Aznalcóllar en Sevilla. Estos vertidos quedaron a las puertas del Parque Nacional Doñana.

El 13 de noviembre de 2002 el petrolero Prestige se partió en dos y se hundió, derramando hidrocarburos en el mar a 30 kilómetros del cabo de Finisterre. La consecuencia fue el vertido de 63.200 toneladas de hidrocarburos.

El caso del embalse de Flix en Tarragona fue consecuencia de la actividad industrial de una empresa química. Esta empresa funcionaba desde el año 1987 y llevaba más de un siglo vertiendo al embalse lodos tóxicos y radioactivos.

2 A modo de ejemplo pueden citarse las siguientes normas: Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular; Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire; Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.

ción de estas conductas como delito o si, por el contrario, es necesaria la modificación del proceso penal español para proteger bienes jurídicos que —como sucede con el medioambiente— tienen naturaleza supraindividual. Parece que la segunda opción planteada es la más correcta, pues la mera tipificación de conductas únicamente podría contribuir a la prevención general del delito, pero una vez cometido el hecho delictivo debe existir un proceso penal para la realización del *ius puniendi del Estado*<sup>3</sup>.

Como se analizará en líneas posteriores de este trabajo, una de las cuestiones que ha quedado sin resolver es la legitimación para la interposición de la acción penal por las personas perjudicadas por el hecho delictivo debido a dos características de este tipo de delitos: en primer lugar, la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido; y, en segundo lugar, la configuración de estos delitos como de peligro abstracto.

## 2. El medioambiente como bien jurídico protegido por el Derecho penal

### 2.1. El concepto de medioambiente

La definición del medioambiente ha supuesto la existencia de posiciones enfrentadas, no sólo en el ámbito jurídico, sino también en relación con su acepción común<sup>4</sup>. La Real Academia Española de la Lengua define el medioambiente como un «conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo».

Siguiendo al profesor BACIGALUPO, la protección penal del medioambiente se refiere «al mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la flora y de la fauna y las condiciones ambientales de desarrollo

3 BUJOSA VADELL, L. M., «Notas sobre la protección penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular», en *Justicia*, n.º I (1990), p. 107. Este autor apuntaba que «se pretende construir, así pues, una política criminal con un claro carácter reformista, dirigida a la sanción penal de violaciones de intereses supraindividuales, en materia de urbanismo, de salud pública, de fraudes alimentarios, de tutela del medio ambiente... Esta renovación que se observa en el Derecho material, forzosamente se ha de reflejar en el proceso [...]».

Véase también, GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1992. «El derecho penal material o sustantivo determina qué acciones u omisiones son punibles (delitos o faltas) y marca las penas. [...] Sin el proceso el ius puniendi carecería de realización. Y no sólo en el sentido de que la amenaza de la pena, al fin de la conservación del orden jurídico, estaría desprovista de eficacia, sino más radicalmente, porque el efecto jurídico del delito sólo mediante el proceso puede hacerse efectivo».

4 GIMENO SENDRA, V.; GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La protección procesal del medio ambiente», en *I Congreso Internacional del Derecho Ambiental*, Sevilla, 1995, manifiestan que resulta «extremadamente complicada» la labor de definir el bien jurídico medioambiente cuando no existe siquiera unanimidad en torno a su definición común.

de las especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales»<sup>5</sup>. También se ha defendido que el medioambiente está formado no sólo por el agua, el aire, el suelo, la flora y la fauna, sino también por los elementos sociales y artificiales que rodean a las personas<sup>6</sup>.

En este trabajo se ha optado por una definición restrictiva de medioambiente, pues en los delitos tipificados en el capítulo III del título XVI del libro II del CP se protege el bien jurídico medioambiente como entorno natural formado por el suelo, el aire, el agua, la flora y la fauna. En mi opinión resultaría más acertado hacer referencia a la protección del medio natural, pues tanto en la Constitución Española (en adelante CE) como en el CP se protege el mantenimiento de los recursos naturales —suelo, aire, agua, flora y fauna— sin mencionarse los elementos artificiales o sociales que integran el concepto amplio de medioambiente<sup>7</sup>.

## 2.2. Naturaleza supraindividual del bien jurídico medioambiente

Tradicionalmente, el Derecho penal se ha encargado de la protección de bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad o el patrimonio<sup>8</sup>, sin embargo hace algunas décadas que la sociedad ha comenzado a pre-

---

5 SERRANO TÁRRAGA, M.D.; SERRANO MAÍLLO, A. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Tutela penal ambiental*, Dykinson, 3.ª edición, 2017, p. 36 y 37. La labor de definición del medioambiente debe conllevar la referencia a las tesis ecocentrista y antropocentrista. Según esta última el medioambiente se protege únicamente cuando las personas se vean afectadas por los daños causados al medio natural, mientras que la tesis ecocentrista se basa en la defensa autónoma del medioambiente. La definición del profesor BACIGALUPO defiende, como la doctrina penal mayoritaria, una tesis intermedia «de acuerdo con la cual nos encontramos ante un bien jurídico autónomo, pero que se protege porque es fundamental para el desarrollo de la vida de las personas».

6 URRAZA ABAD, J., «Delitos contra los recursos naturales y del medioambiente», en *La Ley*, 2001, p. 47. Se trata de una concepción ecocéntrica moderada de la protección del medioambiente, pues se hace referencia al mantenimiento de las condiciones ambientales no sólo para el desarrollo de las personas, sino también para el desarrollo del resto de especies.

7 La promulgación y entrada en vigor de la CE en el año 1978 supuso un avance en relación con las constituciones de ese momento y trató de dar respuesta a la preocupación de la sociedad por la conservación y protección del medio natural.

8 En cuanto al concepto de bien jurídico véase, CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 175-176, «la idea de bien jurídico procede del pensamiento de la Ilustración, y fue formulada y fundamentada por Feuerbach, con la pretensión de separar Derecho y moral, y, en concreto, con la voluntad de excluir del ámbito del Derecho penal las conductas meramente inmorales. Tras la crisis de la teoría del bien jurídico, en la concepción del neokantismo, como valor espiritual-cultural, que priva al concepto de bien jurídico de cualquier



ocuparse por la protección de bienes jurídicos supraindividuales, como el medioambiente, los derechos de los consumidores o la organización democrática del Estado<sup>9</sup>. Así, a pesar de las posiciones contrarias a la protección del medioambiente como bien jurídico autónomo, en el CP se ha dedicado un capítulo a la tipificación de conductas que dañan el medioambiente<sup>10</sup>.

Los bienes jurídicos supraindividuales pueden definirse como aquellos que no pertenecen a una persona determinada, es decir, que la titularidad del bien no puede atribuirse de forma exclusiva a ninguna persona. Como se ha señalado en líneas anteriores, la opción elegida por el legislador ha sido la protección autónoma del bien jurídico medioambiente, a pesar de que cierto sector doctrinal entendía más conveniente la protección del medio natural a través de bienes jurídicos individuales. Siguiendo esta línea doctrinal, en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 se propuso la tipificación de algunas acciones contrarias al medioambiente en el capítulo dedicado a los delitos contra la salud pública<sup>11</sup>. No obstante, la regulación de estos delitos en el capítulo dedicado a la salud pública no habría salvado los problemas que se plantean en relación con los bienes jurídicos supraindividuales, pues piense el lector que la salud pública también se configura como un bien jurídico supraindividual que, por lo tanto, carece de titular individual que pueda ejercitar la acusación particular.

Parece que la doctrina penal mayoritaria ha descartado la defensa de una tesis puramente antropocéntrica del medioambiente, pues «conduce a negar algo tan obvio como es el reconocimiento del valor fundamental del medio ambiente en la sociedad contemporánea»<sup>12</sup>. Por lo tanto, es necesario analizar a continuación qué consecuencias tiene la naturaleza supraindividual del bien jurídico medioambiente en el proceso penal.

---

finalidad limitadora, en los años sesenta en Alemania, resurge cuando se propugna el cambio de orientación del sistema jurídico-penal, como un sistema orientado hacia las consecuencias, por los autores del Proyecto alternativo de Código Penal, Parte General».

- 9 Si la delimitación del bien jurídico penal ha sido objeto de teorías enfrentadas, la aparición de los bienes jurídicos supraindividuales ha supuesto mayores discrepancias. Una de las críticas que se ha hecho a la tipificación de delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales ha sido «el adelantamiento de la barrera de protección penal». CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...*, *op. cit.*, p. 183.
- 10 ALCÁCER GUIRAO, postula una tesis que se ha definido por el profesor JORGE BARREIRO como ecléctica, pues entiende que el medioambiente se protegerá como bien jurídico cuando exista un riesgo para los intereses personales. ALCÁCER GUIRAO define el bien jurídico medioambiente como intermedio y rechaza la posibilidad de que la salvaguarda del medioambiente para el disfrute de generaciones futuras pueda ser objeto de protección penal. Cit. En JORGE BARREIRO, A., *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2005, pp. 61-62.
- 11 La misma tesis fue asumida por el Proyecto Alternativo Alemán en el año 1971. Véase, JORGE BARREIRO, A., *Estudios sobre la protección...*, *op. cit.*, p. 40 y 47.
- 12 *Ibidem*, p. 40.

### 3. La persona perjudicada por los delitos contra el medioambiente

Antes de analizar las consecuencias de la naturaleza supraindividual del medioambiente en el proceso penal, debe hacerse una breve referencia a la acción penal que, siguiendo al profesor GÓMEZ ORBANEJA, puede definirse «como el ejercicio del derecho de penar por quien lo tiene. Siendo el derecho de penar exclusivamente del Estado, pretendería éste su actuación por medio de un representante: bien un órgano público especialmente adscrito a esa función (el MF), bien un particular determinado (en los delitos que no pueden perseguirse —ni penarse— sino a instancia de parte agraviada)»<sup>13</sup>. Así, se define la acción penal como «la facultad de iniciativa procesal» para que el órgano jurisdiccional compruebe la existencia de un hecho y, en su caso, dicte sentencia con la declaración del delito cometido, la autoría de este y la pena que deberá cumplir<sup>14</sup>.

Como es sabido, en el proceso penal español la acción penal puede ejercitarse por el Ministerio Fiscal, por la persona ofendida por el hecho delictivo y, además, por la persona no ofendida por el delito a través de la figura de la acusación popular. Debe recordarse que el ofendido por el delito es la persona titular del bien jurídico lesionado, mientras que el perjudicado es quien sufre las consecuencias causadas por el hecho delictivo en su propia persona y/o bienes<sup>15</sup>. En consecuencia, la persona ofendida por el hecho delictivo podrá ejercitar la acción particular y la persona perjudicada tiene la opción de ejercitar la acción popular<sup>16</sup>.

La distinción entre persona ofendida y perjudicada por el hecho delictivo no ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia, aunque parece que en los últimos años las audiencias provinciales han comenzado a preocuparse por distinguir estos conceptos. Por ejemplo, en la Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (en adelante TS), de 17 de diciembre de 2007, ambos

13 GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V.: *Derecho procesal...*, op. cit., p. 69. Así, la acción penal es «el medio para hacer valer la exigencia punitiva».

14 *Ibidem*. Véase también: PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, pp. 267-268, «el citado interés público quedará satisfecho tanto con la imposición de una condena al culpable (y su ejecución) como con la absolución del inocente, pues tiene por objeto no la explícita búsqueda de una sanción, sino la garantía de la paz social a través del exclusivo recurso al proceso que, al repeler la venganza privada y posibilitar la actuación no discriminatoria de la ley, integra uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, posibilitador máximo de la libertad individual».

15 PÉREZ GIL, J., *La acusación...*, op. cit., p. 348.

16 En palabras del profesor Pérez Gil, «parece claro, no obstante, que el ofendido o perjudicado no es un sujeto cualquiera, y que afirmar que tiene un simple interés por la legalidad en su actuación procesal sería negar lo evidente». *Ibidem*, p. 343.

términos se utilizan de forma indistinta<sup>17</sup>. Resulta cuando menos curioso que durante los últimos años las audiencias provinciales hayan comenzado a definir correctamente los términos ofendido y perjudicado, pero continúen alcanzando conclusiones erróneas en las resoluciones dictadas. Por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de León (secc. 3.<sup>a</sup>), de 26 de abril de 2021, se define a la persona ofendida como «el titular del bien jurídico protegido y por ello al que sufre directamente el mal causado por aquel en el mismo», mientras que a la persona perjudicada la define como «el que sufre alguna consecuencia dañosa del hecho delictivo, económicamente evaluable, patrimonial o moral, ostentando por ello el derecho a ser resarcido en vía civil»<sup>18</sup>.

Sin embargo, una vez fijadas las definiciones de estos términos, en el citado auto de la Audiencia Provincial de León se concluye que los perjudicados por un delito contra el medioambiente podrán interponer la acción particular, dado que han puesto de manifiesto la existencia de un interés directo y, además, han sufrido «directamente» los daños debido a la proximidad de su vivienda con la zona afectada por la actividad de la explotación ganadera de ovino<sup>19</sup>.

No obstante, no existe unanimidad en las distintas Audiencias Provinciales, pues la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valladolid, en su Auto de fecha 22 de julio de 2011, se pronunció en sentido contrario y desestimó el recurso interpuesto por la representación procesal de Áridos Antolín S.A, resolviendo que esta sociedad no podía personarse como acusación particular, porque esta acción sólo puede ejercitarse por las personas ofendidas por el hecho delictivo, de modo que sólo podía personarse, en su caso, como acusación popular<sup>20</sup>.

---

17 Fragmentos de la sentencia que confunden ambos términos: «Sin perjuicio de ello, la distinción entre la acción (privada) del perjudicado y la acción (popular) de todo ciudadano es reconocida en la doctrina procesal española y europea». «Estando satisfecho el interés social y el interés individual del perjudicado por el delito, está también justificado que se adopten medidas de celeridad que, en modo alguno desprotegen el interés social confiado al Ministerio Fiscal ni el interés particular defendido por el perjudicado» (énfasis añadido).

18 Véase, el Auto de la Audiencia Provincial de León (secc. 3.<sup>a</sup>) de 26 de abril de 2021

19 Esta misma conclusión se alcanza en otras resoluciones. A modo de ejemplo pueden citarse los siguientes autos: AAP de Soria (secc. 1.<sup>a</sup>), de 25 de enero; AAP de Orense (secc. 2.<sup>a</sup>), de 14 de octubre de 2021.

En sentido contrario, véase: AAP de Granada, de 18 de febrero de 2009; AAP de Almería (Secc. 2.<sup>a</sup>), de 21 de septiembre de 2021.

20 «[...] como ha reiterado el Tribunal Supremo, "los conceptos ofendido y perjudicado no son sinónimos, reservando el primero al titular del bien jurídico protegido por la tipificación penal de una conducta, o a lo sumo, y siempre excepcionalmente, a aquellos que hayan sido objeto de ella», y d.- que el ejercicio de la acusación particular está reservado a los ofendidos por el delito». Véase, Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 22 de julio de 2011.

Debido a la ausencia de pronunciamiento claro por el TS, debemos acudir a la denominada doctrina Atutxa<sup>21</sup>, pues —a pesar de los errores conceptuales que presenta— el sentido final de esta doctrina establece claramente la diferencia entre la figura de ofendido y perjudicado. Recuerde el lector que esta doctrina faculta al juez de instrucción a dictar auto de apertura del juicio oral atendido a la petición de la acusación popular, aunque el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento. Esta conclusión se debe a que en los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales resulta imposible que se ejercite la acción particular, pues en este tipo de delitos no existe persona ofendida por el hecho delictivo<sup>22</sup>. En mi opinión, parece clara la postura adoptada por el TS, pues matiza su jurisprudencia sentada en la STS 1045/2007, de 17 de noviembre (caso Botín), atendiendo a la naturaleza supraindividual del bien jurídico y a la inexistencia de acusación particular en los procesos seguidos por este tipo de delitos.

En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante APLE-Crim 2020) se distingue entre personas perjudicadas por el hecho delictivo directa o indirectamente. Así, en el artículo 99 APLECrim 2020 se considera como víctima a las personas ofendidas y perjudicadas directamente por el hecho delictivo. Sin embargo, la persona perjudicada de forma indirecta no será víctima del delito y se define como aquella persona que deberá asumir «el coste del daño causado por el delito en virtud de una obligación legal o contractual». En el siguiente epígrafe se analizará cómo podrían afectar estas definiciones al ejercicio de la acción particular y popular.

## 4. La ineficacia de la acusación popular para la defensa del medioambiente

El artículo 125 de la CE establece que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular». El profesor GIMENO SENDRA define la acción popular como «un derecho constitucional, cívico y activo, perteneciente a la esfera del «status activae civitatis», según la clásica sistematización de los derechos subjetivos, conforme al cual se le concede al ciudadano no ofendido por el delito el ejercicio de la función pública de la acusación a fin de obtener la reintegración del ordenamiento jurídico perturbado por la comisión del delito»<sup>23</sup>.

---

21 STS 54/2008, de 8 de abril (caso Atutxa)

22 La naturaleza supraindividual de los delitos contra la Hacienda Pública. Véase un breve resumen de los casos Botín, Atutxa e Ibarretxe en GONZÁLEZ NAVARRO, A., «La retirada de la acusación y la posible desaparición de la acusación popular: un binomio fatal en las causas por corrupción y delincuencia económica», en *Derecho y proceso, Liber Amicorum* del profesor Francisco Ramos Méndez, vol. II, pp. 1181-1183.

23 GIMENO SENDRA, V., «Qué hacer con la acción penal popular», en *El Cronista el Estado social y democrático de Derecho*, junio 2020, p. 60.

A pesar de que, como ha defendido el profesor PÉREZ GIL, el ámbito de aplicación «*stricto sensu* es —y sólo puede ser—, pues, el de la defensa del genérico y único interés público (la afirmación de la concurrencia de los presupuestos para el enjuiciamiento de un sujeto por unos hechos)»<sup>24</sup>, el pre-legislador en el APLECrim 2020 ha propuesto la acusación popular como la institución idónea para la defensa de intereses difusos<sup>25</sup>. Esta propuesta de regulación parece contraria al fin de la acción popular, es decir, la exigencia de un vínculo entre la persona que la ejercita y el interés público que se pretende defender desvirtúa la finalidad de la acusación popular, pues el único requisito debe ser la existencia de un interés en la defensa del ordenamiento jurídico o de la paz social.

Aunque, de lege data, podría concluirse que la acusación popular constituye en la actualidad, la mejor opción para la defensa de estos bienes jurídicos, lo cierto es que el uso de las instituciones clásicas del proceso penal —acusación popular y particular— no parece la solución óptima para solventar los problemas que ha planteado la protección de estos bienes supraindividuales. Recuérdese que la personación como acusación popular de la persona física o jurídica no ofendida por el hecho delictivo tiene como consecuencia la sujeción a los siguientes requisitos: en primer lugar, la acción se ejercitará por medio de querrela; y, en segundo lugar, será obligatoria la prestación de fianza. Además, el ejercicio de la acción popular supondrá que estas personas no tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita, así como tampoco podrá exigir las costas devengadas con ocasión de su actuación.

La adaptación de la acusación popular para la defensa de bienes jurídicos supraindividuales está suponiendo que se pierda la esencia y finalidad última de esta institución. Por ejemplo, como ya apunto el profesor GÓMEZ ORBANEJA «es inconcebible que se pueda abrir el juicio oral con la sola petición del acusador popular, en contra del criterio del Ministerio Fiscal, que es el representante de los intereses de la sociedad [...] apareciendo entonces el acusador popular como una suerte de vengador justiciero»<sup>26</sup>. Por este motivo, para evitar que la acusación popular y particular se difuminen en las siguientes líneas se expondrá brevemente una propuesta de legitimación supraindividual para el ejercicio de la acción penal.

---

24 PÉREZ GIL, J., *La acusación...*, *op. cit.*, p. 637.

25 Véase, el apartado XXIV de la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 «»

26 Cit. en MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 112.

## 5. La propuesta de regulación de una legitimación supraindividual

Como paso previo al breve esbozo de esta legitimación supraindividual, debe llamarse la atención sobre la regulación propuesta en el APLECrím 2020, pues parece que, en un intento de adaptar el proceso penal a los bienes jurídicos colectivos, se deja sin legitimación a la persona perjudicada *directamente* por el hecho delictivo. En el artículo 100 del APLECrím 2020 se dispone que no tendrá la consideración de víctima —y, por lo tanto, no podrá ejercitar la acción particular— la persona perjudicada por un delito contra bienes jurídicos supraindividuales<sup>27</sup>. Asimismo, en el artículo 120 del APLECrím 2020 se establece que podrán ejercitar la acción popular «los ciudadanos españoles que no sean ofendidos o perjudicados por el delito», por lo que tampoco el perjudicado *directo* por el delito podrá personarse como acusación popular. Parece que esta regulación se debe a un error del prelegislador, el cual, con la intención de proteger los bienes jurídicos supraindividuales ha dejado sin legitimación para el ejercicio de la acción penal a las personas perjudicadas.

Pues bien, el estudio realizado en este trabajo pone de manifiesto la ausencia de una acción que dé respuesta a la necesidad de proteger un bien jurídico de naturaleza supraindividual, de modo que no deba cambiarse la legitimación de las acciones popular y particular. Así, a pesar de que la jurisprudencia ha pretendido solventar los problemas que plantea la defensa de los bienes jurídicos supraindividuales no sólo a través de la acusación popular, sino también, como se ha visto, por medio de la acusación particular, continuamente se observa que la adaptación de estas acciones no es suficiente para la adecuada protección de estos bienes jurídicos. Esto ha supuesto la difuminación de los contornos de la legitimación para el ejercicio de la acción popular y particular y, además, la imposición de una serie de requisitos a los perjudicados que se personan como acusación popular que, desde mi punto de vista, obstaculizan su personación en el proceso penal<sup>28</sup>.

Por lo tanto, parece necesaria la propuesta de regulación de una nueva legitimación que permita la personación de las personas perjudicadas por el hecho delictivo y las asociaciones que defiendan este tipo de intereses. Algunos autores, como el profesor PÉREZ GIL, han propuesto la regulación de una legitimación colectiva para la que sería necesario acreditar un «interés específico» en la defensa del bien jurídico<sup>29</sup>. Así, cuando una persona perjudi-

---

27 En el anteproyecto se hace referencia a intereses jurídicos públicos o colectivos.

28 GIMENO SENDRA, V., «Qué hacer con la...», *op. cit.*, p. 64.

29 PÉREZ GIL, J., *La acusación...*, *op. cit.*, pp. 637 y 638. «La legitimación colectiva en el proceso penal adquiere una dimensión intrínsecamente diversa a lo expuesto, en la medida en que habrán de ponderarse los lazos que unen a sujeto y objeto procesal. Si en la acusación popular no será necesario esgrimir interés específico alguno para poder acusar, en la

cada por el hecho delictivo o una asociación en defensa de intereses supraindividuales interponga esta acción supraindividual no tendrá la obligación de prestar fianza, pues su regulación deberá ser similar al ejercicio de la acción particular por el ofendido.

Finalmente, el ejercicio de esta acción supraindividual debe permitir la petición de asistencia jurídica gratuita, pues la interposición de esta acción penal tendrá como objeto la protección de bienes jurídicos supraindividuales y no debe olvidarse que la lesión de estos bienes jurídicos afecta a toda la sociedad. Debe recordarse que el profesor GIMENO SENDRA propuso en el año 2010 que cuando la acusación popular se ejercitara en defensa de intereses supraindividuales no sería obligatoria la prestación de fianza y, además, se generaría un derecho de crédito a favor de la asociación que interpusiera la acción. Pues bien, siguiendo esta idea, en este trabajo se propone la configuración de una legitimación supraindividual que permita el ejercicio de la acción penal por las personas perjudicadas que puedan acreditar un interés legítimo, así como las asociaciones que tengan en su objeto social la protección del interés supraindividual dañado, sin someterse a la prestación de fianza y con derecho a la solicitud de asistencia jurídica gratuita.

## 6. Conclusiones

La propuesta de legitimación supraindividual aquí defendida pretende, en primer lugar, poner de manifiesto que la acción popular y particular no son las instituciones más adecuadas para la defensa de los intereses supraindividuales. La acción popular, como se ha visto, presenta unas restricciones que dificultan su ejercicio por las personas perjudicadas o asociaciones que pretendan la protección de los bienes jurídicos supraindividuales. Por su parte, el ejercicio de la acción particular no puede considerarse una opción, dado que ésta solo puede interponerse por las personas ofendidas por el hecho delictivo.

Por lo tanto, la acción supraindividual debería regularse como una institución *a medio camino* entre la acusación popular y particular, de modo que no se desnaturalice la legitimación para el ejercicio de la acción particular y, al mismo tiempo, las personas perjudicadas o las asociaciones no tengan la obligación de someterse a las restricciones de la acción popular. Parece que con la regulación de una legitimación *ad hoc* se lograría una mejor defensa del medioambiente —así como el resto de los bienes jurídicos supraindividuales— sin alterar conceptos clásicos del proceso penal como los de ofendido y perjudicado por el delito, pudiendo acabarse así con los pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales.

---

habilitación para la defensa colectiva de intereses de carácter material y titularidad generalizada, cuyo fundamento se encontraría en el 7.3 LOPJ, sí deberá haber una correlación entre el ámbito de organización de que se trate y el bien jurídico que se afirme lesionado».

## 7. Bibliografía

- BUJOSA VADELL, L. M.**, «Notas sobre la protección penal de intereses supra-individuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular», en *Justicia*, n.º I, 1990.
- BUSTOS RAMÍRES, J.**, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 1986.
- CORCOY BIDASOLO, M.**, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Tirant monografías, Valencia, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D.**, *El Delito ecológico y la salud pública*, 1994
- GONZÁLEZ NAVARRO, A.**, «La retirada de la acusación y la posible desaparición de la acusación popular: un binomio fatal en las causas por corrupción y delincuencia económica», en *Derecho y proceso*, Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez, vol. II, Atelier, Barcelona, 2018.
- GIMENO SENDRA, V.**: Qué hacer con la acción penal popular, en *El Cronista* n.º 14, julio, 2010.
- GIMENO SENDRA, V.; GARBERÍ LLOBREGAT, J.**, «La protección procesal del medio ambiente», en *I Congreso Internacional del Derecho Ambiental*, Sevilla, 1995.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V.**: *Derecho procesal penal*, Madrid, 7.ª edición, 1972.
- KIERSZENBAUM, M.**, «El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual», en *Lecciones y ensayos*, n.º 86, 2009.
- MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.**, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- SERRANO TÁRRAGA, M. D.; SERRANO MAÍLLO, A. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.:** *Tutela penal ambiental*, Dykinson, 3.ª edición, 2017.
- PÉREZ GIL, J.**, *La acusación popular*, Editorial Comares, Granada, 1998.
- URRAZA ABAD, J.**, «Delitos contra los recursos naturales y del medio ambiente», La Ley, 2001.



## CAPÍTULO VIII

---

# **LA ACCIÓN POPULAR, UN INSTRUMENTO PROCESAL RELEVANTE EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA; TOMANDO COMO PUNTO DE PARTIDA, PARA LA ELIMINACIÓN DE SUS CARGAS ECONÓMICOS, LA LEY 19/2002, DE 30 DE SEPTIEMBRE, PARA EL RECONOCIMIENTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LA LAGUNA DEL MAR MENOR Y SU CUENCA**

Isabel Micó Forte. Universidad Miguel Hernández,

*Graduada en Derecho*

*isabelmforte@hotmail.com*

**RESUMEN:** El 30 de septiembre fue publicada la Ley 19/2022, para reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, ello como consecuencia directa de la tramitación en el Congreso de los Diputados de la ILP «El reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca». Su entrada en vigor supone que este ecosistema marino ha modificado su estatus, pasando de ser un objeto a ser considerado un sujeto. Esta nueva figura jurídica supone la irrupción en nuestro derecho positivo de los denominados «derechos de la naturaleza». Esta denominación conceden estatus de persona a especies no humanas y que forman parte de un nuevo paradigma en cuanto a jerarquía sujeto/objeto que hasta ahora existe en la relación de las personas con el mundo natural del que forman parte, para que esta pueda convertirse en una relación sujeto/sujeto.

La atribución de derechos al Mar Menor traerá consigo un nuevo actor en el escenario del Derecho procesal español, que por su naturaleza deberá de participar en el proceso judicial a través de representante, necesitando para ello del concurso de la Acción Popular. Ante esta importante novedad jurídica, y en virtud de las debidas garantías procesales, entre las cuales está la igualdad de partes, quedará legalmente reconocido el derecho de justicia gratuita así como la exoneración de los requisitos económicos que lastran el ejercicio de la acción popular, para quienes actúen judicialmente en nombre de este nuevo sujeto de derecho.

**ABSTRACT:** On 30 September, Law 19/2022 was published, for the recognition of the legal personality of the Mar Menor lagoon and its basin, as a direct consequence of the processing in the Congress of Deputies of the LLP «The recognition of the legal personality of the Mar Menor lagoon and its basin». Its entry into force means that this marine ecosystem has changed its status from being an object to being considered a subject. This new legal figure represents the irruption in our positive law of the so-called «rights of nature», which are those that grant the status of person to non-human species and which form part of a new paradigm in terms of the subject/object hierarchy that has hitherto existed in the relationship between people and the natural world of which they form part, so that this can be converted into a subject/subject relationship.

The attribution of rights to the Mar Menor will bring with it a new actor on the stage of Spanish procedural law which, by its nature, will have to participate in the judicial process through a representative, requiring the participation of the Popular Action. In view of this important legal novelty, and by virtue of the due process guarantees, including the equality of parties, the right to legal aid will be legally recognised, as well as the exemption from the economic requirements that hinder the exercise of the popular action, for those who act judicially on behalf of this new subject of law.

**PALABRAS CLAVES:** Medio ambiente. Derechos de la naturaleza. Acción Popular. Derecho ecológico. Justicia Gratuita.

**KEYWORDS:** Environment. Rights of nature. Popular action. Ecological law. Free Justice.

## 1. Derechos de la Naturaleza

### 1.1. Introducción

En la conferencia inaugural del VII Processulus para jóvenes investigadores, que alumbró esta publicación, J. M. Asencio Mellado en el transcurso de esta y, entre otras muchas reflexiones y enseñanzas, nos transmitió la idea de que «los universitarios e investigadores deben de ser absolutamente libres para expresar ideas y para investigar», siendo desde esta premisa desde la cual se ha construido este trabajo de investigación.

## 1.2. Breve referencia al origen de los derechos de la naturaleza

La primera vez que un jurista reflexiona y escribe sobre la necesidad de otorgar personalidad jurídica a un elemento natural, y que por tanto acuña la denominación de «derechos de la naturaleza», se sitúa en 1.972, pues será en ese año cuando el jurista Christopher D. Stone escribió un ensayo titulado *Should trees have standing? Toward Legal Rights for Natural Objects* (los árboles tener legitimación? Hacia los derechos legales de los objetos naturales). En este texto Stone plantea esta revolucionaria idea en un momento histórico en el cual el hombre ni tan siquiera consideraba la posibilidad de la finitud de los recursos naturales.

El autor establece en su tratado tres criterios que debería de cumplir el titular de estos derechos: (I) que el ente pueda interponer acciones legales en nombre propio; (II) cuando se reconoce su derecho a compensación judicial, el tribunal debe tener en cuenta el daño que se le causa al ente mismo; y (III) la compensación debe de ir en beneficio del ente mismo<sup>1</sup>, pero el camino hacia el reconocimiento jurídico de los derechos de la naturaleza se iniciará con la Carta de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982<sup>2</sup>.

Será a partir de los años noventa del pasado siglo cuando la doctrina jurídica comienza a tener en consideración la denominada *Earth Jurisprudence* o «Jurisprudencia de la tierra», cuyo objetivo es el de poder construir herramientas para ayudar a crear un sistema de justicia de la Tierra (como planeta), reconociendo los derechos de todas sus especies a existir<sup>3</sup> desde la visión de igualdad, armonía y autosuficiencia.

Esta inquietud en cuanto a la necesidad de construir conductas sociales que puedan avanzar hacia un modelo de transición ecológica respetuosas y equitativa entre el hombre y la naturaleza, derivó a principios del S. XXI en que el reconocimiento de los derechos, como fundamento último de las democracias, abarcar también a seres NO humanos<sup>4</sup>, siendo esta nueva perspectiva jurídica la que configura la configuración de los derechos de la naturaleza.

En la actualidad, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza es un mandato internacional, ello se depende de Diálogo Interactivo de la Asamblea General de la ONU que se lleva a cabo en abril de 2011 y que supuso la

1 BEDÓN GRAZÓN, R., y SÚAREZ, S., «Derechos de la naturaleza en Ecuador y otras tendencias a nivel internacional». Cálamo, *Revista de estudios jurídicos*. Ecuador julio, 2019. p. 6

2 VICENTE GÍMENEZ T., «De la justicia climática a la justicia ecológica: Los derechos de la naturaleza», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XI n.º 2. 2020. p. 11

3 MARTINEZ DALMAU, R., «Derechos de la Naturaleza, Teoría, política y práctica». Pireo editorial. 2019. p. 13

4 MARTINEZ DALMAU, R «Derechos de la Naturaleza, Teoría, política y práctica». *Op. cit.*, p. 9.

puesta en acción del programa *Harmony with Nature* en el cual se impulsan nuevas herramientas y concepto jurídicos como Jurisprudencia de la Tierra, Justicia ecológica y derechos de la naturaleza<sup>5</sup>.

Esta innovación legislativa nos sitúa ante un nuevo paradigma en el derecho ecológico que aboga por otorgar derechos a la naturaleza, para con ello poder contribuir en la construcción de otras formas de pensar y actuar en la relación del ser humano con el sistema natural en el cual puede desarrollar su vida. Esto ha sido, sin lugar a duda, un avance legislativo de enormes dimensiones y de gran calado, consecuencia directa de una fuerte lucha social, que desde lo local y desde lo concreto, el Mar Menor, ha puesto de manifiesto que la lucha contra la devastación de los entornos naturales precisa de herramientas legales que permitan llevar a cabo, con celeridad y sin ambages, el necesario impulso judicial que la emergencia climática reclama sin demora.

La profesora e impulsora de la ILP Mar Menor, Teresa Vicente Giménez, en el transcurso de su intervención en el Panel Internacional sobre los derechos de la naturaleza en los 6 continentes, mares y océanos. ILP Mar Menor, reflexiona acertadamente sobre una nueva realidad medioambiental que necesita de ser atendida sin demora, y nos invita a pensar en otro modelo de derecho, pues no podemos continuar con un modelo que claramente ha fracasado en su intento por preservar y proteger a la naturaleza.

### **1.3. Los derechos de la naturaleza en el derecho positivo vigente**

Esta nueva idea de Justicia tiene su germen en la perspectiva ecológica denominada Biocentrismo, ello en atención a su énfasis para valorar todas las formas de vida, tanto humanas como no-humanas. Así la postura Biocéntrica de los derechos que son propios de la naturaleza no invalida, sino que acompaña y refuerza, la perspectiva antropocéntrica clásica de los derechos humanos que se extiende sobre el ambiente<sup>6</sup>. Esto no lleva hacia la construcción de un nuevo paradigma que se enfoca en la relación que mantienen algunos pueblos indígenas con su medio, la cual tiene como característica la consideración de una planta, un animal, el agua o la tierra como otro ser humano y por tanto señala como personas a cualquiera de estos seres<sup>7</sup> con los cuales deben convivir.

---

5 VICENTE GIMENEZ, T., «La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea», Ed. Pireo, 2022, p. 259

6 La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica (scielo.org.co) (ultima revisión 13/11/2022)

7 STONI, C. y QUIZHPE, F., «Derechos de la Naturaleza, Teoría, política y práctica», Ed. Pireo, 2022, p. 45.

El hecho de que un sistema natural sea considerado como un sujeto con derechos, en contraposición con su consideración actual como objeto, entronca directamente con la filosofía doctrinal que ha inspirado los denominados «derechos de la naturaleza». Este nuevo paradigma teórico-jurídico parte de un enfoque ético más acorde con la realidad climática que tenemos, y este mira hacia el Biocentrismo ecológico como parte de una nueva teoría del derecho que se contrapone a la visión antropocéntrica actual<sup>8</sup>.

El tránsito entre la teoría jurídica y la positivación del derecho verá culminado su recorrido con la promulgación de la constitución de Ecuador en 2008. Este texto legal, que en su capítulo séptimo reconoce explícitamente derechos para la naturaleza, considerando esta como un ente global al cual le otorga subjetivación. Este nuevo modelo de derechos se materializa y son desarrollados en sus arts. 71 y 72, los cuales establecen, respectivamente, que la naturaleza, como sistema compuesto por diferentes elementos, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia, así como a su restauración<sup>9</sup>. Este reconocimiento constitucional «buscaría incorporar garantías para hacer efectivas las políticas de protección ambiental y contra el cambio climático<sup>10</sup>», y a partir de 2008 esta nueva consideración subjetiva de la naturaleza se ha venido extendiendo paulatinamente a lo largo del planeta.

Así, Bolivia en 2009 los incorporó en su constitución, Nueva Zelanda promulgo leyes en los años 2014 y 2017 que reconocen derechos propios asimilados a las personas jurídicas sobre dos de sus entornos naturales, y Colombia ha asentado jurisprudencia constitucional al respecto, pues su Corte Constitucional en 2016 reconoció al Río Atrato como sujeto de derechos<sup>11</sup>.

En cuanto a su dimensión internacional, el marco ecológico-normativo de medidas de protección de la naturaleza<sup>12</sup> está sujeto al Acuerdo de París de 2015 y la Agenda de Desarrollo sostenible 2030 de las Naciones Unidas<sup>13</sup>. Ambos documentos impulsan, recomiendan y alertan sobre la necesidad de una «Acción Climática» inmediata orientada hacia un nuevo modelo de Justicia Climática, creando obligaciones para los gobiernos y entidades privadas, respecto de los nuevos derechos para la naturaleza.

8 Leyton F. El antropocentrismo ético considera moralmente relevante sólo al ser humano, a la vez que a los animales y el resto de la naturaleza como portadores de un valor utilitario. Por el contrario, la ética biocéntrica pretende considerar moralmente relevantes, portadores de valor intrínseco por motivo de su sola existencia, a toda la naturaleza y sus seres vivos. *Revista de Bioética y Derecho* — UB (última revisión 14/11/2022)

9 VICIANO PASTOR, R., «Derechos de la Naturaleza, Teoría, política y práctica», Ed. Pireo, 2022 p. 57

10 MARTINEZ DALMAU, R. «Derechos de la Naturaleza, Teoría, política y práctica». *Op. cit.*, p. 24

11 BEDÓN GRAZÓN R. y SÚAREZ S. «Derechos de la naturaleza en Ecuador y otras tendencias a nivel internacional» *Op. cit.* pag., 16

12 ACUERDO de PARÍS: En Qué Consiste, Países y Objetivos (ecologiaverde.com)

13 La Agenda para el Desarrollo Sostenible — Desarrollo Sostenible (un.org)

Esta innovadora tendencia normativa, así como las consecuencias jurídicas que lleva aparejadas para quienes actúan con total impunidad contra un elemento natural incapaz de defenderse, supone la respuesta a una necesaria e inaplazable reacción político/jurídica frente a las constantes agresiones que los seres humanos ejercemos sobre la naturaleza.

Es por ello que estamos ante «una nueva responsabilidad humana: la exigencia de respetar los derechos la Naturaleza»<sup>14</sup>, pero esta inaplazable obligación de ser humano en general precisa de una implicación que es tanto política como jurídica, pues son estos poderes los que deben de impulsar y consolidar, respectivamente, normas legales que miren hacia los derechos de la naturaleza y que además garanticen la aplicación de las misma así como las debidas consecuencias jurídicas ante su incumplimiento.

Hemos de tener presente que el maltrato continuado a los ecosistemas naturales supone en muchos casos la desaparición de los mismos, y en otros casos, lleva a una situación de afectación máxima con unas consecuencias devastadoras<sup>15</sup>. La emergencia climática en la que se encuentra nuestro planeta es innegable, y viene sobradamente constada por la ciencia<sup>16</sup>, y sus consecuencias inmediatas son tan evidentes, que su protección y recuperación se ha convertido en una obligación urgente e inmediata.

En España, tras la aprobación de la ley 19/2022 de 30 de septiembre para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca<sup>17</sup>, se abre un nuevo espacio legislativo y judicial que mira directamente a la protección medioambiental a través de la consideración de un espacio natural como un sujeto de con personalidad jurídica, y por tanto dotado con derechos propios.

## **2. Mar Menor como sujeto con personalidad jurídica propia**

Nuestro país no es ajeno a la depredación del hombre sobre la naturaleza, y el claro ejemplo de las consecuencias ecológicas que tienen las acciones descontroladas de sectores agrícolas, turísticos y empresariales<sup>18</sup> sobre ella

---

14 El Laboratorio conversa con Teresa Vicente — El Laboratorio (redfilosofia.es) (última consulta 02/09/2022)

15 Río Vilcabamba | Derechos de la Naturaleza (última consulta 02/09/2022)

16 Informes | Naciones Unidas (última consulta 02/09/2022)

17 Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. (boe.es)

18 El TSJ obliga a la Comunidad a sancionar a ocho firmas por sus vertidos al Mar Menor | La Verdad (última consulta 02/09/2022)

es la situación actual del Mar Menor, definida esta como «crítica», respecto de la situación natural y biológica que la configura como tal<sup>19</sup>.

El Mar Menor es una laguna salada única en Europa que además cuenta con protecciones normativas internacionales e internacionales<sup>20</sup>, pero estas defensas normativas no han impedido, y ni tan siquiera ha mitigado su deterioro, en palabras de Teresa Vicente Giménez; el derecho ambiental no ha sido eficaz en cuanto a conseguir los fines para su conservación<sup>21</sup>.

La degradación actual que presenta este ecosistema es una realidad que pone de manifiesto la necesidad contribuir de un modo más eficaz y directo, «ante la ineficacia demostrada del derecho medioambiental»<sup>22</sup>, al impulso normativo y judicial necesario para que la debida protección ambiental, ante la grave crisis climática que nos afecta, pueda empezar a producir los efectos debidos.

En estos momentos la Iniciativa Legislativa Popular (ILP), «El reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca», se ha convertido en la Ley 19/2002, de 30 de septiembre, y sus efectos entraron en vigor el mismo día de su publicación. A partir de ese momento nuestro país formar parte de un reducido grupo de países que a nivel mundial tienen reconocidos derechos propios para algunos de sus espacios o ecosistemas naturales<sup>23</sup>.

Es importante reseñar que esta proposición de ley ha sido recogida en el décimo informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Armonía con la naturaleza y el veintidós de abril del presente se presentó como ponencia en la Asamblea General de la ONU en Nueva York<sup>24</sup>. Ello va a suponer una importante contribución de esta ley a nuestro ordenamiento

19 Gobierno y ecologistas temen que el Mar Menor sufra otra crisis este verano: «La situación es crítica» (eldiario.es) (última consulta 02/09/2022)

20 Internacionales; Reconocimiento RAMSAR y ZEPIM. Europeas; Red Natura 2000, Zona ZEPY ZEC y nacionales; Parque Regional de las Salinas de San Pedro y Paisaje Protegido Espacios abiertos e islas del Mar Menor y Área de Protección de la Fauna Silvestre.

21 VICENTE GIMENEZ, T., «La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea», *Op. cit.* p. 265

22 VICENTE GIMENEZ, M.<sup>a</sup> TERESA. Defensa en el congreso de los Diputados de la ILP «El reconocimiento de personalidad jurídica a la Laguna del Mar Menor y su cuenca». *Facebook Watch*

23 Son algunos ejemplos el río Atrato (en Colombia), por vía del Tribunal Constitucional; el del río Whanganui (en Nueva Zelanda), vía parlamentaria o el del lago Erie (entre Estados Unidos y Canadá), que surgió con un referéndum apoyado por el municipio de Toledo. En Nueva Zelanda, una ley dio la razón al pueblo Whanganui, en los derechos del río homónimo.

24 VICENTE GIMÉNEZ, T. «La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza; sinergias de la cooperación mediterránea». *Op. cit.* , p. 263.

jurídico, pues con su aprobación se va a abrir la puerta a la consideración de la naturaleza como un sujeto de derecho, frente a su actual consideración objetiva, y esta incorporación normativa va a situar al Estado Español a la vanguardia de la lucha por los derechos humanos, entre los que se encuentran los medio ambientales. Además, con esta nueva ley, nuestro ordenamiento jurídico cumplirá con el mandato normativo de la Unión Europea y las recomendaciones internacionales de la ONU respecto de las medidas a implementar para la protección medioambiental, pues las leyes ambientales europeas ya imponen obligaciones positivas al prever medidas de protección para el aire, el agua, los hábitats y las especies<sup>25</sup>.

Así pues, el reconocimiento de personalidad jurídica propia a este ecosistema marino va a suponer, que este va a disponer de una serie de derechos propios que podrá invocar frente a las agresiones presentes y las futuras que sobre él se ejerzan.

Debido a las particularidades de este sujeto, que no cuenta con la necesaria capacidad jurídica para actuar en nombre propio, su protección y defensa deberá de ser ejercida mediante la institución jurídica de la representación, estando legitimada para ello cualquier persona física o jurídica<sup>26</sup> lo cual pone en valor el ejercicio de la Acción Popular, como otras de las capacidades que le pueden ser atribuidas, a parte de las ya contempladas en nuestro Ordenamiento Jurídico.

### **3. La importancia de la acción popular para la defensa del ecosistema Mar Menor**

El ejercicio de La Acción Popular es un derecho constitucional ubicado en el artículo 125 de la CE, más concretamente en el Título VI Del Poder Judicial, siendo por tanto un derecho constitucional de configuración legal<sup>27</sup>, lo que viene a suponer que su desarrollo debe ser regulado mediante ley orgánica,

---

25 Directiva 2008/50/EC del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la calidad del aire y un aire más limpio en Europa; Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que establece un marco de actuación en la política de aguas; Directiva del Consejo 92/43/CEE sobre la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestre.

26 Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. (boe.es), Artículo 6. Cualquier persona física o jurídica está legitimada para la defensa del ecosistema del Mar Menor, y puede hacer valer los derechos y las prohibiciones de esta ley y las disposiciones que la desarrollen a través de una acción presentada en el Tribunal correspondiente o Administración Pública

27 GIMENO SENDRA, V., «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos «BOTÍN» Y «ATUXA», *Diario La Ley*, LA LEY DIGITAL, <https://laleydigital-laleynext-es.publicaciones.umh.es>, n.º 6970 sección doctrina, junio, 2008, p. 3.



y como tal ha sido desarrollada en los artículos 19.1 y 20.3 de Ley orgánica del Poder Judicial<sup>28</sup>, así como en los artículos 101 y 270 LECrim<sup>29</sup>.

Calamandrei, sobre esta institución decía que: «la acción popular puede ser catalogada como un lujo de derecho, al ser escuela de ciudadanía y signo inequívoco de democracia»<sup>30</sup>, y ello cobra especial relevancia en estos momentos en los cuales la protección de los elementos naturales se ha convertido en uno de los mayores desafíos del ser humano.

El tenor literal de este sintagma reconoce en la institución de la Acción Popular tres importantes elementos, a saber; el Derecho, como configurador de una sociedad más armónica con la naturaleza, la Ciudadanía, como la voz de quien no la tiene y la Democracia, como espacio político que escucha esa voz y la materializa a través de sus leyes, para con ellos poder hacer frente desde el ámbito jurídico-político a la nueva realidad ambiental y al cambio de paradigma del derecho ecológico, civil y penal al que nos enfrentamos.

Es especialmente interesante, para poner en valor el papel que esta institución jurídica tiene en cuanto a la defensa de los derechos de la naturaleza, el análisis que hace PÉREZ GIL respecto de la facultad que otorga el Art. 125 de la CE al uso de la Acción Popular. Este autor afirma «que esta concesión constitucional sólo puede ir encaminada al logro de un fin de interés general»<sup>31</sup>, y sin duda la protección y defensa de la naturaleza supone actuar en beneficio de todas las personas sin excepción.

Esta conceptualización de la acción popular dirigida al interés general, se enfoca sobre los derechos humanos. Ello entronca directamente con Silvia Bagni, dado que esta jurista Italiana considera que estamos en una fase, respecto de la tragedia colectiva que supone la destrucción de la naturaleza, en la cual el jurista no puede limitarse a glosar textos normativos, sino que debe contribuir con aportes novedosos y propuestas creativas a la formación de un nuevo derecho ecológico, que debe considerarse como bien común de la humanidad<sup>32</sup>.

28 Ley 6/1985 del poder judicial; artículo 19.1; Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley, y artículo 20.3; No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita.

29 RD de 14 de septiembre de 1882, Ley de enjuiciamiento criminal; artículo 101.

30 GIMÉNEZ GARCÍA, J., «Reflexiones sobre la Acción Popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», *Eguzkilore*, España, diciembre de 2019, n.º 23, p. 2.

31 PÉREZ GIL, J., «Tesis doctoral; La acusación popular», *Universidad de Valladolid*. Valladolid 1997, p. 196.

32 BARGNI, SILVIA. R. «Derechos de la Naturaleza, Teoría, política y práctica». Pireo editorial. 2019. Pág. 132

Este escenario nos permite conectar esta novedosa ley con el valor configurador que tiene el derecho, ya que este posee la capacidad de proyección ficticia para convertir en realidad jurídica cosas que no lo son, *per se*, reales, como sucede en el derecho civil con la institución de la representación<sup>33</sup>. Así, al amparo legal de este mandato, hemos de entender que sus efectos pueden ser desplegados sobre los elementos naturales para dotarlos de subjetividad a través de una ficción jurídica, como de hecho ocurre con el reconocimiento de derechos de las personas jurídicas<sup>34</sup>.

Es importante recordar que en la estructura legal de nuestro país contamos con la herramienta procesal de la Acción Popular que permite esos aportes novedosos que se viene reclamando, pues el derecho a ejercer la acusación popular es una peculiaridad de nuestro Ordenamiento Jurídico, y por tanto del proceso penal español, lo cual supone, entre otras consideraciones, que el ministerio fiscal no goza del monopolio de la acción penal<sup>35</sup>.

Ello nos lleva a la consideración de que esta valiosa institución jurídica, con la que cuenta el Derecho procesal español, ha podido inspirar la intención de fondo del art. 6 de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, en el cual se reconoce legitimación a «cualquier persona física o jurídica» para la defensa del Mar Menor y para ello se hace indispensable el concurso de la acción popular.

Pero, llegados a este punto, no debemos obviar el mayor hándicap al que deben de hacer frente quienes solicitan la tutela judicial a través de la acción popular, y que no es otro que el importante y en ocasiones inasumible desembolso económico que lleva consigo la activación de este derecho.

Hemos de decir que según la legislación vigente en España, ex Art. 270.1 de la LECrim<sup>36</sup>, para el ejercicio de la Acción Popular, es preceptiva la interposición de querrela y esta puede ser presentada por cualquier persona sea o no ofendida por el delito, siendo esta última la situación jurídica del acusador popular<sup>37</sup>, entre los que se encuentran las personas que están legitimadas en la nueva ley de protección del Mar Menor.

---

33 VICIANO PASTOR, R. «Derechos de la Naturaleza, Teoría, política y práctica». *Op. cit.*, p. 58

34 MARTINEZ DALMAU, R., «Derechos de la Naturaleza, Teoría, política y práctica». *Op. cit.* p. 2

35 PÉREZ TORTOSA, F., «La defensa de los intereses supraindividuales en el proceso penal», *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, (II Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011/ Coord. por Ana NEIRA PENA; Agustín — J, Pérez-Cruz (dir. Congr. Xulio Ferreiro Baamonde. p. 627-639.

36 Art. 270.1 LECrim: «Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querrellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley».

37 DE URBANO CASTRILLO, E., «La admisión de las querellas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, La admisión de las querellas | Aranzadi Insignis (umh.es), n.º 1, 2014, p. 1.

Ahora bien, este requisito legal establecido para el inicio de la acción penal requiere según el Art. 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en modo genérico la constitución de fianza poder responder de las resultas del juicio, ello para los querellantes particulares, quedando excepcionados según el Art. 281.1 del mismo cuerpo legal; el ofendido y sus herederos o representantes legales.

Esta obligación económica que lastra el ejercicio de la acción popular ha sido tenida en cuenta en el Art. 6.2 de la Ley 19/2022, ya que en este precepto legal se habla explícitamente de la exoneración de estas cargas para quienes pretendan litigar en nombre de este ecosistema y en su defensa<sup>38</sup>.

Ello nos permite mirar más allá del origen de la obligación establecida en el artículo 280 de la LECrim e incidir sobre la innegable realidad de que, «en la defensa judicial del medio ambiente de *facto* se parte de una desigualdad económica entre la mayoría de los demandantes, ya sean persona física o grupos de la sociedad civil, que litigan frente a la administración o frente a determinadas personas jurídicas, que normalmente parten de una posición económica más favorable»<sup>39</sup>. Es por ello, que para equilibrar la igualdad de armas de las partes que acudan al litigio, sea indispensable la eliminación de las barreras económicas que lleva consigo el uso de la Acción Popular cuando esta se ejercida para la defensa de los derechos de la naturaleza.

En este punto, es claro que el Mar Menor, como nuevo sujeto de derecho, o cualquier otro ecosistema que forma parte de la nómina que configura nuestro entorno ecológico, es un actor jurídico que en modo alguno puede contar con recursos económicos propios para enfrentar un litigio ante cualquier agresión externa que se produzca en su contra, pues ahora está protegido por la ley.

Es por tanto, que desde esta una realidad económica, que es difícilmente salvable, lo entornos naturales y sus elementos deberían ser declarados por ley sujetos susceptibles de ser protegidos por el Art. 119 de la CE, desarrollado en la Ley 1/1996, de 10 de enero, para ser asimilados a las personas jurídicas que en su art. 2.c)<sup>40</sup> gozan de este beneficio jurídico y social que subyace a estas acciones judiciales, pues ello repercute directamente a favor del bien común y del derecho constitucional a un medio ambiente sano.

---

38 Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. (boe.es) Art. 6.2 «Dicha acción judicial se presentará en nombre del ecosistema del Mar Menor como la verdadera parte interesada. La persona que ejercite dicha acción y que vea estimada su pretensión tendrá derecho a recuperar todo el coste del litigio emprendido, incluidos, entre otros, los honorarios de abogados, procuradores, peritos y testigos, y estará eximido de las costas procesales y de las fianzas en materia de medidas cautelares».

39 SALAZAR ORTUÑO, E., «El acceso a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus». *Op. cit.*, p. 406.

40 Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. (boe.es)

Cabe mencionar que nuestra jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido<sup>41</sup>, pues la sala 2.ª del Tribunal Supremo, en relación con las costas de la acusación particular, de conformidad con los art. 109, 240 y concordantes de la LECrim, sostiene que estas deben de ser incluidas en las costas procesales, salvo cuando sus peticiones no sean aceptadas o sean totalmente concurrentes con el MF<sup>42</sup>. Así mismo lo establece cuando dicha acusación resulte superflua, inviable, inútil o perturbadora<sup>43</sup>, estos requisitos para la dispensa económica en el proceso penal, han sido considerados, a *sensu contrario*, para exonerar del pago de las costas el ejercicio de la Acción Popular cuando esta solicita el auxilio judicial en los delitos relacionados con el medio ambiente.

En España, la aprobación de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para «El reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca», abre la puerta de nuestro Ordenamiento Jurídico de los derechos de la naturaleza. El preámbulo de esta ley refiere textualmente respecto del medio ambiente, la insuficiencia del actual sistema jurídico de protección, a pesar de las importantes figuras e instrumentos de carácter regulador que se han ido sucediendo a lo largo de los últimos veinticinco años, añadiendo que, por todo ello, ha llegado el momento de dar un salto cualitativo y adoptar un nuevo modelo jurídico-político, en línea con la vanguardia jurídica internacional y el movimiento global de reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

## 4. Conclusiones

1.- Dotar de derechos a la naturaleza es dotar al ser humano de la capacidad intelectual de pensar en su futuro a través de la propiedad transitiva, pues partimos de la premisa inmodificable de que la naturaleza no tiene capacidad para pensarse a SI misma<sup>44</sup>.

2.- En nuestro país contamos con la acusación popular, la cual debería de ser re-interpretada desde una justicia ecológica que mira más allá de la función *in vigilando* del ministerio fiscal, y ser considerada esa herramienta jurídica y democrática que debe de ser la voz a la naturaleza una vez investida esta de derechos

---

41 Ver entre otras; SSTS 6 de abril de 1988 (RAJ 2739), de 2 de noviembre de 1989 (RAJ 8533), de 9 de marzo de 1991 (RAJ 1958).

42 Ver entre otras; SSTS 6 de abril de 1988 (RAJ 2739), de 2 de noviembre de 1989 (RAJ 8533), de 9 de marzo de 1991 (RAJ 1958).

43 PÉREZ GIL, J. «Tesis doctoral; La acusación popular». *Op. cit.*, p. 509.

44 CAMISÓN YAGÜE, J. A. Congreso «La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea». Pireo Editorial. Universidad de Valencia. junio 2022. Pág.

3.- La acción popular, aun con sus matices y controversias, es una herramienta jurídica a nuestra disposición que puede facilitar el ejercicio de la responsabilidad social que tenemos frente a la tragedia climática que nos acecha. Estamos sin duda ante una de las mayores empresas a las que se ha enfrentado la humanidad, que no es otra que la de salvar el único espacio sobre el cual podemos desarrollarnos como seres vivos.

4.- Reconocer al Art. 6.2 de la Ley 19/2022 un enorme valor jurídico, pues supone su invocación, a través de la vis expansiva del derecho, para la dispensa de las cargas económicas que hasta ahora ha supuesto el ejercicio de la Acción Popular. Ello no solamente para quienes pretendan la defensa de este espacio natural, sino para todas aquellas personas que demostrando buena fe y sana legitimación hagan uso de la Acción Popular para la defensa del medio ambiente en general.

## 5. Bibliografía

- BAGNI S.**, «Los derechos de la Naturaleza. Teoría política y práctica». Pireo Editorial, 2019.
- BEDÓN GRAZÓN y SUAREZ S.**, «Derechos de la naturaleza en Ecuador y otras tendencias a nivel internacional». Cálamo, Revista de estudios jurídicos. Ecuador julio, 2019.
- DE URBANO CASTRILLO, E.**, «La admisión de las querellas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, La admisión de las querellas | Aranzadi Insignis (umh.es), n.º 1.
- GIMENO SENDRA, V.**, «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos "BOTÍN" Y "ATUXA"», *Diario La Ley, LA LEY DIGITAL*, n.º 6970 sección doctrina, junio, 2008.
- GIMÉNEZ GARCÍA, J.**, «Reflexiones sobre la Acción Popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», *Eguzkilore*, España, diciembre de 2019, n.º 23.
- HUALDE LÓPEZ, I.**, «Acusación popular y violencia de género», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Acusación popular y violencia de género | Aranzadi Insignis (umh.es), n.º 21, 2009.
- MARTINEZ DALMAU R.**, «Derechos de la Naturaleza, Teoría, política y práctica». Pireo editorial. 2019.
- PÉREZ GIL, J.**, «Tesis doctoral; La acusación popular», Universidad de Valladolid. Valladolid. 1997.

- PÉREZ TORTOSA, F.**, «*La defensa de los intereses supraindividuales en el proceso penal*», Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal, (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011/ Coord. por Ana Neira pena; Agustín J, Pérez-Cruz (dir.congr. Xulio Ferreiro Baamonde.
- VICENTE GÍMENEZ, T.**, «De la justicia climática a la justicia ecológica: Los derechos de la naturaleza». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XI, n.º 2. 2020.
- VICENTE GÍMENEZ, T.**, «La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza; sinergias de la cooperación mediterránea», *Pireo*. Valencia, junio 2022.
- VICIANO PASTOR, R.** «Derechos de la Naturaleza, Teoría, política y práctica». Pireo editorial. 2019.

## CAPÍTULO IX

---

# **EFICACIA, CELERIDAD Y OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL: REFLEXIONES EN TORNO AL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO<sup>1</sup>**

**Selena Tierno Barrios**

*Personal Investigador en Formación (FPU)*

*Área de Derecho Procesal*

*Universidad de Salamanca*

*selenatierno@usal.es*

**RESUMEN:** El incremento de los conflictos penales y la aparición de nuevas formas de delincuencia han revelado las deficiencias de una justicia penal en crisis necesitada de una urgente reforma y modernización. De ahí, las últimas reformas operadas tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal con la finalidad de articular un equilibrio entre un proceso penal más ágil y

---

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco de una Ayuda para la Formación de Profesorado Universitario (FPU) concedida por el Ministerio de Universidades del Gobierno de España como Personal Investigador en Formación adscrita al Área de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. Asimismo, este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «Configuración y efectos de los sistemas de gestión del riesgo legal» (PID2019-107743RB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, cuyos Investigadores Principales son el Prof. Dr. Nicolás Rodríguez-García y el Prof. Dr. Fernando Rodríguez-López.

eficaz, y el respeto del derecho a un proceso con todas las garantías. Así pues, en este contexto de progresiva ampliación de la actuación del principio de oportunidad en el proceso penal español, analizaremos dicho equilibrio entre «garantías *versus* eficacia» en uno de los procedimientos dirigidos a la agilización de la justicia penal como es el proceso por aceptación de decreto en el que, ni los objetivos de eficacia y celeridad se han alcanzado por su escasa utilidad, ni los derechos del investigado están en todo caso exentos de afectación.

**PALABRAS CLAVE:** eficacia, celeridad, principio de oportunidad, proceso por aceptación de decreto, conformidad

**ABSTRACT:** The increase in criminal disputes and the emergence of new forms of crime have revealed the shortcomings of a criminal justice system in crisis which is in need of an urgent reform and a modernisation. In this way, recent reforms in both the substantive and procedural spheres have been implemented with the aim of achieving a balance between more agile and efficient criminal proceedings and the respect for the right to a trial with all guarantees. Thus, in this context of the progressive expansion of the principle of opportunity in Spanish criminal proceedings, I will analyse this balance between «guarantees *versus* efficiency» in one of the procedures which is aimed at streamlining criminal justice, namely the acceptance of decree process, in which neither effectiveness nor speed have been achieved due to the process's limited usefulness, and in which the rights of the investigated subject can be affected in some cases.

**KEYWORDS:** efficiency, speed, principle of opportunity, acceptance of decree process, conformity

## 1. Aproximación al principio de oportunidad

El incremento constatable de los conflictos penales y la aparición de nuevas formas de delincuencia cada vez más complejas como consecuencia de la globalización han revelado las deficiencias de la Administración de Justicia para hacer frente a dichos supuestos de criminalidad y ofrecer una respuesta rápida y eficaz sin olvidar las garantías previstas constitucionalmente, evidenciando una justicia penal en crisis necesitada de una urgente reforma y modernización. Ello se traduce, por tanto, en las reformas que en los últimos años se han desencadenado, no solo en el ámbito sustantivo, sino también en el procesal donde se ha intentado articular un equilibrio entre, por un lado, las demandas de la ciudadanía en reclamo de un proceso penal más ágil y eficaz, y de otro lado, el respeto y la observancia del contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, lo que suele representarse comúnmente a través de la clásica disyuntiva entre garantías *versus* efica-



cia<sup>2</sup>. Es en este contexto donde debemos situar el encaje de la tendencia que desde hace algunos años conduce a la progresiva ampliación de la actuación del principio de oportunidad en el marco del proceso penal español, no solo debido a la particular crisis que padece la justicia penal por lenta, ineficaz y cara — frente a lo que el principio de oportunidad se justifica de cara a alcanzar ahorro, rapidez y resultados en las actuaciones jurisdiccionales<sup>3</sup>—, sino también en orden a la consecución de los objetivos marcados por la política criminal.

Así las cosas, la potenciación del principio de oportunidad en el proceso penal español se produjo de manera visible a través de la instauración del nuevo procedimiento para el juicio sobre delitos leves, posibilitando el sobreseimiento, a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. No obstante, las nuevas formas de criminalidad, y con ello, la saturación de los tribunales, parecían exigir soluciones adicionales en conexión con esa maximización del principio de oportunidad. De este modo, al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, así como a la institución procesal de la conformidad y al sobreseimiento por razones de oportunidad para los delitos leves, se añade la incorporación del proceso por aceptación de decreto mediante la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. En este sentido, el proceso por aceptación de decreto refleja fielmente el intento de búsqueda de mecanismos dirigidos a la agilización de la justicia penal y, en definitiva, a primar la eficacia y la celeridad del proceso sobre las garantías, la verdad material y, por ende, sobre la justicia. Sin embargo, tal como señalábamos en líneas previas, el objetivo de celeridad y eficacia debe venir siempre acompañado necesariamente del respeto y la observancia del contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías<sup>4</sup>.

En este orden de cosas, el propósito del presente trabajo de investigación será analizar este equilibrio entre derechos y eficacia en un proceso concreto como es el proceso por aceptación de decreto, es decir, verificando si la búsqueda por alcanzar mayores dosis de agilidad y celeridad no atentan contra las garantías procesales previstas constitucionalmente.

2 De este modo lo señala RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español», *La Ley Penal*, n.º 113, 2015, pp. 1-3.

3 Sobre este aspecto, ver RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., «Hacia la maximización del principio de oportunidad en los procesos penales por hechos de corrupción», en CALAZA LÓPEZ, S.; MUINELO COBO, J. C. (dirs.) *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 410.

4 En este sentido, puede verse DOIG DÍAZ, Y., «El proceso por aceptación de decreto», en FUENTES SORIANO, O. (coord.) *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 493-498.

## 2. La introducción del proceso por aceptación de decreto en el sistema de justicia penal español

El proceso por aceptación de decreto se regula por primera vez con ocasión de la aprobación de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que se promulga ante la necesidad de abordar determinadas cuestiones inherentes al sistema de justicia penal que no podían aguardar hasta la previsible aprobación del Borrador de Código Procesal Penal de 2013 que, en aquel momento, se encontraba sometido a información pública y debate. Así pues, tal como puede desprenderse del título de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, uno de sus ejes centrales fue la agilización de la justicia penal en orden a evitar dilaciones indebidas, entre cuyas medidas fue la de regular un nuevo procedimiento «monitorio penal», según los propios términos del legislador, pero sin que ello pudiera ocasionar merma alguna de las garantías y los derechos procesales<sup>5</sup>.

En este sentido, aquella necesidad imperiosa de dotar de eficacia y celeridad al proceso penal llevó a nuestro legislador de 2015 a fijar la mirada en el Derecho comparado y observar el éxito más que probado que en otros sistemas de justicia había logrado un mecanismo de aceleración de la justicia penal que, además, se demostraba como un instrumento eficaz para aliviar la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y, aparte, representaba un instrumento absolutamente respetuoso con el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal. La finalidad perseguida a través de la implantación del proceso por aceptación de decreto no era otra, por tanto, que la de articular una vía que permitiera la resolución anticipada de los asuntos penales para aquellos delitos de menor gravedad, susceptible de aplicarse independientemente del procedimiento que, en su caso, pudiera corresponder<sup>6</sup>.

En este orden de cosas, retomando el marco contextual expuesto en los párrafos introductorios, puede advertirse fácilmente la vinculación o el encaje del proceso por aceptación de decreto en relación con el principio de oportunidad si se atiende a la esencia del procedimiento que posibilita la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal

---

5 Véase, en este sentido, el apartado I del Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales («BOE» n.º 239, de 6 de octubre de 2015).

6 De este modo puede leerse el apartado II del Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, donde se enumeran las diversas medidas adoptadas con el objetivo de evitar dilaciones indebidas en el proceso penal, entre las que se incluye, aparte de la regulación del proceso por aceptación de decreto, la modificación de las reglas relativas a la conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales; la reforma del régimen de remisión por parte de la Policía Judicial a los Juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados sobre delitos sin autor conocido; y la fijación de plazos máximos para la instrucción.

en una sentencia condenatoria de carácter firme a través de la aceptación del encausado, previo cumplimiento de los requisitos exigidos<sup>7</sup>. Todo lo cual, no hace sino alinearse con la tendencia plasmada de forma expresa en cada uno de los intentos de aprobación de un nuevo texto procesal penal en los últimos diez años basada en la idea de otorgar un mayor protagonismo al Ministerio Fiscal, incrementando el espectro de facultades —y el margen de discrecionalidad— dentro del proceso penal, y encaminándose, por ende, a una fase de investigación cuya dirección correría a su cargo, aproximando de este modo nuestro sistema de justicia penal al de los países europeos más cercanos<sup>8</sup>. Empero, pese a esta tendencia al alza que aboga por ampliar el campo de actuación del principio de oportunidad en nuestro sistema de justicia penal y que viene observándose en cada una de las propuestas de aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, el proceso por aceptación de decreto parece abocarse a una más que probable desaparición en tanto en cuanto el último Anteproyecto de 2020 alude a la decisión de descartar su incorporación en el futuro texto normativo, argumentando para ello, no solo su falta de aplicación práctica a la que posteriormente haremos referencia, sino especialmente su prácticamente nula utilidad real<sup>9</sup>.

### 3. Ámbito de aplicación y requisitos

De todo lo expuesto hasta el momento, pareciera que la denominación a la que recurrió el legislador de 2015 para referirse al proceso por aceptación de decreto se ajusta, por tanto, a la finalidad que en aquel momento se perseguía como era la agilización de la justicia penal y la disminución de la carga de trabajo de los tribunales, dado que, utilizando la terminología empleada, se trata de un «procedimiento monitorio penal», lo que conecta con la cuestión de su verdadera naturaleza jurídica. Cuestión sobre la que no existe una opinión unánime por cuanto, frente a las razones de economía procesal y la posibilidad de obtener, como veremos, un título ejecutivo basado

7 De esta opinión se muestran BLANCO, A. I.; MONTESINOS GARCÍA, A., «Proceso por aceptación de decreto: el nuevo monitorio penal», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 22, 2016, p. 293. En la misma línea, puede verse GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., «El proceso por aceptación de decreto: especialidades procedimentales desde una perspectiva práctica tras dos años de implantación», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 124, 2018, p. 176.

8 Sobre esta cuestión, véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 9.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 378; y BARONA VILAR, S., «Lección 27.ª Especialidades procedimentales», en GÓMEZ COLOMER, J. L.; BARONA VILAR, S. (coords.) *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 648.

9 Texto disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf> (Fecha de última consulta 30 de septiembre de 2022).

en un decreto dictado por el Ministerio Fiscal susceptible de convertirse en sentencia de carácter condenatorio —lo que se asemeja con las notas más características del procedimiento monitorio en el marco del proceso civil—, la necesaria aceptación por parte del encausado hace que se separe de la regulación del Derecho comparado, lo que incita más a pensar en el mismo como un proceso de naturaleza especial más que en un procedimiento monitorio pues, de hecho, adviértase cómo se regula dentro del Libro IV dedicado a los procedimientos especiales junto con el abreviado y el de enjuiciamiento rápido de determinados delitos debido precisamente a la escasa gravedad de los delitos que entran dentro de su ámbito de aplicación, como veremos a continuación<sup>10</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación del proceso por aceptación de decreto, se encuentra conformado, tal como lo establece el artículo 803 bis b) LECrim, por aquellos delitos castigados con pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, incluida asimismo la pena privativa de libertad no superior a un año que pueda suspenderse con arreglo a las disposiciones del Código Penal, siendo el objeto del mismo el ejercicio de una acción penal para la imposición de una de estas penas enunciadas, pero también el ejercicio de una acción civil con la finalidad de obtener la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio ocasionado.

De este modo, los requisitos exigidos en el artículo 803 bis a) LECrim, y que deberán cumplirse de forma cumulativa, hacen referencia a los siguientes extremos: (i) *que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 CP, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores*; (ii) *que el Ministerio Fiscal estime que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores* (requisitos objetivos); y (iii) *que no esté personada acusación popular o particular en la causa* (requisito subjetivo). Todo ello siempre después de iniciadas las diligencias de investigación por el Ministerio Fiscal o una vez incoado el proceso y hasta la finalización de la instrucción, aun cuando no hubiese sido llamado el investigado a declarar (requisito temporal).

---

10 Acerca de la naturaleza jurídica del proceso por aceptación de decreto, puede verse LUCAS GUTIÉRREZ, A. I., «Proceso por aceptación de decreto y principio de oportunidad», en CALAZA LÓPEZ, S.; MUINELO COBO, J. C. (dirs.) *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 343-344; CASTILLEJO MANZANARES, R., «Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto», *Diario La Ley*, n.º 8544, 2015, p. 7; DOIG DÍAZ, Y., «El proceso por aceptación...», *op. cit.*, p. 494; y BARONA VILAR, S., «Lección 27.ª Especialidades procedimentales...», *op. cit.*, p. 612.

## 4. Procedimiento y tramitación

La característica más esencial que da nombre al proceso que en este trabajo nos ocupa refleja fielmente ese mayor protagonismo del Ministerio Fiscal al que antes aludíamos y su conexión con el principio de oportunidad si se atiende a la conversión de la propuesta sancionadora realizada por aquel en una sentencia condenatoria de carácter firme a través de la aceptación del encausado previo cumplimiento de los requisitos exigidos. Dicha propuesta sancionadora de imposición de pena se llevará a cabo en forma de decreto que deberá contener los aspectos a los que se refiere el artículo 803 bis c) LECrim: (i) *identificación del investigado*; (ii) *descripción del hecho punible*; (iii) *indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente*; (iv) *breve exposición de los motivos por los que (el Ministerio Fiscal) entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida*; (v) *penas propuestas*, respecto de las cuales, podrá proponerse la pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en un tercio aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal; y (vi) *peticiones de restitución e indemnización*, si correspondiera.

El órgano jurisdiccional competente para la autorización del decreto de imposición de pena y la notificación al investigado será el Juzgado de Instrucción a quien deberá remitirse, el cual procederá a autorizarlo siempre y cuando se cumplan los requisitos que se han examinado con anterioridad, puesto que, en caso contrario, el decreto dictado por el Ministerio Fiscal quedará sin efecto [arts. 803 bis d) y e) LECrim]. En el supuesto de que el Juzgado de Instrucción autorizara el decreto, el auto será notificado junto con este último al encausado, procediendo a citarle para que comparezca ante el tribunal en la fecha y día señalados, informándole asimismo de la finalidad de la comparecencia, de la preceptiva asistencia letrada para su celebración, así como de los efectos de su incomparecencia o, en el supuesto de comparecer, de su derecho a aceptar o rechazar la propuesta contenida en el decreto [art. 803 bis f) LECrim].

Así pues, la aceptación de la propuesta sancionadora exigirá la comparecencia del encausado ante el Juzgado de Instrucción debidamente asistido de letrado, ya que tanto en el supuesto de que aquel no compareciera como en el caso de que rechazara la propuesta dictada por el Ministerio Fiscal, bien de forma total, bien de forma parcial en lo que concierne a las penas o a la restitución o indemnización, dicha propuesta quedará sin efecto. No obstante, si el encausado compareciere sin la asistencia preceptiva de abogado, el juez suspenderá la comparecencia señalando nueva fecha de celebración, debido a la trascendencia que tiene que la misma se desarrolle con arreglo a los requisitos exigidos con el objetivo de que el juez constate, en presencia del letrado, que el encausado comprende el significado del decreto de la

propuesta sancionadora y los efectos que conlleva su aceptación [art. 803 bis h) LECrim]. En este orden de cosas, tras la aceptación, en su caso, de la propuesta de imposición de pena por parte del encausado en la comparecencia, adquirirá el carácter de resolución judicial firme por atribución del Juzgado de Instrucción que, en el plazo de tres días, documentará en forma de sentencia condenatoria y con todos los efectos inherentes a la misma, no siendo susceptible de recurso alguno. En caso contrario, si el decreto no surtiera ningún tipo de eficacia por no haber sido autorizado por el órgano jurisdiccional, por incomparecencia o por rechazo por parte del encausado, no vinculará al Ministerio Fiscal que deberá seguir adelante con la causa por el cauce que corresponda [arts. 803 bis i) y j) LECrim].

## 5. La brecha entre el diseño teórico y la práctica forense

Tal y como se exponía en la introducción, razones fundamentadas en las diversas patologías que sufre la Administración de Justicia —y, en particular, la justicia penal—, derivadas de la saturación y la carga de trabajo de los tribunales, fueron las que llevaron al legislador a introducir el proceso por aceptación de decreto en el sistema de justicia penal español en aras de lograr la descongestión del orden penal y la agilización de la justicia en este ámbito. De hecho, era una de las novedades que incorporaba el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 y que acabó trasladándose a la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, previamente aludida. Así pues, si bien es cierto que de su regulación puede efectivamente deducirse un diseño teórico acertado dirigido a la consecución de la eficacia y celeridad pretendidas, su virtualidad tenía pleno encaje en el nuevo proceso penal que se configuró en aquel Borrador de 2013 donde se atribuía al Ministerio Fiscal la dirección de la instrucción y se regulaba ampliamente el alcance del principio de oportunidad, pero no en el texto de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 donde se introduce sin ninguna consideración debida a la coherencia normativa, pues su incorporación se lleva a cabo dejando de lado otras reformas necesarias para su despliegue eficaz como el mayor protagonismo del Ministerio Fiscal. En este sentido, dicha falta de coherencia normativa es la que ha conducido a la escasa y prácticamente nula utilización práctica del proceso por aceptación de decreto en la realidad jurídica, pues de poco o nada sirve implantar mecanismos que teóricamente sirven para dar respuesta a los fines que se persiguen si ello no se lleva a cabo articulando las reformas necesarias para su eficaz puesta en marcha<sup>11</sup>.

---

11 De esta opinión se muestra GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., «El proceso por aceptación de decreto...», *op. cit.*, pp. 175-178.

Empero, no solo hay que aludir a este último aspecto en lo que concierne a las razones que se esconden detrás de la escasa utilización de este procedimiento, sino también la existencia con carácter previo en el sistema de justicia penal español del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Así pues, dado que el proceso por aceptación de decreto es susceptible de aplicarse a delitos leves y menos graves, resulta asimismo compatible con los juicios rápidos, creando un espacio propio para su aplicación en todos aquellos supuestos en que no se cumpla alguno de los requisitos que exige el artículo 795 LECrim, así como también en los casos en que el Ministerio Fiscal estime oportuno recurrir al proceso por aceptación de decreto durante la tramitación de las diligencias urgentes cuando concurren los requisitos objetivos y subjetivos que se señalaron con anterioridad<sup>12</sup>.

De este modo, existen muy pocos casos que, no encajando dentro del ámbito de aplicación de los juicios rápidos, pudieran quedar reservados para el proceso por aceptación de decreto, de ahí que el Ministerio Fiscal que es el órgano legitimado para promover dicho procedimiento, habitualmente opte por los juicios rápidos dada la posibilidad que se ofrece al acusado de prestar su conformidad ante el Juzgado de Guardia con arreglo a los requisitos previstos en el artículo 801 LECrim<sup>13</sup>. De ahí que una de las medidas propuestas para incrementar su aplicación pase por la ampliación de su ámbito objetivo a los mismos supuestos para los que se prevén los juicios rápidos<sup>14</sup>.

## 6. El equilibrio entre garantías y eficacia

Como se ha tenido ocasión de señalar, no puede pensarse en celeridad y eficacia si tales objetivos de agilización no van acompañados del necesario respeto de las garantías procesales, siendo una de las cuestiones más trascendentales que entran dentro del debate acerca de la ampliación y generalización del principio de oportunidad en el proceso penal español. En este sentido, una vez abordado el aspecto que concierne al principal objetivo que perseguía el legislador con la implantación del proceso por aceptación de decreto, procederemos a continuación a examinar su compatibilidad con el derecho a un proceso con todas las garantías, tal y como se defendía en el mismo Preámbulo de la Ley 41/2015.

12 En este sentido, véase DOIG DÍAZ, Y., «El proceso por aceptación...», *op. cit.*, p. 494.

13 De este modo, ver GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., «El proceso por aceptación de decreto...», *op. cit.*, pp. 187-188.

14 Así se contempla en la medida número 52 de la «Propuesta de 60 medidas para el plan de desescalada en la Administración de Justicia tras la pandemia de Coronavirus COVID-19», disponible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/399898/03.+Plan+de+desescalada+en+la+administraci%C3%B3n+de+justicia%2C+de+24+de+abril.pdf/b668a8d9-2035-aa19-30f3-ee2e6ee9053e?version=1.0&t=1588234078966> (Fecha de última consulta 30 de septiembre de 2022).



Pensando en el proceso por aceptación de decreto como una manifestación del principio de oportunidad y, dando un paso más allá, como un modelo de conformidad<sup>15</sup> —si bien especial— por cuanto podría afirmarse que la conformidad es inherente al mismo si se atiende a su configuración<sup>16</sup>, surge el interrogante acerca de si dicho procedimiento respeta las garantías procesales previstas constitucionalmente, particularmente el derecho de defensa, así como el derecho a la presunción de inocencia, en conexión con los celos y las críticas más importantes que se suscitan, no solo respecto de la institución de la conformidad —véanse, por ejemplo, las «conformidades encubiertas»<sup>17</sup>—, sino más ampliamente, respecto del principio de oportunidad.

Empero, parece que en esta cuestión el legislador cumplió sus deberes por cuanto, de un lado, dado que es posible iniciar el proceso por aceptación de decreto una vez que se ha dado comienzo a la práctica de las diligencias de investigación por el Ministerio Fiscal, en el supuesto de que se produjera la declaración del investigado, resultan de aplicación por analogía los artículos 118 y 520 LECrim, garantizándose el derecho de defensa en esta primera fase *preprocesal*. Un derecho que es asimismo respetado durante la tramitación del procedimiento en tanto que se exige que el encausado comparezca ante el Juez de Instrucción con asistencia letrada con el fin de aceptar o rechazar el decreto de propuesta de imposición de pena, designándole abogado de oficio, en su caso. Además, en dicha comparecencia, el juez deberá asegurarse que el encausado comprende el significado del decreto, así como los efectos de su aceptación. En definitiva, cautelas todas ellas que buscan que la decisión del investigado sea libre y voluntaria y, por ende, evitar los posibles riesgos que acarrea en ocasiones la institución de la conformidad<sup>18</sup>.

## 7. Conclusiones

1.- Con este trabajo de investigación se ha pretendido abordar el análisis de un procedimiento que se introdujo dentro del sistema de justicia penal español como una de las muchas medidas que, reforma tras reforma, se ha intentado que pusieran fin, o al menos, paliaran en cierta forma la actual cri-

---

15 De esta opinión se muestra CASTILLEJO MANZANARES, R., «Últimas reformas procesales...», *op. cit.*, p. 7.

16 En este sentido, ver GISBERT POMATA, M., «La conformidad en los procesos penales y los cambios que plantea el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal», en CALAZA LÓPEZ, S.; MUINELO COBO, J. C. (dirs.); DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (coord.) *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, 2021, p. 213.

17 DOIG DÍAZ, Y., «El proceso por aceptación...», *op. cit.*, pp. 517-518.

18 GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., «El proceso por aceptación de decreto...», *op. cit.*, pp. 191 y 197-198.



sis que sufre la Administración de Justicia en este ámbito buscando aumentar los niveles de eficacia, celeridad y agilidad. Todo ello en conexión con esa tendencia al alza que aboga por la progresiva ampliación de la actuación del principio de oportunidad en el marco del proceso penal sobre la que existe una apuesta decidida que puede observarse en el último Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, siguiendo la estela de sus antecesores.

2.- Pese a representar teóricamente un mecanismo dirigido a la agilización de la justicia penal, la realidad de la práctica forense durante el período en el que lleva vigente ha demostrado cómo el proceso por aceptación de decreto ha tenido una escasa o prácticamente nula acogida en tanto en cuanto su ámbito de aplicación se encuentra solapado —si bien, no totalmente— por otro procedimiento como es el del enjuiciamiento rápido de determinados delitos o «juicios rápidos», pero también por no disponer del mismo contexto procesal que existe en otros sistemas judiciales de países de nuestro entorno más cercano donde sí parece haber cobrado mayor éxito, no acompañándose de las reformas necesarias para su mayor despliegue. En este sentido, entendemos que ampliar el ámbito objeto de aplicación, así como aumentar el rol protagonista del Ministerio Fiscal a través de la atribución de la dirección de la fase de instrucción contribuirían a su mayor utilidad práctica.

3.- Finalmente, cabe subrayar la necesaria exigencia de articular un equilibrio entre la eficiencia y las garantías procesales en cualquier reforma que pretenda alcanzar mayores dosis de celeridad y eficacia con el objetivo de agilizar la justicia penal. En este caso, y a pesar de las deficiencias observadas en el procedimiento en cuanto a su meta principal en torno a dicha agilización, las cautelas introducidas por el legislador en la regulación del proceso por aceptación de decreto sí suponen una salvaguarda de las garantías procesales que deben ser respetadas, en particular, el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia, lo cual debe valorarse en términos positivos.

## 8. Bibliografía

**ARMENTA DEU, T.**, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 9.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 2016.

**BARONA VILAR, S.**, «Lección 27.<sup>a</sup> Especialidades procedimentales», en GÓMEZ COLOMER, J. L.; BARONA VILAR, S. (coords.) *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 648-670.

**BLANCO, A. I.; MONTESINOS GARCÍA, A.**, «Proceso por aceptación de decreto: el nuevo monitorio penal», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 22, 2016, pp. 290-299.

- CASTILLEJO MANZANARES, R.**, «Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto», *Diario La Ley*, n.º 8544, 2015, pp. 1-12.
- DOIG DÍAZ, Y.**, «El proceso por aceptación de decreto», en FUENTES SORIANO, O. (coord.) *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 525-548.
- GISBERT POMATA, M.**, «La conformidad en los procesos penales y los cambios que plantea el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal», en CALAZA LÓPEZ, S.; MUINELO COBO, J. C. (dirs.); DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (coord.) *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 189-234.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.**, «El proceso por aceptación de decreto: especialidades procedimentales desde una perspectiva práctica tras dos años de implantación», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 124, 2018, pp. 173-204.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I.**, «Proceso por aceptación de decreto y principio de oportunidad», en CALAZA LÓPEZ, S.; MUINELO COBO, J. C. (dirs.) *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 341-353.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N.**, «La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español», *La Ley Penal*, n.º 113, 2015, pp. 1-33.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N.**, «Hacia la maximización del principio de oportunidad en los procesos penales por hechos de corrupción», en CALAZA LÓPEZ, S.; MUINELO COBO, J. C. (dirs.) *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 397-415.

## CAPÍTULO X

---

# EL CONTROL DE LA DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

**Máximo J. Pertusa Guillen**

*Prof. Asociado Universidad Miguel Hernández*

*Doctorando en Derecho Procesal Universidad Rovira i Virgili*

**RESUMEN:** Se aborda la aspiración del legislador español de lograr la celeridad del proceso penal con la introducción de nuevos plazos instructorios en el art. 324 de la LECrim por Ley 41/2015, de 15 de octubre, y las dificultades interpretativas y problemas prácticos suscitados por la introducción de este sistema; lo que dio lugar a una profunda modificación del art. 324 por Ley 2/2020, de 27 junio, para ampliar los plazos máximos de instrucción y modificar el anterior régimen de prórrogas. Se concluye con el análisis de la opción del prelegislador en el Anteproyecto de LECrim del año 2020, prescindiendo de la fijación de plazos máximos investigatorios y articulando la promoción de un incidente ante el Juez de Garantías a favor de la defensa del investigado para el control de la duración de la investigación.

**SUMMARY:** It deals with the Spanish legislator's aspiration to achieve speed in criminal proceedings with the introduction of new investigation periods in art. 324 of the LECrim by Law 41/2015, of 15 October, and the interpretative difficulties and practical problems raised by the introduction of this system; which led to a profound modification of art. 324 by Law 2/2020, of 27 June, to extend the maximum investigation periods and modify the previous regime of extensions. It concludes with an analysis of the option of the pre-legislator in the Preliminary Draft of the Criminal Procedure Act of 2020, dispensing with the setting of maximum investigation periods and articulating the promotion of an incident before the Judge of Guarantees in favour of the defence of the investigated person for the control of the duration of the investigation.

**PALABRAS CLAVE:** Control, Duración, Investigación, Proceso, Penal.

**KEY WORDS:** Control, Duration, Investigation, Process, Criminal.

## 1. Introducción

El procedimiento penal, en cuanto cauce para determinar la culpabilidad o inocencia de quien se encuentra sometido a él y para que la víctima del delito pueda recibir una justa reparación, no puede durar indefinidamente.

La celeridad en la tramitación del proceso penal ha constituido una aspiración historia del legislador español, que tiene su reflejo en la Constitución Española de 1978, en cuyo art. 24 se reconoce el derecho de todas las personas a un proceso sin dilaciones indebidas, con carácter de derecho fundamental y con un contenido esencialmente similar al derecho a ser juzgado en un plazo razonable consagrado en el art. 6 del Convenio Europeo de Derecho Humanos.

En las sucesivas reformas de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la aprobación de la Carta Magna, se ha observado una preocupación del legislador por intentar agilizar y simplificar la tramitación de los procedimientos penales que, sin embargo, no han conseguido solucionar el problema endémico de la lentitud de la justicia en nuestro país. No puede obviarse que este problema es también, en gran medida o principalmente, un problema de falta de medios materiales y personales suficientes, por lo que cualquier reforma en este sentido de la legislación procesal que no prevea la dotación de los medios necesarios que posibiliten su aplicación efectiva parece a priori condenada al fracaso.

## 2. El sistema de plazos máximos en la instrucción en la Ley 41/2015

El enésimo intento del legislador por agilizar la justicia penal, ha sido el establecimiento de un sistema de plazos máximos en la instrucción de los procedimientos penales, introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre<sup>1</sup>, que dio nueva redacción al art. 324 LECrim, según su Preámbulo sustituyendo el inoperativo plazo de un mes por plazos más realistas cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales. Se fijó una duración máxima de seis meses para las diligencias de instrucción, contemplando además la posibilidad de prorrogar dicho plazo, a instancia del Ministerio Fiscal, en aquellas causas que sean declaradas complejas, sea por darse alguno de los supuestos tasados previstos por la norma o porque concurra alguna circunstancia

---

1 BOE n.º 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90220 a 90239 (20 pp.).

sobrevenida que haga que la instrucción no pueda completarse en plazo. En estos casos la instrucción podía alargarse hasta los 18 meses, prorrogables por un plazo máximo de otros 18 meses más a instancia del Ministerio Fiscal.

Aunque el propósito del legislador fue la agilización del procedimiento penal, evitando dilaciones indebidas, la práctica forense puso pronto de manifiesto que el establecimiento de este sistema de plazos no conseguía un avance efectivo en la celeridad del proceso, viéndose confirmadas las reticencias que desde antes de su aprobación se hicieron por diferentes operadores jurídicos.

Tal como fue configurado, lejos de hacer el proceso penal más ágil y eficaz, supuso un incremento de trámites procedimentales derivados de un confuso sistema de prórrogas cuya solicitud se encomendaba en régimen de monopolio al Ministerio Fiscal, cuando no es a éste sino al órgano judicial a quien corresponde la dirección de la investigación. En este sentido la reforma fue una transposición del art. 127 del Proyecto de Código Penal de 2013, prevista para un nuevo modelo procesal en el que la dirección de la investigación se atribuye al Fiscal. En este sistema de tipo acusatorio tiene pleno sentido que corresponda al Ministerio Público la iniciativa para la solicitud de ampliación de plazos, lo que tiene un dudoso encaje al pretender trasladarlo al sistema procesal vigente, en el que no es al fiscal sino al juez de instrucción a quien compete dicha dirección, pero a quién, por otra parte, se excluye de esta facultad. En esta falta de coherencia jurídica se encuentra el origen de los problemas prácticos que condujeron al fracaso de la reforma<sup>2</sup>, que se ha corregido con la Ley 2/2020 que ha atribuido al juez instructor la facultad de acordar posibles prórrogas.

Además, el reducido plazo de tiempo en el cual debía solicitarse la prórroga por el Fiscal, salvo que la causa fuese declarada *ab initio* como compleja, con la consecuencia según dispone el de no considerarse como válidas las diligencias de investigación acordadas con posterioridad a la extinción del plazo, podía comprometer gravemente el resultado de la instrucción, creándose un peligroso espacio para la impunidad en delitos especialmente complejos, como pueden ser los relacionados con la corrupción.

El precepto adolecía de una excesiva rigidez en cuando a los supuestos tasados que permitían declarar compleja la causa, con una grave falta de concreción en su redacción, generando muchas dudas en su aplicación práctica, que tuvieron que ser interpretadas jurisprudencialmente, lo que dio lugar a pronunciamientos contradictorios por parte de los juzgados y tribunales, en cuestiones como la naturaleza plazo, es decir si debían ser considerados como plazos propios (preclusivos) o impropios (orientativos); que debía entenderse por el concepto jurídico indeterminado de «circunstancias

---

2 Circular 1/2021, de 8 de abril, sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

sobrevenidas a la investigación»; el propio inicio y el cómputo de los plazos y las consecuencias derivadas del transcurso de los mismos, en cuanto a si debían o no considerarse válidas las diligencias acordadas una vez expirados los plazos previstos o sus prórrogas. En definitiva, esta falta de claridad del precepto generó una grave inseguridad jurídica, inadmisibles en el ámbito procesal penal, y llevó a la Fiscalía General del Estado a aprobar una Circular<sup>3</sup> exclusivamente para analizar el art. 324, y que, aunque no es vinculante para los tribunales, si ha tenido un importante valor doctrinal armonizando pautas interpretativas.

El Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse, apenas dos años después de la entrada en vigor de la reforma, dictando sentencia 470/2017, de 22 de junio, confirmada con posterior sentencia 214/2018, de 8 de mayo, sobre la naturaleza de los plazos máximos de instrucción, lo que hizo en el sentido de considerarlos como auténticos plazos propios e imperativos, vinculantes para los operadores jurídicos y para las partes y cuyo incumplimiento conlleva importantes consecuencias procesales. El argumento de partida es que, dado que el precepto admite la validez de lo actuado con anterioridad a la finalización del plazo, incluso respecto de lo ordenado con anterioridad e incorporado con posterioridad, realizando una interpretación a sensu contrario del art. 324.7 concluye que las diligencias de investigación acordadas con posterioridad a la expiración de los plazos son actuaciones procesales no válidas<sup>4</sup>.

En definitiva, la reforma no consiguió la finalidad pretendida de agilizar el proceso, sino que al contrario supuso un retardo del mismo, por toda la carga de trabajo adicional que suponía la tramitación incidental del sistema de prórrogas, sumada a toda la problemática que conllevaba su aplicación y a los perniciosos efectos que podían producirse, lo que fue ampliamente objeto de crítica por amplia doctrina académica, asociaciones de fiscales y jueces y la propia Fiscalía General del Estado, y condujo al planteamiento por parte de diversos grupos parlamentarios de la necesidad de derogación o modificación del precepto.

---

3 Circular 5/2015, de la Fiscalía General del Estado sobre los plazos máximos de la fase de instrucción

4 La STS (Sala Quinta, de lo Militar) 6272017 conecta el incumplimiento de los plazos con la nulidad probatoria del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que «ninguna condena podrá fundarse en dichas diligencias probatorias, un cuando luego se pretendan transformar en pruebas por la vía de llevarse a cabo durante el juicio oral», aunque Sentencias posteriores como la STS 836/2021, de 3 de noviembre han flexibilizado este criterio, admitiendo en el caso concreto la diligencia extemporánea, en el sentido de que el incumplimiento de plazos no convertiría la prueba en ilícita sino en mera prueba irregular, y que aunque no pueda ser valorada a los efectos de lo previsto en el art. 779 LECrim —dictado auto de sobreesimiento— si existiesen diligencias de investigación suficientes para la continuación del procedimiento nada impide a la parte introducir la diligencia extemporánea como prueba en el juicio mediante el correspondiente medio probatorio.

### **3. El nuevo sistema de plazos operado por la Ley 2/2020, de 27 de julio**

Consciente de la problemática suscitada, a los cinco años de la entrada en vigor de la Ley 41/2015, el legislador no optó por la derogación del sistema de plazos, sino por su modificación. De tal modo que por la Ley 2/2020, de 27 de julio<sup>5</sup>, se ha dado una nueva redacción al art. 324 LECrim, modificando de manera considerable el anterior sistema y ampliando el plazo máximo de la investigación judicial a doce meses, plazo que se considera más ajustado a la realidad práctica de la Justicia Penal que el manifiestamente insuficiente de seis meses, que podía prácticamente quedar agotado ante cualquier incidencia que surgiese en el curso de la investigación, y que podía derivar en situaciones de impunidad.

Las razones que ofrece el legislador, según su Preámbulo, para el mantenimiento del sistema de plazos máximos, aunque reconoce que existe el riesgo de que pueden conducir a la impunidad de delitos complejos, es que estos suponen una garantía para el derecho de los justiciables, que podían verse vulnerados de no establecerlos, mencionando entre los derechos que podrían verse afectados el derecho a la presunción de inocencia, el derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

Esta nueva regulación simplifica la confusa redacción anterior, prescindiendo de la distinción entre causas ordinarias y complejas, fijando para todas ellas un plazo máximo de 12 meses para la duración de la instrucción, con posibilidad de prorrogarse por periodos de hasta seis meses, cuando se constatare que no será posible finalizar la investigación en dicho plazo y sin que exista un número limitado de prórrogas. Además, ahora ya no es el Ministerio Fiscal quien corresponde la iniciativa para proponer las prórrogas, sino que es el juez instructor quien de oficio o a instancia de parte le corresponde su adopción, con lo que se solventa la falta de lógica jurídica de la anterior regulación, que atribuía al Ministerio Fiscal el control de la duración de la instrucción cuando es al juez de instrucción a quien corresponde la dirección de la misma.

A nuestro juicio, la aplicación del plazo de seis meses a un año ha sido un acierto de la reforma, como también el flexibilizar el sistema de prórrogas, prescindiendo de la enumeración de supuestos tasados que permitan declarar compleja la causa y ampliar los plazos, lo que determinará acudir al caso concreto, fundamentando la necesidad de la prórroga, con motivación de las concretas razones que han impedido finalizar la investigación en plazo y las diligencias que todavía es necesario practicar y su relevancia para la investigación. Este sistema introduce una mayor racionalización, al tener que motivar las causas de la prórroga en atención a las circunstancias concretas

---

5 BOE n.º 204, de 28 de julio de 2020, páginas 58804 a 58805 (2 pp.).

de cada caso, en lugar de acudir a una enumeración *numerus clausus* fijadas de antemano para la complejidad de la causa, lo que debería redundar en un mayor control de la duración de la investigación y en una mayor garantía del derecho de los justiciables<sup>6</sup>.

Resulta indudablemente una mejora, la subsanación del anterior encorsetamiento que atribuía en exclusividad al Ministerio Fiscal la facultad para instar las prórrogas, legitimación que ahora se atribuye al resto de partes y que también pueden ser acordadas que oficio por el juez lo que resulta más coherente con el actual modelo procesal.

Puede cuestionarse si este sistema, que pretende ser más garante que el anterior, va a suponer una mayor agilización del proceso, teniendo en cuenta que por imperativo legal debe plantearse cada seis meses el incidente que permita la prórroga en la investigación, lo que se traduce en una mayor carga de trabajo que puede conllevar paradójicamente un aumento en la duración de la instrucción que se pretendía reducir<sup>7</sup>.

#### **4. El control de la duración de la investigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020**

Analizada la legislación actual, abordaremos como se regula esta temática en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020<sup>8</sup>. Este nuevo Anteproyecto, a diferencia del Anteproyecto de 2011 y de la propuesta de Código Procesal de 2013, opta por no establecer un plazo máximo de duración de la investigación prescindiendo de un modelo regulatorio que sujete apriorísticamente todas las investigaciones a límites máximos de duración establecidos en abstracto, cuya dirección pasa a ser potestad del Ministerio Fiscal. En su lugar se establece una medida o mecanismo de cautela frente a la dilación indebida de la investigación, facultándose a la defensa de la persona investigada que pueda solicitar al Juez de Garantías la fijación de un plazo para la conclusión de la investigación, si considera que se está prolongando más allá de lo razonable.

---

6 GONZÁLEZ CHINCHILLA, MANUEL «Los plazos de la instrucción penal. Interpretación del artículo 324 de la LECRIM tras la Ley 2/2020, de 27 de julio». *Diario La Ley*, n.º 10064, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2022.

7 GERAS MONTILLA, LUIS «La reforma del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 2/2020 de 27 de julio». <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doc-trinales/15578-la-reforma-del-articulo-324-de-la-ley-de-enjuiciamiento-criminal-por-ley-2-2020-de-27-de-julio/>

8 Puede revisarse su texto en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>



Sin embargo, este incidente no podrá ser planteado hasta que hayan transcurrido doce meses desde la práctica de la primera comparecencia del sujeto investigado, o dieciocho meses, cuando se trate de investigaciones de la Fiscalía de la Audiencia Nacional o de las Fiscalías Especiales. Esta primera comparecencia marcará el inicio del cómputo del plazo y, en consecuencia, será el momento inicial del control de la dilación indebida del procedimiento de investigación, a diferencia de lo que sucede en el vigente art. 324 en el que el cómputo comienza con la incoación de la causa, aunque no se encuentre identificado el sujeto frente al que se dirige la investigación.

En nuestra opinión, es evidente que fijar en el momento el inicio del cómputo del plazo razonable supone una mejor racionalización en el control de esta duración. Si este control se establece como una garantía para la persona investigada, con la finalidad de asegurar la efectividad de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, no será hasta el momento procesal en el que el procedimiento se dirija frente al sujeto investigado cuando se inicie el cómputo de ese plazo.

## 5. Conclusiones

El Anteproyecto incluye, como título preliminar, una regulación en clave constitucional de los elementos rectores del proceso, entre los que no se encuentra el Derecho a no sufrir dilaciones indebidas, por lo que cabe concluir que el nuevo modelo opta por no someter la actividad investigadora del fiscal a un plazo máximo de duración. Ello va a determinar que el control del procedimiento va a ser posible cuando lo solicite la defensa de la persona investigada, por lo que el mecanismo de control se configura principalmente como un derecho del investigado. Por tanto, resulta acertado que se atribuya al investigado esta facultad, sujeto pasivo del proceso. Sin embargo, lo que resulta criticable que el Anteproyecto conciba este control como una garantía exclusiva de la defensa del investigado, no permitiendo al resto de partes procesales, y especialmente la acusación particular, acudir al Juez de Garantías solicitando plazo para su conclusión, lo que podría conculcar su derecho a no sufrir dilaciones indebidas, derecho fundamental cuya titularidad se atribuye a todas las partes del proceso. En la misma línea el nuevo texto obvia la faceta prestacional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que conlleva la obligación de los órganos judiciales de que la tramitación de los procesos se lleve a cabo en un plazo razonable, por cuanto el Juez de Garantías sólo podrá ejercer un control de la duración a instancia del investigado, y una vez transcurridos doce o dieciocho meses desde la primera comparecencia del investigado.

Por otro lado, poniendo fin a las dudas e incertidumbres que llevó consigo la regulación introducida por la Ley 41/2015 resulta destacable que el Anteproyecto clarifique las consecuencias procesales de la expiración del plazo máximo eventualmente fijado por el juez, decantándose por la nulidad de todas las diligencias practicadas con posterioridad a dicho plazo.

## 6. Bibliografía

- AA.VV.**, «Preguntas y respuestas sobre la reforma de la Lecrim», Wolker Klu-mer, *Rev. Especial Enjuiciamiento criminal*, 2015.
- AGUILERA MORALES, M.**, «La agilización de la justicia penal en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (O «de cuando el oro pa-rece...») *Diario La Ley*, n.º 8551, Sección Doctrina, 1 de junio de 2015, Editorial La Ley.
- ÁLVAREZ MENÉNDEZ, M. P.**, ¿Mejorará la Justicia Penal con los nuevos pla-zos de instrucción, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 922, 2016.
- AÑÓN CALVETE, J.**, «Plazo máximo para la instrucción. Comentario a la nueva redacción del art. 324 de la LECrim sobre el plazo para la instrucción de asuntos penales», *Revista de Derecho vLexM*, n.º 137, octubre 2015.
- AZAÚSTRE RUIZ, P.**, «Estudio crítico del nuevo régimen jurídico de plazos en la fase de instrucción del proceso penal». *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 42. 2016, pp. 23-54.
- AZAÚSTRE RUIZ, P.** «Diez conclusiones sobre el límite temporal de la inves-tigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020: propuestas de mejora (1). *Diario La Ley*, n.º 10019, Sección Tribuna, 1 de marzo de 2022. Wolters Kluwer.
- DEL POZO PRIETO, C.**, «Plazos de instrucción penal. El artículo 324 LECrim tras la reforma de la Ley 2/2020, de 27 de julio», en *Juezas y Jueces para la Democracia*, Boletín informativo, n.º 81, 2020.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A.**, «El transcurso del nuevo plazo máximo de la fase de instrucción», <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/eltranscurso-del-nuevo-plazo-maximo-de-la-fase-de-instruccion>.
- DÍAZ TORREJÓN, P.**, y **VALVERDE MEGÍAS, R.**, «Reflexiones sobre el nuevo sistema de plazos del artículo 324 LECrim (Ley 2/2020, de 27 de julio)», en *Diario La Ley*, n.º 9714, 2020.
- GARCÍA BERNALT, I. Y.** (2021). Ley 2/2020, de 27 de julio (LA LEY 13364/2020), por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Crimi-nal (LA LEY 1/1882). AIS: Ars Iuris Salmanticensis, 9 (1).
- GARCÍA-BERRO MONTILLA, C.**, «El MF ante la impunidad derivada del venci-miento de los plazos de instrucción del artículo 324 LECrim: alternati-vas legales», *Diario La Ley*, n.º 8786, 2016.

- GARCÍA SAN MARTÍN, J.**, «Consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas», *Diario La Ley*, Editorial La Ley, 28 enero 2015, n.º 8468.
- GIMENO BEVIÁ, J.**, «Análisis crítico de la reforma de LECRIM 2015», *Revista de derecho y proceso penal Aranzadi*, n.º 40 octubre-diciembre, 2015.
- GIMENO BEVIÁ, J.**, «La agilización de la justicia penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la Lecrim» *Revista Gabillex Revista Del Gabinete Jurídico De Castilla-La Mancha*, n.º 2, 2015, p. 105-129.
- GONZÁLEZ CHINCHILLA, MANUEL** «Los plazos de la instrucción penal. Interpretación del artículo 324 de la LECRIM tras la Ley 2/2020, de 27 de julio». *Diario La Ley*, n.º 10064, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2022. Wolters Kluwer
- GUIMERÁ FERRER-SAMA, R.**, «Los polémicos nuevos plazos de instrucción de las causas penales», <http://blog.sepin.es/2016/01/plazos-instruccion-reformalecrim/>
- HUERTAS MARTÍN, I.**, «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. Aspectos relevantes de la reforma», *Crónica de Legislación procesal*, vol. 4, Ed. Universidad de Salamanca, 2016.
- JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A. L.**, «La Reforma procesal penal de 2015», Dykinson, Madrid, 2015.
- MAGRO SERVET, V.**, «Preguntas y respuestas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Monográfico Especial «Enjuiciamiento Criminal 2015. Un año de reformas», Wolters Kluwer, 2015.
- MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.**, «La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015», *Castillo de Luna*, DL, Madrid, 2015.
- MARTÍN HUERTAS, I.** (2016). Ley 41/2015, de 5 de octubre (LA LEY 15162/2015), de modificación de la Ley de fortalecimiento de las garantías procesales.
- MORENO CATENA, V.**, El plazo razonable en la investigación de los delitos una garantía de la presunción de inocencia. La administración de justicia en España y en América / coord. por ENRIQUE CÉSAR PÉREZ-LUÑO ROBLEDÓ, MARÍA LUISA DOMÍNGUEZ BARRAGÁN; PILAR MARTÍN RÍOS (dir.), MARÍA ÁNGELES PÉREZ MARÍN (dir.), 2021, ISBN 9788412297133

- MUERZA ESPARZA, J.**, *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la Justicia penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MUÑOZ CUESTA, F. J.**, «Plazo máximo de instrucción de las causas penales», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 914, 2015, p. 4.
- OTAMENDI, Z. F.** *Las últimas reformas de la ley de enjuiciamiento criminal. una visión práctica tras un año de vigencia*. Dykinson, S.L. 2017.
- PEÑALOSA TORNÉ, C.** «Plazo máximo de instrucción. Tratamiento legal, revisión y crítica jurisprudencial de las consecuencias procesales de investigación extemporáneas». *Diario La Ley*, n.º 10129, Sección Tribuna, 13 de septiembre de 2022
- PÉREZ GÓMEZ, R.**, «Los plazos para la instrucción penal introducidos por la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consideraciones generales», *Revista de Derecho vLex*, n.º 138, noviembre 2015.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N.**, «La inaplazable reforma de nuestro modelo procesal penal. Análisis crítico del sistema de plazos del art. 324 LECRIM», en *Diario La Ley*, n.º 9637, 2020, apartado I
- RIBA TREPAT, C.** «La eficacia temporal del proceso.: El juicio sin dilaciones indebidas», J.M. Bosch Editor. 1997
- RODRÍGUEZ CELADA, E.**, «La introducción de plazos máximos en la instrucción penal», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 42, 2016, pp. 71-78
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.**, «Las claves del nuevo art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Diario La Ley*, n.º 9706, 2020.
- TOMÉ GARCÍA, J. A.**, «Sugerencia en torno a la reforma de los plazos máximos de instrucción judicial (art. 324 LECRIM)».
- ZARAGOZA TEJADA, J. I.**, «La modificación operada por la Ley 41/2015 para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. El sistema de plazos», cit., apartado II.1.

**PARTE SEGUNDA**  
**EFICACIA, CELERIDAD Y**  
**RESULTADOS**



## CAPÍTULO XI

---

# LA ESTRUCTURA DEL JUICIO VERBAL SEGÚN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

**Antonio José Vélez Toro**

*Doctor en Derecho. Profesor sustituto interino en Derecho Procesal  
Universidad de Granada*

**RESUMEN:** El *Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal* en relación al juicio verbal constituye una implementación de las políticas de «disuasión procesal», al dificultar el acceso a la tutela jurisdiccional y disminuir las garantías procesales.

Al aumento del ámbito cualitativo y cuantitativo del juicio verbal, se acompaña una propuesta de profunda modificación de su estructura dirigida a aligerar y evitar la celebración de la vista oral.

En este sentido, destaca en la propuesta modificativa el nuevo sistema de proposición de prueba con carácter previo a la vista de la vista oral, así como del trámite previo en relación a las excepciones procesales. Las nuevas limitaciones para la celebración de la vista oral pueden acabar alargando el propio proceso verbal, dada la renuncia del principio de inmediatez que implica la limitación de la oralidad.

**PALABRAS CLAVE:** Juicio verbal, disuasión procesal, reforma, eficiencia, vista oral.

**ABSTRACT:** The Draft Law on measures of procedural efficiency in relation to oral proceedings constitutes an implementation of the policies of «procedural dissuasion», by hindering access to jurisdictional protection and reducing procedural guarantees.

The increase in the qualitative and quantitative scope of the verbal trial is accompanied by a proposal for a profound modification of its structure aimed at lightening and avoiding the holding of the oral hearing.

In this sense, the new system of proposing evidence prior to the oral hearing,

as well as the prior procedure in relation to procedural exceptions, stands out in the amending proposal. The new limitations for holding the oral hearing may end up lengthening the verbal process, given the renunciation of the principle of immediacy that the limitation of orality implies.

**KEYWORDS:** Oral trial, procedural dissuasion, reform, efficiency, oral hearing.

## 1. Introducción

Siempre se ha venido conceptuando doctrinalmente el juicio verbal como aquel juicio sencillo para cuestiones de escasa cuantía<sup>1</sup>, aunque la realidad ha sido muy diferente; piénsese en la complejidad y cuantías que pueden alcanzar los procesos verbales de familia y, sobre todo, los juicios verbales sumarios sobre derechos reales.

Recordemos que la reforma de 2015 introdujo la contestación escrita en el juicio verbal<sup>2</sup>, que llevó a pasar de aquella definición de juicio con contestación oral a juicio monofásico.

A día de hoy, la mayoría de los procesos declarativos se rigen por el juicio verbal, pero la actual reforma en curso incrementa el ámbito cuantitativo, elevando hasta quince mil euros la cuantía del juicio verbal, lo que casi triplica la actual.

Igualmente, desde el punto de vista cualitativo, resulta significativa la incorporación al proceso verbal de la totalidad de reclamaciones económicas

- 
- 1 En este sentido, véase, DE VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento*, T. II, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, 1856, p. 449; DE LA ESCALERA GALLE, S., *Tratado del Juicio Verbal Civil*, Madrid, Ed. Góngora, s.d. (1928-1929), p. 4.; DÍAZ Y DÍAZ, E. T., *Los juicios verbales*, La Habana, Ed. Jesús Montero, 1934, p. 7; MANRESA Y NAVARRRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7.ª ed. (a cargo de Dago Sainz, H. y de Molinuevo Junoy, J.), Tomo III, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1958, p. 862; GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, vol. 1.º, 3.ª Parte, Madrid, Aguilar, S.A. de ediciones, 1950, p. 926., s.; GÓMEZ ORBANEJA, en GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1979, 8.ª ed., p. 536; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, 8.ª ed., p. 443; FERNÁNDEZ, M. A., en DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, T. II, Madrid, CEURA, 1995, 4.ª ed. (1.ª Reimpresión junio 1997), p. 520.; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., en ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (Dir.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. II, 2.ª ed., 1994, Madrid, Trivium, p. 572.
  - 2 Sobre la reforma operada sobre el juicio verbal por Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, véase, HERRERO PEREZAGUA, J. F., «El cambio de modelo del juicio verbal», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., Sigüenza López (Dirs.), TOMÁS TOMÁS, S., CASTILLO FELIPE, R. (Coords.), *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 43, ss.



en materia de propiedad horizontal, los procesos de división de cosa común y las reclamaciones individuales que versen sobre condiciones generales de contratación<sup>3</sup>.

Así pues, con la propuesta de reforma, el juicio verbal está llamado a convertirse en el proceso por excelencia en la vida real. Sin embargo, la actual estructura del juicio verbal resulta profundamente alterada por la reforma, dirigida a aligerar y evitar la celebración de la vista oral, tal y como analizamos a continuación.

La reforma, actualmente en tramitación parlamentaria, hace saltar por los aires las cinco fases de la vista proceso verbal:

1.<sup>a</sup> fase: dirigida a la posibilidad de alcanzar un acuerdo;

2.<sup>a</sup> fase: dirigida a resolver los óbices procesales, con remisión a los arts. 416 y siguientes, y conformado con el ensamblaje parcial de los arts. 415.3 y 416.1, ambos de la LEC;

3.<sup>a</sup> fase: para aclaraciones y fijación de hechos sobre los que exista contradicción;

4.<sup>a</sup> fase: para la proposición, admisión y práctica de prueba; y

5.<sup>a</sup> fase: para posibles conclusiones.

## 2. El inicio del juicio oral

Lo primero que sorprende del proyecto de ley es la múltiple reiteración de disposiciones en relación al proceso verbal.

Así, el art. 438 —al margen de extender en su apartado 4 la contestación escrita al juicio sumario de protección del titular registral— contiene las siguientes reiteraciones: (1.<sup>a</sup>) en su apartado 5 reproduce el actual art. 440.3; (2.<sup>a</sup>) el apartado 6 reproduce el actual art. 440.4; y, (3.<sup>a</sup>) el apartado 7 reitera el art. 444.1 bis.

Por su parte, el nuevo art. 438 bis sobre causas tasadas de oposición viene a reiterar lo dispuesto en los actuales artículos 444.2 (la oposición a la acción sumaria de protección registral), 444.1 (la oposición al desahucio por falta de pago), 444.1 bis (la oposición a la recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente) y 444.3 (oposición a las acciones sumarias sobre los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y de arrendamientos financieros y de bienes muebles). Sin embargo, el art. 444 mantiene su vigencia a pesar de su completa reiteración (*sic*).

3 Véase, ARAGONÉS SEIJO, S., «Novedades en el proceso civil del Anteproyecto de Ley de medidas de eficacia procesal del servicio público de justicia», *Diario La Ley*, n.º 9775, 11 de enero de 2021, s/p.

En relación a los trámites de demanda y contestación a la demanda no hay cambios sustantivos, excepto la re-introducción de la conciliación previa, tal y como se exigía en la LECA de 1881, como resultado práctico de la imposición de los llamados medios adecuados de solución de conflictos (MASC). Ello redundará no solo en un engorro y dilación para las partes, sino también en una carga adicional y muchas veces innecesaria para la propia Administración de Justicia, que se extenderá incluso al proceso ordinario, según dispone el art. 4 del *Proyecto de Ley de medidas de eficacia procesal del servicio público de Justicia*, en adelante, también PLMEP.

El nuevo apartado 5 del art. 439 establece la necesidad justificar la reclamación previa extrajudicial para las reclamaciones sobre devoluciones bancarias de cláusulas suelo o de cualesquiera otras satisfechas por el consumidor en relación a los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria. En este punto, cabe preguntarse si realmente es necesario introducir esta disposición tan específica cuando va a regir con carácter general el art. 4 de la ley proyectada que recoge la necesidad de acudir a los referidos MASC.

### **3. La nueva tramitación previa a la vista oral**

#### **3.1. El pleito testigo**

El nuevo art. 438 ter de la LEC se dirige a crear el denominado «procedimiento testigo» para los litigios sobre condiciones generales de la contratación, debiendo indicarse en los escritos de demanda o contestación el posible sometimiento del litigio a dicho procedimiento. El pleito testigo realmente constituye un aparcamiento del proceso verbal a la espera del resultado del primer proceso, llamado testigo y que se tramitará de modo preferente, pudiendo desistir en caso de que dicho proceso testigo concluya con la desestimación de la demanda o la petición de la extensión de los efectos favorables en caso de estimación, amén de su continuación hasta la sentencia.

Dicho proceso testigo, amén de constituir un instrumento de huida del proceso verbal, va a plantear siempre el interrogante de saber «cuando estamos ante un procedimiento igual». A ello, se suma el peligro de fraude procesal por quienes imponen las condiciones generales de contratación y pueden organizar o controlar los primeros litigios, elevándose a pleitos-testigos de los demás —o correr la desdicha de que el mismo pueda ser dirigido por un mal profesional—, lo que puede comportar asumir la suerte del comprado o del torpe. Esto es algo que puede pugnar con el sentido más elemental de justicia en un país en el que no faltan desgraciadamente ejempl<sup>4</sup>.

---

4 Recuerdese el caso Ausbanc y Manos Limpias en el que la asociación de usuarios de banca extorsionaba a bancos y grandes empresas a cambio de evitar acciones judiciales: Audiencia Nacional (Sec. 4.ª), S. 14, de 9 de julio de 2021 (Cendoj: 28079220042021100014).

### 3.2. Derivaciones y suspensiones, impedimentos y decisión sobre la procedencia de la vista

La primera gran alteración del proceso verbal viene determinada por resolver de modo conjunto sobre la admisión de previa de las pruebas y las impugnaciones sobre las mismas, la eventual tramitación y resolución de las excepciones procesales y la cuantía del litigio y la pertinencia de vista oral. A tal efecto, el art. 438.8 proyectado indica que, una vez efectuada la contestación, se dará traslado a la parte demandante, concediendo a ambas partes un plazo común de cinco días para proponer las pruebas, citar a testigos, partes y peritos o interesar contestaciones escritas a cargo de entidades públicas, así como para que la parte actora realice las alegaciones sobre las excepciones procesales planteadas; y todo ello, sin que se aclare si el LAJ en la diligencia de ordenación advertirá expresamente a la parte demandante o simplemente recogerá el texto legal propuesto, lo que puede generar indefensión en aquellos procesos verbales que carezcan de abogado y procurador, al no advertir expresamente a la parte de la prerrogativa indicada por la ley propuesta.

A lo anterior, el apartado 9 del art. 438 añade que en los tres días siguientes al traslado de los escritos de proposición de prueba, se han de realizar las impugnaciones (sin mediar resolución alguna para tal finalidad), así como el nuevo —antes inexistente— trámite de posición de las partes sobre documentos y dictámenes, con expresa remisión al art. 427. Obsérvese que el plazo es a partir del traslado; e imagínense los efectos que puede comportar esta falta de advertencia expresa en aquellos procesos verbales tramitados sin defensa letrada (*sic*).

Finalmente, se resuelve conjuntamente en un solo auto sobre la admisión de pruebas y la impugnación de sus medios concretos, las excepciones procesales, la impugnación de la cuantía y la pertinencia de la vista oral. Y contra dicho auto solo se admite recurso de reposición.

De modo expreso se amplían los poderes discrecionales del juez para acordar si procede o no la celebración de vista oral<sup>5</sup>, so pretexto de ser solo prueba documental —reduciendo la prueba pericial también a mera documental—, sin reparar que antes se ha podido inadmitir el resto de pruebas.

De este modo, la nueva regulación favorece la escritura frente a la oralidad: se refuerza la prueba escrita frente a la prueba verbal (interrogatorio de partes, testifical y pericial en su dimensión oral). Por lo tanto, como consecuencia del déficit de oralidad, consideramos que se ve comprometido el principio de inmediatez.

5 En este sentido, véase, PÉREZ VEGA, A., «Una visión crítica de la proyectada reforma del juicio verbal en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Diario La Ley*, n.º 9841, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 3 de mayo de 2021, s/p., considera que el juicio verbal se encamina hacia la escritura.

Una vez determinado mediante auto que el juicio prosiga, se le arroga al LAJ la facultad de derivar a las partes a un nuevo intento de resolución extrajudicial (ex-art. 443.2 de la propuesta), de modo que al aumento de los poderes discrecionales del juez se unen los del LAJ.

## 4. El nuevo modelo de vista oral

La segunda gran alteración se produce en la vista, que podrá ser presencial o mediante video-conferencia —art. 443.1—, lo que constituye otro menoscabo del principio constitucional de inmediación por cuanto limita el contacto del juzgador con los medios de prueba.

Los juicios verbales que consigan llegar a la vista<sup>6</sup>, podrán comenzar con requerimientos del juez para ser derivados a un medio adecuado de solución de controversias, siempre que no lo hubiere intentado previamente el LAJ en una carrera de obstáculos para evitar la resolución del litigio verbal de modo normal mediante sentencia.

De este modo, se generan nuevas presiones e interrupciones para llegar a acuerdos —con sus correspondientes nuevos señalamientos—, lo que redundará inequívocamente en nuevos alargamientos de los procesos verbales, cuando en la práctica son las partes las que mejor conocen si hay posibilidad de acuerdo y de ser así, lo efectúan bajo la presión inminente de juicio.

Estas derivaciones a los llamados *medios adecuados de solución de controversias* (MASC) a criterio del LAJ o del juzgador —con sus correspondientes interrupciones de los procesos en marcha— parecen poner en cuestión la predicada finalidad de la reforma de descongestionar los juzgados de primera instancia.

Pues bien, en dicha vista, si las partes no se muestran dispuestas a concluir mediante acuerdo, «el tribunal dará la palabra para realizar las aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción» —según el proyectado art. 443.3-. Y se añade que si no hubiere conformidad sobre los hechos, «se practicarán las pruebas que resultaron en su momento admitidas» (art. 443.4 según el proyecto legislativo).

Aquí se evidencia lo ilógico de la reforma al admitir las pruebas en primer lugar y posteriormente proceder a «fijar los hechos sobre los que exista contradicción», cuando lo procedente es determinar la procedencia y pertinencia de la prueba a partir de la fijación de los hechos sobre los que exista discrepancia.

---

6 En la regulación actual, al inicio de la vista del juicio verbal no existe un trámite específico para aclaraciones, rectificaciones y para formular pretensiones complementarias, tal como prevé el art. 426 LEC para el juicio ordinario. En la práctica, la deficiente regulación de la vista del juicio oral conlleva un desenvolvimiento desordenado, siendo no poco frecuente omitir el trámite de fijación de hechos controvertidos, pasando directamente a la proposición y práctica de la prueba.

La redacción propuesta parece proscribir la posibilidad de aportar hechos nuevos o de nueva noticia al amparo del art. 270. Así, la dicción «Se practicarán seguidamente las pruebas que resultaron en su momento admitidas», es una clara fuente de inseguridad.

La disociación de la proposición y admisión de prueba del momento de la vista puede crear no pocas distorsiones en cuanto a la propia variabilidad y alteración del material probatorio, singularmente en lo que se refiere a las posibles nuevas fuentes de prueba que quedan proscritas, sobre todo, cuando entre el momento de admisión de la prueba y su práctica existe un lapsus de tiempo.

En consecuencia, consideramos que la excesiva rigidez del juicio verbal propuesto, al disminuir la posibilidad de aportar prueba en el acto de la vista<sup>7</sup>, genera mayores dosis de indefensión y aleja al proceso verbal del «juicio justo».

Obviamente, el art. 270 forma parte de las disposiciones comunes a los procesos declarativos del Título I del Libro II de la LEC, pero también podemos corroborar que dicha posición choca con el tenor literal del art. 443.4 proyectado, dados sus términos («se practicarán seguidamente las pruebas que resultaron en su momento admitidas»).

Sobre lo expuesto, la única luz interpretativa viene representada por la dicción del art. 446 proyectado, que habla del recurso de reposición oral en relación a la «admisión o inadmisión de pruebas en el acto de la vista». En igual sentido, el art. 445 remite a las disposiciones generales sobre la prueba y los medios de prueba y presunciones, siendo de aplicación al juicio verbal los arts. 271 a 386, ambos inclusive, de la LEC.

De cualquier modo, esperemos que las Audiencias Provinciales interpreten de modo flexible la propuesta legislativa con el fin de permitir la posibilidad de ampliar de modo excepcional —lo que en la práctica es harto frecuente— la prueba una vez llegados a la vista del juicio verbal. Con todo, esta nueva estructura del juicio verbal parece más pensada para impedir —e incluso eliminar— las pruebas acordadas que devengan innecesarias por el transcurso del tiempo.

---

7 Resulta obvio que las disposiciones de la LEC sobre la prueba fueron concebidas para el juicio ordinario, implementándose mal en el verbal ya que han sido concebidas para su propuesta en la audiencia previa y su práctica en el juicio ordinario. Así, i) la exhibición de documentos entre las partes regulada en los arts. 328 y 329 LEC solo puede formularse en el juicio verbal como prueba anticipada o como diligencia final. ii) Los interrogatorios por escrito a personas jurídicas y entes sin personalidad, así como a personas jurídicas o entidades públicas no permiten repreguntas o su traslado a las partes para formular nuevas aclaraciones, dada la redacción de los arts. 309.2, 381 y 315. iii) En la prueba testifical, los informes escritos de personas jurídicas y entidades públicas (ex-art. 380 LEC). iv) La prueba pericial ha pasado de constituir un elemento sorpresivo a favor del demandado que podía aportarla con la contestación en la propia vista, a la nueva posibilidad a favor del demandante para presentarla directamente en juicio, conforme a la nueva redacción del art. 265.3 LEC. v) El reconocimiento judicial también casa mal con el juicio verbal, excepto como prueba anticipada en el proceso de suspensión de obra nueva.

Otra cuestión no menos importante es dilucidar cómo pueden encajar las disposiciones sobre las diferentes pruebas que ya de por sí estaban pensadas para el juicio ordinario ante el nuevo paradigma del juicio verbal en el que primero se determina la prueba y solo pasado el tiempo se fijan «los hechos sobre los que exista contradicción» (ex-art. 443.3 según el proyecto).

En relación a la prueba pericial, cabría preguntar al legislador cómo se va a articular la posibilidad de anunciar el dictamen con la demanda o la contestación a la demanda para su aportación con carácter previo a la vista (art. 337 LEC), o la aportación de dictámenes en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda (del art. 338 LEC), cuando el nuevo juicio verbal determina la admisión de las pruebas con carácter inmediato a la presentación de la contestación a la demanda (art. 438.8 y 10 del proyecto).

Nos encontramos ante la imposibilidad real y material de formular tacha de peritos para la cual necesariamente habrá de acompañarse la prueba correspondiente y, singularmente, el llamado «contra-informe», de conformidad con el art. 343.2 LEC. Esto entra en contradicción con la nueva imposibilidad de aportar documentos y dictámenes en el acto de la vista para tal operación de desvirtuación, a tenor de la regulación propuesta en materia de prueba y vista del nuevo juicio verbal.

Estas cuestiones incidirán especialmente en los procesos sumarios sobre derechos reales, generando grandes limitaciones sobre la prueba y la defensa, sin perjuicio de que en el juicio verbal para la protección del titular registral se deberá seguir proponiendo la prueba en el acto de la vista oral.

## **5. Novedades sobre la sentencia y sus efectos**

En cuanto a la sentencia, se introduce la posibilidad de dictarla de modo oral y en los procesos de desahucio por falta de pago se otorga efectos de cosa juzgada a la acción de reclamación de rentas y en relación a fiadores y avalistas, lo que impide instar posteriormente un proceso plenario con sus debidas garantías, quedando en una situación de indefensión. Por lo tanto, no nos sorprendería que en una próxima reforma el proceso de desahucio en su conjunto excluyera su consideración sumaria.

## **6. Conclusiones**

1.- La reforma comporta un mayor alejamiento entre el proceso verbal y el ordinario. Si bien las instituciones de la LEC estaban pensadas para el juicio ordinario, teniendo el verbal un papel subalterno, la propuesta legislativa hace muy inviable el proceso verbal. Por esto, dada la magnitud negativa de la reforma, resulta absurdo reclamar el establecimiento de conclusiones o de diligencias finales o la armonización de la prueba con el juicio ordinario.

2.- El legislador amplía el ámbito del juicio verbal, al tiempo que lo desvirtúa como medio para descongestionar los tribunales civiles de justicia, convirtiéndolo en una carrera de obstáculos para llegar a la vista oral.

3.- El análisis del nuevo juicio verbal nos debe llevar a reflexionar sobre la aminoración de garantías procesales, lo que puede alejarnos del proceso justo.

Los cambios propuestos van a afectar de modo particular a la prueba, lo que redundará en una falta de seguridad exponencial en los procesos sumarios, al quedar la prueba pericial reducida a mera documental o incluso al no existir una oportunidad real para su aportación.

Así las cosas, no descartamos que la respuesta a la previsible ausencia de prueba testifical sea la proliferación de «declaraciones juradas» y, en menor medida, de «actas de manifestaciones» otorgadas ante notario por aquellos que pudieran ser testigos de los hechos objeto de litigio e incluidas con los escritos de rectores de demanda y contestación a la demanda.

4.- La nueva propuesta legislativa del juicio verbal nos debe llevar a reflexionar sobre la incidencia de las sucesivas reformas procesales, cuyas memorias económicas se dirigen a la contención del presupuesto en materia de justicia a pesar del incremento de litigiosidad.

De este modo, el proceso verbal no ha salido del papel de cenicienta de la Administración de Justicia frente al proceso ordinario, dotado de mayores garantías procesales, tal y como acontecía en la anterior LEC de 1881, en la que el proceso de mayor cuantía permanecía para pocos litigios, desarrollándose la mayoría a tenor del verbal. Lamentablemente, podemos añadir que el proceso verbal propuesto queda en el papel no ya de cenicienta, sino de maltratada.

## 7. Bibliografía

**ARAGONÉS SEIJO, S.**, «Novedades en el proceso civil del Anteproyecto de Ley de medidas de eficacia procesal del servicio público de justicia», *Diario La Ley*, n.º 9775, 11 de enero de 2021.

**DE LA ESCALERA GALLE, S.**, *Tratado del Juicio Verbal Civil*, Madrid, Ed. Góngora, s.d. (1928-1929).

**DE VICENTE Y CARAVANTES, J.**, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento*, T. II, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, 1856.

**DÍAZ Y DÍAZ, E. T.**, *Los juicios verbales*, La Habana, Ed. Jesús Montero, 1934.

**FERNÁNDEZ, M. A.**, en DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, 4.ª ed., T. II, Madrid, CEURA, 1995 (1.ª reimpresión junio 1997).

**GÓMEZ ORBANEJA**, en GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, 8.ª ed., vol. I, Madrid, 1979.

**GUASP DELGADO, J.**, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, vol. 1.º, 3.ª Parte, Madrid, Aguilar, S.A. de ediciones, 1950.

**HERRERO PEREZAGUA, J. F.**, «El cambio de modelo del juicio verbal», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., SIGÜENZA LÓPEZ (Dirs.), TOMÁS TOMÁS, S., CASTILLO FELIPE, R. (Coords.), *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 43-101.

**MANRESA Y NAVARRO, J. M.**, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7.ª ed. (a cargo de DAGO SAINZ, H., DE MOLINUEVO JUNOY, J.), Tomo III, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1958.

**MONTERO AROCA, J.**, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 8.ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.

**PÉREZ VEGA, A.**, «Una visión crítica de la proyectada reforma del juicio verbal en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Diario La Ley*, n.º 9841, 3 de mayo de 2021.

**VÁZQUEZ SOTELO, J. L.**, en ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (Dir.), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, T. II, 2.ª ed., Madrid, Trivium, 1994.



## CAPÍTULO XII

---

# LA ACUMULACIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL AL PROCEDIMIENTO PENAL EN CURSO: EFECTOS Y POSIBILIDADES

**Ángel Santiago Tomás Pla**

*Estudiante de Doctorado-Abogado*

*Universidad de Zaragoza*

*angeltomaspla@gmail.com*

**RESUMEN:** El ejercicio acumulado de la acción civil, tendente a la reparación del daño causado por la comisión de un hecho relevante a efectos penales, en el procedimiento penal seguido para la persecución del delito cometido, se configura, conforme a las exigencias inherentes a la economía procesal, como criterio general. Y ello con el objetivo de agilizar el proceso, evitando duplicidades a efectos de ejercicio de la acción civil, y favoreciendo la anticipada reparación del daño en beneficio de la víctima, en cualquiera de las modalidades previstas en el régimen jurídico de la responsabilidad civil «*ex delicto*». Si bien el legislador reconoce expresamente los supuestos excepcionales de reserva de acciones civiles y de renuncia a su ejercicio, lo cierto es que el ejercicio acumulado de la acción civil en el proceso penal se configura, a nuestro entender, como ventajoso, al ser más efectivo para evitar la comisión de un eventual delito de frustración de la ejecución.

**PALABRAS CLAVE:** Acumulación de acciones, reserva, renuncia, economía procesal, responsabilidad civil «*ex delicto*».

**ABSTRACT:** Accumulated exercise of civil action, trending to reparate damage caused by crime commission, in a criminal process followed in order to pursue this crime committed, sets up as the general criterion, according to inherent requirements of procedural economy. It also has the goal to speed up the process, avoiding duplicities in civil action exercise, and favoring anticipated reparation of damage caused in order to benefit

victims, using the different kinds of reparation predicted in the legal system of civil responsibility «*ex delicto*». Although legislator recognizes expressly, as exceptional assumptions, civil action-keeping and its exercise waiver, it is true that accumulated exercise of civil action in criminal process is, in our opinion, advantageous, because it is more effective in order to avoid the eventual commission of a execution frustration crime.

**KEYWORDS:** Actions accumulation, action-keeping, waiver, procedural economy, civil responsibility «*ex delicto*».

**ÍNDICE:** 1. Introducción. 2. La acumulación de la acción civil. 2.1. Acciones penales y acciones civiles. 2.2. Fundamento de la acumulación. 2.3. Presupuestos de la acumulación. 2.3.1. Presupuestos subjetivos. 2.3.2. Presupuestos objetivos. 2.3.3. Presupuestos formales. 2.4. Régimen jurídico aplicable por el juez penal. 3. El papel del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción civil. 3.1. Legitimación activa. 3.2. Automatización del rol interventor del Ministerio Público. 4. La reserva de acciones: sus efectos. 5. La renuncia al ejercicio de la acción civil. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía citada. 8. Jurisprudencia.

## 1. Introducción

La comisión de un hecho relevante a efectos penales, además de conculcar el correspondiente bien jurídico protegido, atendiendo a la concreta figura delictiva ejecutada, en ocasiones, es susceptible de provocar, a la vez, un daño personal o material, con indudables efectos patrimoniales para la víctima, lo que daría nacimiento a una eventual responsabilidad civil «*ex delicto*».

A su vez, la comisión de este hecho también puede ocasionar daños de carácter moral. Los daños morales se han venido definiendo tradicionalmente, conforme a una concepción negativa, como aquéllos sin afección al patrimonio e ingresos de la víctima<sup>1</sup>. No obstante, actualmente se viene considerando que, en ocasiones, la lesión de bienes extrapatrimoniales puede provocar la causación de perjuicios de naturaleza patrimonial<sup>2</sup>. En este sentido, la indemnización de los perjuicios morales causados, ante la imposibilidad de restitución de la cosa, se prevé expresamente el art. 110.3.º del

---

1 Cfr. MARTÍN CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., «El daño moral», en Derecho privado europeo (Coord.: Cámara Lapuente), Ed. Colex, Madrid, 2003, p. 858. También ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MÍCHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 125, quienes definen los daños morales como «aquéllos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial».

2 *Vid.* MATE SATUÉ, L. C., «La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español», en *Rev. Boliv. de Derecho*, n.º 32, julio de 2021, p. 286.

Código Penal. La jurisprudencia, por su parte, viene siguiendo una línea tendencial, consistente en indemnizar los daños morales sufridos por las víctimas de determinados delitos<sup>3</sup>.

A este respecto, cabe advertir, en contrapunto, que, el hecho de que una conducta delictiva ocasione un padecimiento jurídico-privado no siempre ocurre, puesto que existen hechos penalmente relevantes que no generan daño civil alguno<sup>4</sup>.

Sin embargo, en los supuestos en que, además de la lesión del bien jurídico-penalmente protegido, se ocasiona un daño civilmente reparable, surgen dos pretensiones, de distinta naturaleza y carácter, encauzadas mediante dos acciones procesales diferentes, cuyos efectos y posibilidades de ejercicio van a ser objeto de un sucinto análisis en el presente trabajo.

En lo referente a la responsabilidad civil «*ex delicto*», no son pocos los supuestos en los que la misma reviste una mayor relevancia que la cuestión criminal, puesto que, no es difícil imaginar la situación en la que, un delito, sancionado con penas privativas de libertad no excesivamente severas, cuya ejecución además puede ser objeto de suspensión<sup>5</sup>, por el contrario, haya generado cuantiosos daños económicos a reparar.

Así, el mayor riesgo para el perjudicado, en estos casos, reside en no percibir la reparación pecuniaria del daño, que, no olvidemos, es lo que realmente

3 Así, MATE SATUÉ, L. C., «La delimitación...», cit., p. 297, indica que se han indemnizado los daños morales padecidos por las víctimas de secuestros y detenciones ilegales —cfr. STSJ, Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, n.º 94/2018, de 03 de septiembre de 2018 [ECLI:ES:TSJCV:2018:6774], y SAP Madrid, Sección 5.ª, n.º 69/2015, de 11 de septiembre de 2015 [ECLI:ES:APM:2015:11691]—, así como aquéllos procedentes de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales —véase la SAP Ourense, Sección 2.ª, n.º 294/2019, de 22 de octubre de 2019 [ECLI:ES:APOU:2019:631]—.

4 Tradicionalmente, se ha puesto como paradigma de ello los delitos de peligro, y aquéllos ejecutados en grado de tentativa. Así, *ad exemplum*, HORTAL IBARRA, J. C., «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo «resolver» la cuadratura del círculo», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2014, p. 17. No obstante, en nuestra opinión, esta exclusión del daño no es predicable con carácter general, sino que, en cada caso, ha de estarse a una valoración de las circunstancias concurrentes, puesto que, por ejemplo, en los supuestos de *aberratio ictus* mediante disparo, la persona a la que no ha alcanzado el proyectil, puede haber sufrido tal afección psíquica, que la misma sea susceptible de valoración económica y posterior reparación subsecuente.

Del mismo modo, ANTÓN ONECA considera que, la categórica afirmación general vertida respecto de la tentativa debe ser objeto de matización, dado que, en una tentativa de agresión sexual, serían indemnizables los daños sufridos como consecuencia de los actos de violencia ejercida. A estos efectos, vid. ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 649.

5 Lo que supone, en la praxis, que la responsabilidad penal ni siquiera es objeto de material cumplimiento, por lo que, de cumplirse los requisitos de tal suspensión, el reo ni siquiera adolecería las consecuencias de la pena impuesta.

le proporcionará una verdadera satisfacción, por cuanto verá su patrimonio restablecido. Y este riesgo puede generarse como consecuencia de una prolongada dilación procesal que, incluso, puede fomentar la distracción patrimonial, por medio de la comisión de conductas subsumibles en los tipos de la frustración de la ejecución<sup>6</sup>. La cuestión es, pues, bastante clara: ¿cómo puede, en la medida de lo posible, evitarse la comisión de estas conductas, también delictivas?

En este orden, el recurso a la acumulación de la acción civil a la penal, en el seno de una causa criminal, puede repercutir en una beneficiosa reducción de los tiempos procesales, al no ser necesaria la espera a la conclusión de la causa penal seguida al efecto, para la promoción de un procedimiento civil ulterior en el que recuperar la merma patrimonial sufrida.

Y ello, a su vez, supone, ya en el proceso declarativo, una drástica rebaja de las posibilidades de frustrar una eventual ejecución, por cuanto, desde la instrucción del procedimiento, es posible interesar, y, consecuentemente, adoptar diversas medidas cautelares reales, tendentes a retener determinados bienes del patrimonio de la parte pasiva, en aras de evitar su desaparición, y, en consecuencia, asegurar el percibo, a la mayor brevedad posible, de la responsabilidad civil «*ex delicto*».

## 2. La acumulación de la acción civil

### 2.1. Acciones penales y acciones civiles

Con carácter previo a examinar la cuestión nuclear del presente trabajo, ya sucintamente apuntada, consideramos conveniente realizar una breve puntualización de la diferencia conceptual entre la acción penal y la civil.

A este respecto, y mientras que la primera protege un interés público, y deriva exclusivamente de la comisión de un delito<sup>7</sup>, la segunda, tutela, más bien, un interés jurídico-privado, originado a raíz de la causación de un daño —patrimonial, *stricto sensu*, y también moral—, efectivo, consecuencia

---

6 Regulados en los arts. 257 y ss. del Código Penal.

7 El cual, en principio, se entiende como acción u omisión típica, antijurídica y culpable, conforme a su concepto analítico. Cfr., RUEDA MARTÍN, M.<sup>ª</sup> Á., «El concepto de delito», en *Derecho Penal: Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, (coords.: Boldova Pasamar, Romeo Casabona y Sola Reche), Granada, Comares, 2016, p. 81. No obstante, en los supuestos de concurrencia de una causa de inimputabilidad, de concurrir peligrosidad criminal, la acción penal, en nuestro concepto, puede ejercerse con el fin último de lograr la imposición de una medida de seguridad, por lo que se excluiría en estos casos, el elemento de la culpabilidad delictual.

no tanto de la comisión de un delito estrictamente considerado, sino de un hecho relevante a efectos penales, entendido en este contexto como una acción u omisión típica y antijurídica<sup>8</sup>.

Junto a lo anterior, la acción penal opera como medio a través de cual se ejercita el «*ius puniendi*», de titularidad estatal<sup>9</sup>, destinado a la represión de conductas delictivas. Por el contrario, la acción civil, en este caso, tiene como objetivo que el perjudicado por el daño pueda ver el mismo reparado<sup>10</sup>, a través de las distintas modalidades de responsabilidad civil «*ex delicto*»<sup>11</sup>.

## 2.2. Fundamento de la acumulación

A pesar de las diferencias *inter acciones*, previamente señaladas, el art. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, indica que, de un delito «nace» acción penal, destinada al castigo del culpable, y, eventualmente, acción civil<sup>12</sup>, de cara a la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados.

- 
- 8 En este sentido, el Código Penal, en ocasiones, cuando se refiere al término «delito», lo hace a algunos de sus elementos y no a todos. A este respecto, véase CEREZO MIR, J., *Derecho Penal, Parte General*, Ed. B de F, 2008, pp. 316-317. En este caso, a tenor de la posibilidad de efectiva condena civil «ex delicto», cuando concurren causas de inimputabilidad o de inculpabilidad, y en determinados supuestos de error, *ex art.* 118 del Código Penal, consideramos que, la referencia al término «delito» en los arts. 109 y ss., del Código Penal, lo es únicamente a la acción u omisión, a la tipicidad y a la antijuridicidad.
- 9 Cfr. COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*, Ed. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, p. 44. También, DE LA OLIVA SANTOS, A., en *Derecho Procesal Penal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Colección Ceura, Madrid, 1994, p. 176.
- 10 YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)*, Dykinson, S.L., 1997, p. 61.
- 11 Las cuales son, de conformidad con los arts. 110 y ss., del Código Penal, la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados.
- 12 No obstante, un sector doctrinal considera que lo que verdaderamente nace y se acumula al procedimiento penal en curso es una pretensión civil, entendida como una declaración de voluntad, planteada ante el Órgano judicial penal en un procedimiento de esta índole, pero dirigida contra el acusado o el responsable civil y fundada en la comisión, por su parte, de un acto antijurídico que haya podido ocasionar daños al afectado. A este respecto, *vid.* GIMENO SENDRA, V., en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2003, p. 76. También, PIQUÉ VIDAL, J., RIFÁ SOLER, J. M.<sup>a</sup>, VALLS GOMBAU, J.F., y SAURA LLUVIÁ, L., *El proceso penal práctico. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, p. 126.
- Sin embargo, otro sector únicamente alude al término «acción», cuando trata esta cuestión. Así, DE LA OLIVA SANTOS, A., en *Derecho Procesal...*, *cit.*, pp. 234 y ss. Junto a lo anterior, nosotros, haciendo uso de la terminología expresada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haremos referencia en el trabajo a la acumulación de acciones.

En el mismo sentido del art. 112, párrafo primero, de la precitada Ley procesal, se deduce, que el ejercicio acumulado de la acción civil en el procedimiento penal se concibe por el Legislador como la regla general<sup>13</sup>. Y ello con fundamento en las exigencias inherentes a la economía procesal<sup>14</sup>, lo que permite que el órgano judicial penal conozca de pretensiones civiles. En este orden, se ha indicado que se permite la acumulación a tenor de la conexión existente entre las dos acciones<sup>15</sup>.

No obstante, en principio, la materialización en sentencia del ejercicio acumulado únicamente será posible en los casos en que recaiga resolución penal sobre el fondo del asunto, condenatoria, o, eventualmente, absolutoria, si bien en los casos de concurrencia de determinados supuestos de error penal o de una de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad penal previstas *ex art.* 118 del Código Penal. También será posible que exista un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil «*ex delicto*» en sentencia, mediando la excusa absolutoria recogida en el art. 268 del Código Penal<sup>16</sup>.

Ahora bien, parte de la doctrina considera, en un intento de economizar y agilizar el proceso, la posibilidad de articular una reforma legislativa al res-

---

13 No obstante, y al respecto de la acción civil, se mantendrán las mismas garantías procesales que si se ejercitase en el proceso civil. A este respecto, *vid.* PIQUÉ VIDAL, J., RIFÁ SOLER, J. M<sup>a</sup>, VALLS GOMBAU, J. F., y SAURA LLUVIÁ, L., *El proceso penal práctico...*, cit., p. 128.

14 GIMENO SENDRA, V., en *Lecciones de Derecho Procesal...*, cit., p. 75. También la Jurisprudencia ha considerado lo mismo. En este sentido, véase la STS, Sala de lo Penal, n.º 283/2021, de 29 de marzo de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:1297], Fundamento de Derecho Tercero.

15 En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, quien considera que «acción penal y acción civil son acciones jurídicamente heterogéneas, pero están de pronto unidas por una relación de conexión. No, como a menudo se afirma, por un nexo de prejudicialidad (...). Ya hemos insistido lo bastante en que, así como el delito no es delito porque se produzca un daño resarcible, el delito no es fuente de la obligación reparatoria por ser delito. Consiguientemente, actúese la pretensión civil en el mismo juicio o independientemente en el proceso civil, el efecto penal no es causa de la condena civil. Pero la causa de ésta es parcialmente la misma de la pena; esto es, el mismo hecho que, contemplado en una determinada perspectiva resulta ser delito, y, contemplado desde otra, acto ilícito civil».

A efectos ilustrativos, véase GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. II. Vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S.A., 1951, p. 369.

16 En este sentido, la STS, Sala de lo Penal, n.º 928/2021, de 26 de noviembre de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:4349], en cuyo Fundamento Jurídico Primero se considera que, si existe resolución judicial sobre el fondo del asunto por la concurrencia de la excusa absolutoria de parentesco, en sede de delitos de naturaleza patrimonial, el Juez penal debe pronunciarse sobre la responsabilidad civil *ex delicto*, si la misma se ha solicitado. No ocurrirá lo mismo si la excusa conduce al sobreseimiento de la causa. En tal caso, quedará abierta la vía civil.

En el mismo sentido, la STS, Sala de lo Penal, n.º 436/2018, de 28 de septiembre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:4121], Fundamento de Derecho Octavo.

pecto, en el sentido de amplificar los supuestos en los que quepa condena civil en sede procesal penal, siempre y cuando sea voluntad de la víctima el ejercicio de la acción civil, además de la penal<sup>17</sup>.

## 2.3. Presupuestos de la acumulación<sup>18</sup>

Llegados a este punto, se hace necesario examinar, cuáles son los concretos presupuestos de este ejercicio acumulado de acciones, tanto desde una óptica subjetiva, como objetiva y formal.

### 2.3.1. Presupuestos subjetivos

En orden a poder afirmar la acumulación a la que venimos haciendo referencia, el órgano jurisdiccional penal que venga conociendo de la misma deberá tener competencia, objetiva, y territorial, para conocer penalmente del hecho causante de los perjuicios civilmente reparables, a la vez que competencia funcional para conocer de la acción civil acumulada.

A su vez, y, con independencia del rol del Ministerio Público, al que, posteriormente, se aludirá, estarán legitimados activamente, *ex art.* 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las personas perjudicadas por el daño ocasionado a raíz del hecho penalmente relevante. De este modo, al respecto de la acumulación, se requiere, con carácter general, coincidencia o identidad subjetiva de todas las partes del proceso, activa y pasiva, con el fin de que, tras el ejercicio acumulado, despliegue efectos la cosa juzgada, impidiendo acudir a la vía civil articulando la misma pretensión<sup>19</sup>.

### 2.3.2. Presupuestos objetivos

En primer lugar, la tutela civil pretendida por medio del ejercicio de la acción se fundamenta, como hemos dicho, en la causación de una serie de daños y perjuicios, civilmente relevantes, como consecuencia de la ejecución de un hecho penalmente relevante, típico y antijurídico, existiendo una relación de causalidad entre hecho delictivo, y daño causado. Por consiguiente, desde el momento en que se ejercite esta acción en el proceso penal, basta establecer un nexo de causalidad entre la acción y el resultado dañoso, de modo que el deber de indemnizar ya se reconduce al régimen jurídico del Código Penal.

17 *Vid.* YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos Civiles...*, cit., p. 60.

18 Expuestos siguiendo, en parte, la dinámica estructural y material contenida en GIMENO SENDRA, V., en *Lecciones de Derecho Procesal...*, cit., pp. 76-80.

19 Conforme a lo establecido en el art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que considera que «la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes (...)\», siendo de aplicación dicha Ley de Enjuiciamiento por cuanto, además de regular con carácter genérico la cosa juzgada, la acción reviste, como decimos, carácter civil.

A su vez, y a tenor de la naturaleza de la misma, su ejercicio quedará sometido al principio dispositivo, lo que justifica la posibilidad de renuncia, pretendiéndose, o bien, una restitución, reponiéndose el estado de cosas existente con carácter previo a la comisión del hecho causante, o, en su caso, devolviendo la cosa a su legítimo propietario; o bien la reparación del daño, efectuando una prestación personal para remediar los menoscabos sufridos en un objeto; o, en fin, indemnizando los perjuicios, esto es, abonando una cantidad de dinero, para cubrir los daños y perjuicios, de no ser posible la restitución.

Cada forma de reparación dependerá de la naturaleza del daño o perjuicio, conectada, en nuestro concepto, con la del delito cometido<sup>20</sup>. Por ejemplo, en delitos contra la propiedad —robo, hurto, apropiación indebida, etc.— podrá predicarse la restitución del objeto sustraído o apropiado, procediendo únicamente la indemnización si la restitución de la cosa no es materialmente posible.

Asimismo, previamente se ha indicado que el ejercicio acumulado de las acciones, con resolución sobre el fondo de la pretensión, impedirá la posterior sustanciación de idéntica solicitud en un procedimiento ulterior de carácter civil. No obstante, y, pese al ejercicio acumulado, no existiría cosa juzgada respecto de los daños y secuelas, surgidos *ex novo*, tras la conclusión de la causa penal. Por consiguiente, en estos casos, sí se puede acudir a la vía civil, en relación con los nuevos daños, a fin de obtener su reparación<sup>21</sup>.

### 2.3.3. Presupuestos formales

Por último, es lo cierto que la pretensión civil se concreta —tanto objetiva como subjetivamente— y, en su caso, cuantifica, en el escrito de calificaciones provisionales, siendo este trámite el que sirve para delimitar el objeto civil del proceso penal, sin perjuicio de su ulterior modificación, si bien no en

---

20 Cfr. ALASTUEY DOBÓN, C., «Lección 12: Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (II): la responsabilidad civil derivada del delito», en GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M. Á., y ALASTUEY DOBÓN, C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª ed., 2022, pp. 274 y 274. En el mismo sentido, ya antes, «Capítulo XIV: La responsabilidad civil y las costas procesales», en Tratado de las consecuencias jurídicas del delito (Coord.: Gracia Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 602 y ss.

21 *Vid.* STS, Sala de lo Civil, n.º 802/2011, de 07 de noviembre de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:7267], en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto se indica que «(...) al tratarse, como queda dicho, de acción civil «ex delicto», la sentencia penal debe producir efectos de cosa juzgada. Pero dado que en el presente caso la propia sentencia de instancia declara probada la agravación de secuelas ya existentes y la aparición de nuevas secuelas, tratándose, por tanto, de efectivo daño posterior, que tiene su causa en la actuación ilícita de quien penalmente resultó condenado y respecto a lo que la sentencia penal no contiene declaración compensatoria alguna, negar ante esta realidad el derecho a la indemnización se presentaría como un ataque frontal al artículo 24 de la Constitución, (...), al no atenderse a unos intereses que se presentan plenamente legítimos».



el sentido de aumentar la petición, al operar ya, en este aspecto, la preclusión. Y ello en orden a no generar una situación patente de indefensión para los eventuales responsables civiles, así como para dar efectivo cumplimiento al principio de prohibición de ampliación de la demanda y a la obligación de congruencia del órgano judicial a la hora de dictar sentencia.

## 2.4. Régimen jurídico aplicable por el Juez penal

Junto a lo anterior, el órgano judicial penal, deberá aplicar el régimen jurídico general de responsabilidad civil «*ex delicto*» previsto en los arts. 109 y ss., del Código Penal, así como las reglas especiales correspondientes a esta modalidad de responsabilidad civil, dependientes de figuras delictivas específicas<sup>22</sup>.

No obstante, será, a nuestro entender, de aplicación supletoria el régimen de responsabilidad civil extracontractual contenido en los arts. 1902 y ss., del Código Civil, pero, no por la identidad del mismo, dado que, en algunas cuestiones, ambos regímenes no contemplan normas jurídicas coincidentes, sino, con arreglo al carácter general de las normas contenidas en dicho *corpus* normativo, las cuales vendrían a cumplir un mero papel de complemento normativo, en lo no previsto en el régimen del Código Penal.

Por consiguiente, el Juez penal, debe tomar como referencia, a nuestro juicio, esta aplicación supletoria de las normas jurídicas del Código Civil, en caso de laguna o falta de regulación plena del régimen de responsabilidad «*ex delicto*» previsto en el Código Penal, amplificando, en consecuencia, el marco normativo aplicable, lo cual reclama que el Juez penal asuma su papel de Juez civil.

## 3. El papel del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción civil

### 3.1. Legitimación activa

En principio, todo ofendido o perjudicado por la causación del daño reparable podrá ejercitar la acción civil en estos supuestos, bien junto con la acción penal, formando parte de la acusación —particular, o, en su caso, privada, en los delitos perseguibles a instancia de parte—, bien con carácter único, en calidad de actor

22 Así, por ejemplo, para los delitos contra el honor —injurias y calumnias— el art. 216 del Código Penal prevé una específica medida de reparación del daño, en atención a la concreta naturaleza de las figuras delictivas de referencia, cual es la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del penado. Dicha medida será, además, complementada con una reparación pecuniaria. A este respecto, *vid.* ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 1966, p. 96.

civil, si, exclusivamente, se es titular de intereses extrapenales<sup>23</sup>, esto es, si no se ha sufrido, *propria manu*, una lesión del bien jurídico-criminalmente tutelado, pero sí se ha padecido un daño civilmente reparable<sup>24</sup>.

Ello no obsta para que, en los casos de existencia de un actor civil *stricto sensu*, otros sujetos puedan haberse personado, particularmente, ejercitando conjuntamente las acciones civiles y penales en la causa, además de la acusación pública.

Con carácter general, y con las solas excepciones de la manifestación expresa de reserva de la acción civil o de renuncia a su ejercicio, el Ministerio Fiscal está legitimado para ejercitar la acción civil, además de la penal, en los delitos públicos y semipúblicos. De hecho, en estos casos, está obligado estatutariamente a intervenir procesalmente en este sentido<sup>25</sup>.

### 3.2. Automatización del rol interventor del Ministerio Público

De todo lo expuesto anteriormente, se deduce que la legitimación del Ministerio Fiscal y su consiguiente intervención en el proceso al respecto de la cuestión civil revisten un carácter extraordinario<sup>26</sup>; sí, pero necesario, por cuanto tiene el deber legal de intervenir, *ex art.* 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>27</sup>, con independencia de que haya o no acusación particular<sup>28</sup> y, por extensión, actor civil.

---

23 Cfr. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 10.ª Edición, Marcial Pons, 2017, pp. 107-108. La autora excluye al asegurador del daño, ya que su perjuicio no se produce como consecuencia directa del delito, sino que, su origen es, en cambio, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

24 Criterio verdaderamente relevante a efectos de ejercicio de la acción, según consta en GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., HERNÁNDEZ GUIJARRO, J. J., PAZ RUBIO, J. M.<sup>a</sup>, RODRÍGUEZ RAMOS, L., y TOMÉ PAULE, J., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado. Concordancias y comentarios a los procedimientos ordinario, abreviado y Ley del Jurado*, Ed. Colex, Madrid, 1996, p. 75.

25 *Vid.* art. 3.4. de la Ley reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que literalmente establece lo siguiente:

«Artículo tercero.

Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal:

(...) 4. Ejercer las acciones penales y civiles dimanantes de delitos (...).

26 Incluso se ha indicado, que, además de extraordinaria, su intervención lo es por sustitución, al intervenir en nombre propio, pero en beneficio de persona ajena. Así, MORENO CATENA, V., en *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 138.

27 Y, por conexión con éste, el art. 112 de la misma Ley Procesal.

28 Cfr. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal...*, cit., p. 107.

Junto a lo anterior, y si bien se supedita su papel en el proceso a que no exista renuncia o reserva de acciones, lo cierto es que, *in absentia* de cualquier manifestación al respecto del ofendido o perjudicado, su intervención queda, a nuestro modo de ver, automatizada, y provista de autonomía, al no tener que sujetarse a los planteamientos procesales del titular del derecho<sup>29</sup>, en ningún aspecto, ni de la acción civil, ni tampoco del régimen, modalidad y extensión de la responsabilidad «*ex delicto*». Por consiguiente, estaría obligado a ejercitar la acción civil, conforme considere oportuno, si no hay manifestación tendente a su reserva o renuncia por parte del sujeto ofendido.

### 3.3. La reserva de acciones: sus efectos

La reserva de acciones civiles para su ejercicio en un procedimiento ulterior de este cariz debe articularse, conforme a lo establecido en el art. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante manifestación expresa al respecto<sup>30</sup>. La reserva se configurará, no obstante, como un supuesto excepcional, cuando el perjudicado ejercite su opción en este sentido<sup>31</sup>.

La reserva posibilitará el ejercicio de la acción civil, una vez haya finalizado la causa penal con resolución firme, conociendo de la cuestión un órgano jurisdiccional civil, en un procedimiento posterior de esta índole. Por consiguiente, lo que existirá en estos casos es, únicamente, un mero cambio de orden jurisdiccional<sup>32</sup>, pero no una automática mutación del régimen jurídico aplicable, puesto que, el daño causado lo sigue siendo en virtud de un hecho relevante a efectos penales, por lo que el Juez civil se verá obligado a aplicar, con carácter general, el régimen jurídico previsto en los arts. 109 y ss., del Código Penal.

### 3.4. La renuncia al ejercicio de la acción civil

Junto a lo anterior, previamente se ha indicado que la pretensión civil articulada en estos casos se continúa rigiendo, atendido su carácter, por las reglas del principio dispositivo, por lo que el titular de la acción puede perfec-

29 En esta línea, MORENO CATENA, V., en *Derecho Procesal...*, cit., p. 139.

30 Lo cual es incompatible con declaraciones de ambigua y equívoca significación. A este respecto, *vid.* STS, Sala de lo Civil, de 21 de enero de 2000 [ECLI:ES:TS:2000:272], Fundamento de Derecho Tercero.

En idéntico sentido, MUERZA ESPARZA, J. (Dir.), GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *et al.*, *Ley de Enjuiciamiento Criminal con Jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 118.

31 Elección que, además de, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se prevé normativamente en el art. 109.2 del Código Penal.

32 Cfr. MONTÉS PENADÉS, V. L., en VIVÉS ANTÓN, T. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, p. 584, e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos Civiles...*, cit., p. 42.

tamente renunciar a su ejercicio. Concretamente, en este sentido se pronuncia el legislador en los arts. 107 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitiendo, la renuncia expresa al ejercicio de tal acción. La misma, al igual que la reserva, debe manifestarse de forma explícita, al objeto de impedir el automático ejercicio acumulado de todas las acciones en la causa penal, concebido, *ut supra diximus*, como el criterio general pretendido *ex lege*.

Ahora bien, ¿cuáles serán los efectos de la renuncia? A nuestro entender, y conforme al carácter civil de la acción, los estipulados, con carácter general, para el proceso civil, en el art. 20.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, la terminación anormal del procedimiento, sin resolución sobre el fondo, únicamente sería predicable respecto del objeto civil del proceso penal, mas no de un procedimiento civil *ad hoc*, aún no iniciado. No obstante, el efecto verdaderamente relevante es la imposibilidad de un nuevo conocimiento acerca de la cuestión, al haberse realizado un acto de disposición, unilateral, sobre el objeto del proceso que ha dejado imprejuzgada la acción<sup>33</sup>. En este sentido, cabe mencionar que, actualmente, la renuncia es revocable, antes del trámite de calificación del delito, en los supuestos previstos en el art. 112, segundo párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; precepto reformado por la Disposición final primera, apartado dos, de la Ley Orgánica 10/2022, de 06 de septiembre. Tales supuestos son: cuando las consecuencias del delito sean más graves de las que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia estuvo condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito.

## 4. Conclusiones

1.- A tenor de todo lo expuesto con anterioridad, consideramos que el ejercicio acumulado de la acción civil en un procedimiento penal, en aras de ver reparado el daño ocasionado mediante la comisión de un hecho penalmente relevante, resulta, a nuestro modo de ver, ventajoso, a pesar de que algún autor ha considerado que es más beneficioso acudir con posterioridad al Juez civil<sup>34</sup> para obtener mayores indemnizaciones. Y ello por cuanto, mediante una labor de amplificación del objeto del proceso penal, se agiliza, la labor administradora de Justicia, al tratarse de una medida tendente a evitar una mayor sobrecarga de nuestro sistema judicial.

2.- En adición a lo anterior, la acumulación de referencia, lo es, conforme a las exigencias inherentes a la economía procesal, favoreciendo el percibo de la reparación civil, en su modalidad correspondiente, a la mayor brevedad posible;

---

33 Efecto previsto en BARONA VILLAR, S., en *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 403.

34 *Vid.* GARCÍA-VALDECASAS Y ANDRADA VANDERWILDE, J.G., «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho Español», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 834-840.

eventualidad que tiende a ser asegurada, mediante la adopción, por parte del Juez penal, de medidas cautelares reales, *ex arts. 589 y ss.*, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>35</sup>, como pueden ser la fianza y el embargo preventivo de bienes.

Por consiguiente, y en lo que respecta a la problemática inicialmente planteada, el ejercicio acumulado de acciones en la causa penal permite, en la medida de lo posible, evitar la comisión de conductas delictivas tendentes a frustrar una eventual y futura ejecución, al ser posible, prácticamente desde el inicio del procedimiento penal, y ostentando únicamente la condición de investigado, la adopción de estas medidas cautelares reales, destinadas a impedir distracciones patrimoniales, y, en consecuencia, a favorecer al perjudicado, asegurándole, *ab initio*, la reparación de la lesión patrimonial efectivamente sufrida.

3.- Además, la aplicación supletoria de las normas contenidas en el Código Civil al régimen de la responsabilidad «*ex delicto*», normativamente previsto en los arts. 109 y ss., del Código Penal, no hace sino reclamar que el Juez penal asuma su papel de Juez civil, por cuanto, en ocasiones, debe acudir a estas normas, en orden a la emisión de sus pronunciamientos, como complemento al Código Penal y a distintas leyes jurídico-criminales especiales<sup>36</sup>.

4.- No obstante lo anterior, el carácter civil de la acción conlleva la necesaria observancia del principio dispositivo, lo que acarrea que, pese a concebirse el ejercicio acumulado de acciones como criterio fomentado legislativamente, en aras de dar cumplimiento a las exigencias del precitado principio, es menester dejar expedita la vía de la reserva de acciones, para su ejercicio en un procedimiento civil ulterior, así como la posibilidad de renunciar al ejercicio de la correspondiente acción civil, o de proceder, en su caso, a la revocación de tal renuncia.

5.- Asimismo, y pese a los efectos que, en sede de cosa juzgada, puedan predicarse respecto de una resolución que se pronuncia acerca del fondo del asunto, habiéndose ejercitado tanto la acción penal como la civil, es lo cierto que la misma no sería aplicable, a nuestro entender, respecto de los daños y secuelas surgidos tras la conclusión de la causa penal seguida al efecto. En estos casos, para obtener su reparación, será necesario acudir a un procedimiento civil ulterior, si bien con base normativa en el régimen jurídico previsto en el Código Penal, puesto que el hecho causante del daño sigue siendo, cuanto menos, típico y antijurídico a efectos penales.

35 Cfr. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal...*, cit., p. 142.

36 YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos Civiles...*, cit., pp. 36 y ss., ha criticado que, al respecto de la cuestión civil *ex delicto*, los Jueces penales apliquen exclusivamente el Código Penal, o, en su caso, la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, y no acudan, como complemento, a los regímenes de responsabilidad civil obrantes en el Código Civil, lo que conduce, a su entender, a que, en los supuestos en que el régimen jurídico del Código Penal o de la anterior Ley penal especial citada, remita a la normativa jurídico-privada general, de no acudirse a ésta, el pronunciamiento judicial no estará debidamente fundado, desde el punto de vista normativo.

## 5. Bibliografía citada

**ÁLVAREZ VIGARAY, R.**, «La responsabilidad por daño moral», en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 1966.

**ALASTUEY DOBÓN, C.**, «Capítulo XIV: La responsabilidad civil y las costas procesales», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), BOLDOVA PASAMAR, M. A., y ALASTUEY DOBÓN, C., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

— «Lección 12: Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (II): la responsabilidad civil derivada del delito», en GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M. A., y ALASTUEY DOBÓN, C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª ed., 2022.

**ANTÓN ONECA, J.**, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949.

**ARMENTA DEU, T.**, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 10.ª Edición, Marcial Pons, 2017.

**CEREZO MIR, J.**, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. B de F, 2008.

**COBO DEL ROSAL, M.**, *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*, Ed. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008.

**DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES ALONSO, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOME GARCIA, J. A.**, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Colección Ceura, Madrid, 1994.

**GARCÍA-VALDECASAS y ANDRADA VANDERWILDE, J. G.**, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho Español», en *Revista de Derecho Privado*, 1962.

**GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.**, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2003.

**GÓMEZ ORBANEJA, E.**, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. II. vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S.A., 1951.

**GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., HERNÁNDEZ GUIJARRO, J. J., PAZ RUBIO, J. M.ª, RODRÍGUEZ RAMOS, L., y TOMÉ PAULE, J.**, *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado. Concordancias y comentarios a los procedimientos ordinario, abreviado y Ley del Jurado*, Ed. Colex, Madrid, 1996.

**HORTAL IBARRA, J. C.**, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo "resolver" la cuadratura del círculo», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2014.

- MARTÍN CASALS, M.**, y **SOLÉ FELIÚ, J.**, «El daño moral», en *Derecho privado europeo* (Coord.: Cámara Lapuente), Ed. Colex, Madrid, 2003.
- MATE SATUÉ, L. C.**, «La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español», en *Rev. Boliv. de Derecho*, n.º 32, julio de 2021.
- MORENO CATENA, V.**, y **CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.**, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MONTERO AROCA, J.**, **GÓMEZ COLOMER, J. L.**, **BARONA VILLAR, S.**, y **CALDERÓN CUADRADO, M.ª P.**, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUERZA ESPARZA, J.** (Dir.), **GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.**, **GUTIÉRREZ DE CABIÉDES, P.**, **LÓPEZ SÁNCHEZ, J.**, et. al., *Ley de Enjuiciamiento Criminal, con Jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- PIQUÉ VIDAL, J.**, **RIFÁ SOLER, J. M.ª**, **VALLS GOMBAU, J. F.**, y **SAURA LLUVIÁ, L.**, *El proceso penal práctico. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios.*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.
- ROCA TRÍAS, E.**, y **NAVARRO MÍCHEL, M.**, *Derecho de daños: textos y materiales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- RUEDA MARTÍN, M.ª Á.**, «El concepto de delito», en *Derecho Penal: Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, (coords.: Boldova Pasamar, Romeo Casabona y Sola Reche), Granada, Comares, 2016.
- VIVÉS ANTÓN, T.** (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.**, *Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)*, Dykinson, S.L., 1997.

## 6. Jurisprudencia

- STS, Sala de lo Civil, de 21 de enero de 2000 [ECLI:ES:TS:2000:272].
- STS, Sala de lo Civil, n.º 802/2011, de 07 de noviembre de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:7267].
- STS, Sala de lo Penal, n.º 436/2018, de 28 de septiembre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:4121].
- STS, Sala de lo Penal, n.º 283/2021, de 29 de marzo de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:1297].
- STS, Sala de lo Penal, n.º 928/2021, de 26 de noviembre de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:4349].

- STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, n.º 94/2018, de 03 de septiembre de 2018 [ECLI:ES:TSJCV:2018:6774].
- SAP Madrid, Sección 5.ª, n.º 69/2015, de 11 de septiembre de 2015 [ECLI:ES:APM:2015:11691].
- SAP Ourense, Sección 2.ª, n.º 294/2019, de 22 de octubre de 2019 [ECLI:ES:APOU:2019:631].



## CAPÍTULO XIII

---

# MACROPROCESOS POR CORRUPCIÓN: PROBLEMÁTICAS EN CUANTO A LA CELERIDAD DEL PROCESO

**Mario Neupavert Alzola**

*Profesor de Derecho Penal – Universidad de Cádiz*

*Mario.neupavert@uca.es*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se plantearán los principales escollos a la celeridad de los macroprocesos por corrupción. Si bien en un proceso penal habitual encontramos cuestiones que pueden ser perfectamente soslayables con la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los macroprocesos por corrupción, por su idiosincrasia, tiene lugar el choque entre una difícil fase de instrucción repleta de diligencias de sumario, un enjuiciamiento con multitud de intervinientes y los delitos del Título XIX, entre otros, siendo éstos de tipificación compleja en el Código penal. Para ello, se analizan los conceptos de macroproceso y de corrupción, para posteriormente exponer las cuestiones concretas que generan complicaciones a la hora de mantener la celeridad del proceso. Asimismo, se indican las hipotéticas soluciones que podrían dar respuesta a estos problemas, y se ofrecen una serie de conclusiones obtenidas a raíz del trabajo.

**ABSTRACT:** In the current paper, the main problems about celerity in corruption macro-trials will be set out. In usual criminal trials the current criminal procedural law is able to avoid this problems yet in criminal macro-trials due to its idiosyncrasy, has found a conflict within an instruction phase with plenty of summary diligences, a trial phase with many interveners, and the crimes of title XIX, among others, being those the most complex criminal offences tipified in the Spanish Criminal Code. For this purpose, macro-trial and corruption concepts will be analysed. Then, the specific problems about process celerity and its hypothetical solutions will be discussed. Finally, the conclusions obtained from the assignment will be declared.

**PALABRAS CLAVE:** macroproceso, corrupción, celeridad, dilaciones indebidas.

**KEYWORDS:** criminal class action, corruption, celerity, undue delays.

## 1. Introducción

Disertar sobre corrupción implica, en muchas ocasiones, hablar de los llamados macroprocesos penales. Tales macroprocesos penales se separan del clásico proceso individual al que solemos estar acostumbrados en el devenir de los órganos judiciales. Y si de por sí un macroproceso penal suele resultar en un gran entramado de diligencias y actuaciones de los distintos operadores jurídicos, cuando el objeto del proceso es una cuestión relativa a la presunta comisión de delitos contra la Administración pública, nos encontramos ante la tormenta perfecta. En el presente trabajo se busca exponer el difícil encuentro que tienen ambas figuras a la hora de procurar su compatibilidad con la celeridad.

La Real Academia Española define «celeridad» como «prontitud, rapidez, velocidad». Actuar con celeridad es actuar pronto, rápido, velozmente. La definición ofrecida presumiblemente podrá encajar con aquel proceso que tenga una instrucción relativamente sencilla, un juicio oral corto (de incluso una única sesión) y una ejecución que no implique excesivos trámites. Sin ir más lejos, podemos imaginar a una persona que sustrae un móvil en una tienda, y es identificado tanto por un testigo como por el dueño. Además, lo graba una de las cámaras de seguridad, que es revisada por los agentes, quienes también detienen al ladrón con lo sustraído. Es evidente que no podemos comparar el procedimiento que debe incoarse con respecto a este ejemplo, con el procedimiento que debe incoarse para hallar la verdad material de delitos como la prevaricación, el cohecho o la malversación.

Uno de los primeros problemas parte de nuestra legislación procesal. El vigente Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fue creado para enjuiciar ilícitos penales cometidos por un número ínfimo de intervinientes, o directamente para enjuiciar procesos individuales<sup>1</sup>. Y, sin embargo, en la actualidad, las normas reguladoras del proceso penal se enfrentan a procesos que están repletos de investigados. Procesos con instrucciones extensísimas y repletas de diligencias. O, directamente, con personas jurídicas e incluso partidos políticos que resultan investigados<sup>2</sup>.

Teniendo estos presupuestos en cuenta como punto de partida, si en los procesos individuales la celeridad de los mismos queda puesta en entredicho (la inclusión de la atenuante de dilaciones indebidas a tenor de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, es sintomática de la situación), en los macroprocesos ni está, ni se le espera.

---

1 NIEVA FENOLL, J., «Proceso penal y delitos de corrupción. Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2/2013, p. 5.

2 *Ibidem*.

A tales cuestiones debe añadirse que, si de por sí los medios de comunicación suelen ser el altavoz clásico de los procesos relevantes que se vienen enjuiciando en nuestro país, cuando de macroprocesos se trata, el interés es absoluto, copando portadas y noticieros. Gracias a ellos, entre otros, podemos comprobar desde fuera del proceso cómo, a raíz de sus informaciones, cualquier tipo de plazo razonable puede verse vulnerado. Ello, por supuesto, en detrimento de los derechos fundamentales no solo de los justiciables, sino también de los perjudicados y de la sociedad en su conjunto.

Los macroprocesos por corrupción son una cuestión de completa actualidad, aun si en los más recientes podemos encontrarnos ante entramados corruptos que se remontan a las décadas de 1990 o 2000. En los últimos años hemos observado cómo se concluían instrucciones de cientos de tomos que darían paso a juicios con multitud de sesiones y numerosos intervinientes, tanto acusados como testigos. Sin embargo, son solo el inicio de lo que podría venir. Las últimas reformas procesales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lugar de enfocarse en cómo podemos encauzar mejor estos macroprocesos, parece que van encaminadas a ponerles un *deadline*, a raíz de la anterior y actual regulación del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¿Está la Ley de Enjuiciamiento Criminal preparada para asumir tales retos? ¿Están los Juzgados y Tribunales preparados para concluir satisfactoriamente tales procesos sin vulnerar ningún tipo de garantía o derecho en el trayecto? ¿Cuáles son los problemas particulares de estos macroprocesos? Estas son algunas de las preguntas que el presente trabajo tratará de responder y a través de las cuáles se realizarán las conclusiones.

## 2. Macroproceso y corrupción: ideas principales

Como ya se ha expuesto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal está pensada para instruir y enjuiciar procesos penales individuales<sup>3</sup>. Si ya de por sí nos enfrentamos en la práctica a procesos penales cuya ejecución y regulación puede considerarse mejorable, la cuestión se vuelve insostenible cuando nos dirigimos a un macroproceso: aquel proceso que cuenta con una instrucción extensísima o el enjuiciamiento de varias decenas de imputados<sup>4</sup>, o incluso ambas. No debe olvidarse tampoco la ejecución de la sentencia, ya que, con la regulación actual tanto desde la perspectiva penal como procesal, tal fase adquiere una vital importancia a la hora de recuperar los activos con figuras como el decomiso. También podría colapsarse aún más el órgano sentenciador si tenemos en cuenta que los múltiples investigados habitualmente

3 NIEVA FENOLL, J., *Proceso penal y delitos de corrupción. Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal*, cit., p. 5.

4 *Ibidem*.

procederán a agotar no solo las vías de recurso, sino también los distintos mecanismos de suspensión e incluso podrían solicitar el indulto (y la suspensión de la pena mientras éste se tramita).

Todas estas cuestiones darán lugar, en su momento, a un hipotético colapso del órgano de instrucción. Y una vez concluida, supondrá la ocupación de gran parte de la agenda de señalamientos del órgano de enjuiciamiento, que además afrontará la ardua tarea de ejecutar la sentencia, con la problemática adicional para los casos en los que ésta sea condenatoria.

Desde la perspectiva de una «instrucción extensísima», tenemos que tener en cuenta que el sumario constituye *«las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos»* (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Deberán practicarse múltiples diligencias del sumario para cumplir tales exigencias en cualquier proceso penal, pero la cuestión adquiere mayor dificultad si nos movemos desde los clásicos interrogatorios de víctima y victimario y periciales, que podrían tener al Juzgado ocupado durante una única mañana, a, por ejemplo, el interrogatorio de todos los trabajadores de un Ayuntamiento, el examen de un proceso administrativo complejo como podría ser la adjudicación de una subvención o las posibles periciales contables y económicas al respecto del proceso administrativo hipotético, que podrían tener al Juzgado o Tribunal ocupado durante las mañanas de varios meses.

En cuanto al enjuiciamiento de múltiples investigados, si en los procesos penales individuales encontramos un número de personas que cabrían físicamente sentados en el banquillo, en los macroprocesos podemos observar el enjuiciamiento de personas físicas, personas jurídicas, partidos políticos o partícipes a título lucrativo, que obligaría a recurrir a Audiencias u otros Tribunales que verdaderamente disponen de los medios materiales para poder celebrar tales vistas.

A su vez, la concurrencia en el proceso de múltiples personas con estos roles implica la necesidad de que a cada una de ellas la asista su propio abogado y su propio procurador, debido a la evidente posibilidad de que la defensa de varios conlleve un posible conflicto de intereses. Cada uno de estos profesionales, a su vez, con su propia agenda. Además, al tener en cuenta la magnitud de tales procedimientos, los profesionales que asisten a las partes acostumbran a ser de renombre y prestigio, ostentando la capacidad material e intelectual para hacerse cargo de la defensa de estas cuestiones. Coordinar la agenda de todas las partes se antoja una cuestión no difícil, sino imposible. Todo ello, sin olvidar que al otro lado tendremos a la Fiscalía, a las acusaciones particulares e incluso populares. La posibilidad de que, en el proceso penal, además de la Fiscalía o la Abogacía del Estado (en el papel

de defensora de los intereses de la Administración pública), nos encontremos a los perjudicados por los ilícitos o acusadores populares, nos remite a un proceso donde encontramos múltiples intereses distintos en cada una de las partes, tanto acusadora como defensora.

Los macroprocesos amplían su dificultad cuando de delitos de corrupción se trata. Al estudiar los delitos de corrupción pública, nos encontramos con múltiples especificidades que son ajenas a la mayoría de delitos. El hecho de ser generalmente delitos especiales, su relación con otras ramas del ordenamiento como el Derecho administrativo, la intervención en algunos casos relevantes de la figura del aforamiento o la posibilidad de exigir responsabilidad penal a una persona jurídica o incluso a un determinado partido político son solo algunas de las cuestiones más relevantes que alejan los procesos por corrupción del resto de procedimientos habituales en un Juzgado.

Y es que la corrupción cambia su definición según el ámbito en el que nos movamos. En el plano sociológico, hablar de corrupción es hablar de corrupción política: aquella que utiliza los instrumentos específicos de las administraciones públicas para su utilización espuria<sup>5</sup>. No obstante, en el ámbito jurídico debe entenderse por corrupción, como expone TERRADILLOS BASOCO, la referencia a los delitos contra la Administración Pública del Código penal, con determinadas inclusiones como las de los artículos 320, 322 y 329, así como el artículo 286 ter<sup>6</sup>.

En este catálogo encontramos los principales delitos de corrupción: la prevaricación, el cohecho, el tráfico de influencias o la malversación de caudales públicos, pero ni son los únicos, ni tales delitos son posibles de simplificarse, por cuanto que también existen prevaricaciones especiales y existen distintas formas de cohecho. Asimismo, en cuanto a la aplicación de tal catálogo de delitos a la corrupción que sufre nuestro país, la corrupción política ha adquirido un carácter sistémico, de planteamiento estructural y no coyuntural, en palabras de DOPICO GÓMEZ-ALLER, quien añade que tal carácter «no sólo deriva de su persistencia y extensión, sino de la reiteración de pautas delictivas similares y de su vertebración por todo el territorio del Estado a través de las estructuras que corren paralelas a algunos partidos políticos»<sup>7</sup>.

En cuanto a las características esenciales de los casos de gran corrupción, señala HAVA GARCÍA que estos involucran enormes sumas de dinero (fac-

5 Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. M.<sup>a</sup>, «Corrupción política: consideraciones político-criminales», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 1, 2017, p. 2.

6 TERRADILLOS BASOCO, J. M.<sup>a</sup>, «Apuntes político-criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español», *Revista Nuevo Foro Penal*, 93, 2019, p. 13.

7 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política», *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 11/2015, p. 258.

tor económico), son ejecutados en las altas cotas de poder (factor político), constituyen un conjunto de actos planificados insertos en el funcionamiento del país o región (factor sistémico), el perjuicio afecta a los derechos y libertades de los ciudadanos (factor social), y la relación con las altas esferas y el carácter planificado de sus actos les permite eludir la acción de la justicia (factor impunidad)<sup>8</sup>.

Con todo lo anterior, algunos de los delitos anteriormente expuestos entran dentro del ámbito de enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, lo que complica aún más la situación. Según el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, éste será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal: e) infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413 a 415), f) cohecho (artículos 419 a 426), g) tráfico de influencias (artículos 428 a 430), h) malversación de caudales públicos (artículos 432 a 434), i) fraudes y exacciones ilegales (artículos 436 a 438), y j) negociaciones prohibidas a funcionarios (artículos 439 y 440).

### 3. Celeridad y macroproceso por corrupción

Analizadas tales cuestiones, debemos dirigirnos a la realidad teórica y práctica del proceso penal para poder conocer dónde se encuentran los problemas. El punto de partida que ha planteado el legislador para poder facilitar el enjuiciamiento de estos delitos es el siguiente: la reforma del artículo 17 y las modificaciones al artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En cuanto al primero de los artículos, su redacción es la siguiente:

Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

Este artículo, modificado por el art. único.2 de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, actualiza la versión previa estableciendo que los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando fuere conveniente salvo que supongan excesiva complejidad o dilación para el progreso, por lo que los impedimentos a la causa única pueden ser o complejidad o dilación. En los macroprocesos tenemos ambas, y se interrelacionan entre sí: la evidente complejidad de estudiar cada uno de los procedimientos administrativos de, por ejemplo, contratos inferiores a 15.000€ del artículo 18 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (llamados

---

8 Cfr. HAVA GARCÍA, E., «Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, no. 87, junio-diciembre 2016, p. 95.

contratos menores) da lugar a la necesidad de dedicar un tiempo concreto al estudio de tales procedimientos. Igual sentido si pensamos en comisiones rogatorias<sup>9</sup> a otros países de cara en busca del dinero objeto de fraude. Ya con la versión previa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal encontrábamos el artículo 762, regla sexta, que dispone que «*para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los encausados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento*». Justamente se está buscando simplificar (o sea, solucionar la complejidad) y activar (o sea, reducir la dilación) el procedimiento. En algunos casos será preferible que la causa, como señala CUBILLO LÓPEZ, se divida en varios procesos o en varias piezas separadas, para que cada asunto lleve su propio itinerario procedimental, y en consonancia, su propia velocidad<sup>10</sup>. Ello, a su vez, por cuanto que la concentración de la investigación de esta clase de delitos en un solo proceso dificulta, en ocasiones, la tarea de apurar todas las posibilidades probatorias<sup>11</sup>.

En el llamado «Caso Gürtel», tras una larga instrucción, se procedió a la división en piezas separadas que abarcaban parte de la actividad del grupo de empresas de Francisco Correa, comenzando con la llamada «Gürtel Época I»<sup>12</sup>, que comprendía la presunta actividad ilícita de los años 1999 a 2005. Mediante la tramitación de piezas separadas, se procedía a excluir a veintidós imputados del procedimiento principal, en el que todavía se cursaba la instrucción, y se mantenían a otros veinticuatro en éste. Así, los cuarenta y cinco constarían como imputados en la nueva pieza separada, pero veintiuno dejarían el proceso, facilitando que el procedimiento principal siga su curso. Surgirían tras ella distintas piezas separadas, como «Gürtel AENA»<sup>13</sup>, «Gürtel Visita del Papa»<sup>14</sup> o «Gürtel Jerez»<sup>15</sup>, entre otras.

Tales fórmulas de división de causas para fomentar su simplificación y permitir su celeridad contrasta con el contenido actual del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ciñe a doce meses el plazo máximo de

9 AAN 169/2014, de 29 de julio, con ECLI:ES:AN:2014:169A (Auto de incoación de la Pieza Separada «DP 275/08 — Época I: 1999-2005»), Antecedente de Hecho 5.º

10 CUBILLO LOPEZ, I. J., «Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/2015», *Estudios de Deusto*, 65, n.º 2, 2017, p. 18.

11 GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid Ed. Castillo de Luna, 2018, p. 123.

12 AAN 169/2014, de 29 de julio, con ECLI:ES:AN:2014:169A (Auto de incoación de la Pieza Separada «DP 275/08 — Época I: 1999-2005»), Parte Dispositiva, 1.º, literales A y B.

13 STS 657/2021, de 28 de julio, con ECLI:ES:TS:2021:3275.

14 SAN Sc. 2.ª 20/2020, de 25 de noviembre, con ECLI:ES:AN:2020:3074.

15 STS 86/2022, de 31 de enero, con ECLI:ES:TS:2022:396.

instrucción desde la incoación de la causa, con la posibilidad de prorrogarlo por períodos iguales o inferiores a seis meses, mediante auto razonado, y que se aplicaba a las instrucciones en vigor en atención a la Disposición Transitoria de la Ley 2/2020, de 27 de julio. Esta regulación actual salva la anterior, y parece que la posible finalización de plazos de instrucción de casos de corrupción de cierta complejidad fue el desencadenante de tal disposición<sup>16</sup>.

Posiblemente una buena intención que se ve lastrada por la evidente falta de medios materiales que sufren nuestros órganos judiciales. Así, si no se solicitare o aprobare la prórroga en plazo, puede desembocar en la invalidez de las diligencias acordadas tras acabarse tal plazo, como ocurrió en el caso «Auditorio de Puerto Lumbreras». En tal asunto, en el que se encontraba acusado el expresidente de la Región de Murcia, no se prorrogó el plazo de instrucción y el Tribunal Supremo (y en idéntico sentido las instancias inferiores), entendiéndolo que el plazo de instrucción es de obligado cumplimiento, no de carácter voluntarista, y que no tiene subsanación posible, mantuvo la absolución. El Fiscal no solicitó la prórroga (régimen anterior al actual artículo 324, que fijaba en seis meses el plazo, y la competencia del Fiscal para solicitar la complejidad), dando pie a que todas las actuaciones posteriores a los seis meses fueran declaradas nulas, «arrastrando todas las consecuencias que dimanaran de esa nulidad»<sup>17</sup>. Puede pensarse que la actual regulación del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal promueve la celeridad, y pareciere que ese es su planteamiento de inicio, pero si el coste de la celeridad es la posible impunidad en algunos supuestos, tal celeridad debe ser rechazada. Y es que los plazos deberían efectivamente, tal y como expone ASUA BATARRITA, tener siempre un horizonte máximo predecible<sup>18</sup>. La reforma inicial del artículo 324 modificó los tiempos, pero no los métodos ni los medios<sup>19</sup>.

Desde el punto de vista del examen de hechos a investigar, en estos procedimientos solemos encontrar delitos de prevaricación, cohecho o malver-

---

16 GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «A vueltas con la limitación temporal de la fase de instrucción en los procesos penales: el nuevo artículo 324 LECRIM», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1/2021, p. 26.

17 STS 455/2021, de 27 de mayo, con ECLI:ES:TS:2021:2267, FJ 2.º

18 ASUA BATARRITA, A., «Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva», *Revista Vasca de Administración Pública*, 87-88, 2010, p. 189.

19 En este sentido, es interesante la comparación que realiza DOPICO GÓMEZ-ALLER, cuando expone que, para un viaje Madrid-Barcelona, de 7 horas de duración en coche, si queremos acortar la duración, debemos ir en AVE o avión, no decirle al conductor que se detenga a las tres horas. *Vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política*, cit., pp. 261-262.



sación, entre otros<sup>20</sup>. En consecuencia, será necesario el estudio de procedimientos administrativos completos, lo que requerirá a su vez que desde la autoridad judicial se reclame a las administraciones el expediente de cada procedimiento, por ejemplo, donde presuntamente se resolvió a sabiendas de su injusticia o donde se concedió un contrato a una empresa en cuestión. A su vez, también resultan imprescindibles las comisiones rogatorias o solicitud de asistencia judicial internacional, pidiendo a la autoridad judicial de otro país que aporte al proceso los datos que se requieran<sup>21</sup>. Los entramados a los que acostumbran recurrir los criminales económicos para esconder el dinero obligan a solicitar tales datos a autoridades judiciales de otros países y, de ser posible, a solicitar que se embarguen los bienes que tengan en tales jurisdicciones. Ello, sin soslayar la evidente extensión de los expedientes completos de los procesos. Así, la investigación de la Época I de Gürtel se saldó con en torno a 700 tomos, con una media de 400 páginas cada uno<sup>22</sup>, y el Caso de los ERE aunaba más de 500.000 folios<sup>23</sup>.

Desde el punto de vista de las partes, estos procedimientos congregan gran cantidad de intervinientes, tanto en la acusación como en la defensa. En cuanto a la acusación, tenemos a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada o al Fiscal de la Audiencia Nacional o el territorial (según el caso<sup>24</sup>), la Abogacía del Estado, a las empresas y entidades públicas afectadas por los delitos, y en ocasiones incluso quien ejerce la acción popular. Por otro lado, en la posición de la defensa, encontraremos tanto a corruptores y corrompidos como a aquellos que permiten crear las estructuras necesarias para poder beneficiarse del delito.

- 
- 20 Tales delitos contra la administración pública son, a grandes rasgos, los que se investigan en los casos «Gürtel» y «ERE», como puede extraerse de las STS 507/2020, de 14 de octubre, con ECLI:ES:TS:2020:3191 y STS 749/2022, de 13 de septiembre, con ECLI:ES:TS:2022:3258.
- 21 AAN 169/2014, de 29 de julio, con ECLI:ES:AN:2014:169A (Auto de incoación de la Pieza Separada «DP 275/08 – Época I: 1999-2005»), Antecedente de Hecho 5.º
- 22 FERNÁNDEZ, D., GÜRTEL, la trama, Ed. Libros.com, 2015, p. 32.
- 23 LA SEXTA, «Griñán y otros cinco exaltos cargos de la Junta de Andalucía piden más tiempo para presentar su defensa en el caso de los ERE», 7 de noviembre de 2016. [Disponible online: [https://www.lasexta.com/noticias/nacional/grinan-otros-cinco-exaltos-cargos-junta-andalucia-piden-mas-tiempo-presentar-defensa-caso-ere\\_20161107582101de0cf24962cc1b6693.html](https://www.lasexta.com/noticias/nacional/grinan-otros-cinco-exaltos-cargos-junta-andalucia-piden-mas-tiempo-presentar-defensa-caso-ere_20161107582101de0cf24962cc1b6693.html), consultado a 25 de junio de 2022].
- 24 Ello teniendo en cuenta que dependerá en los supuestos recogidos en el artículo 19.4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en los casos en los que exista especial trascendencia y complejidad. Como señala RODRÍGUEZ TIRADO, tal especial trascendencia puede ser directamente apreciada por la Fiscalía General del Estado, y en idéntico sentido, retirar tal especial trascendencia. *Vid.* RODRÍGUEZ TIRADO, A. M.<sup>a</sup>, «Ministerio Fiscal, Investigación penal en delitos de corrupción económica y determinación de la competencia penal», en N. RODRÍGUEZ-GARCÍA, A. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, F. RODRÍGUEZ-LÓPEZ (Dir.) *Corrupción: Compliance, Represión y Recuperación de Activos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 142.

Todas estas cuestiones, en suma, generan esas fricciones en el macroproceso por corrupción que hace que se dilate progresivamente en el tiempo, pudiendo vulnerar el derecho al proceso sin dilaciones indebidas recogido en el artículo 24 CE.

## 4. Conclusiones

1.- La actual regulación que permite dividir una causa en varias es útil para permitir la mejor instrucción y enjuiciamiento de las macrocausas por corrupción.

2.- El problema viene cuando, al dividir una macrocausa para su enjuiciamiento, la Sala a la que se remite tal causa por reglas de reparto no puede, debido a sus medios materiales, llevar a cabo con prontitud el enjuiciamiento de tal causa.

3.- La regulación previa del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debía ser reformada para salvaguardar mejor tanto el derecho al proceso sin dilaciones indebidas de los investigados como la posibilidad material de que la instrucción se complete con éxito realizando cuantas diligencias fueren necesarias.

4.- La existencia de determinadas particularidades en los macroprocesos por corrupción hace necesario, entre otros, el incremento de medios materiales tanto en los órganos de instrucción como en los órganos de enjuiciamiento.

5.- En alguna de las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal encontramos grandes modificaciones del sistema pero que no vienen acompañadas de incremento de medios materiales. Modificar una norma es sencillo para el legislador, pero dotar de medios materiales a la Administración de Justicia no lo es.

## 5. Bibliografía

**ASUA BATARRITA, A.**, «Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva», *Revista Vasca de Administración Pública*, 87-88, 2010.

**CUBILLO LOPEZ, I. J.**, «Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/2015», *Estudios de Deusto*, 65, n.º 2, 2017.

**DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.**, «Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política», *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 11/2015.

- FERNÁNDEZ, D.**, *Gürtel, la Trama*, Ed. Libros.com, 2015.
- GIMENO SENDRA, V.**, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Ed. Castillo de Luna, 2018.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.**, «A vueltas con la limitación temporal de la fase de instrucción en los procesos penales: el nuevo artículo 324 LECRIM», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1/2021.
- HAVA GARCÍA, E.**, «Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n.º 87, junio-diciembre 2016.
- NIEVA FENOLL, J.**, «Proceso penal y delitos de corrupción. Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2/2013.
- RODRÍGUEZ TIRADO, A. M.**, «Ministerio Fiscal, Investigación penal en delitos de corrupción económica y determinación de la competencia penal», en N. RODRÍGUEZ-GARCÍA, A. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, F. RODRÍGUEZ-LÓPEZ (Dirs.), *Corrupción: Compliance, Represión y Recuperación de Activos*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2019.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.**, «Corrupción política: consideraciones político-criminales», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 1, 2017.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.**, «Apuntes político-criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español», *Revista Nuevo Foro Penal*, 93, 2019.

## 6. Jurisprudencia

- AAN 169/2014, de 29 de julio, con ECLI:ES:AN:2014:169A (Auto de incoación de la Pieza Separada «DP 275/08 - Época I: 1999-2005»).
- SAN Sc. 2.ª 20/2020, de 25 de noviembre, con ECLI:ES:AN:2020:3074 (Gürtel Visita del Papa).
- STS 507/2020, de 14 de octubre, con ECLI:ES:TS:2020:3191 (Gürtel Época I).
- STS 455/2021, de 27 de mayo, con ECLI:ES:TS:2021:2267, FJ 2.º (Auditorio de Puerto Lumbreras).
- STS 657/2021, de 28 de julio, con ECLI:ES:TS:2021:3275 (Gürtel AENA).
- STS 86/2022, de 31 de enero, con ECLI:ES:TS:2022:396 (Gürtel Jerez).
- STS 749/2022, de 13 de septiembre, con ECLI:ES:TS:2022:3258 (ERE).



## CAPÍTULO XIV

---

# ÁMBITO MATERIAL EN EL QUE HAN DE DESENVOLVERSE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE EFICIENCIA PROCESAL DE DICIEMBRE DE 2020<sup>1</sup>

Jesús del Águila Martínez

*Investigador posdoctoral (acreditado a contratado doctor)*

*Universidad de Almería*

*jdm328@ual.es*

**RESUMEN:** El presente estudio centra su atención en el Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal de 15 de diciembre de 2020. Sin perjuicio de los aspectos más controvertidos que introduce esta norma, muchos de ellos ya evidenciados en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, y corregidos en la última versión del Proyecto de Eficiencia Procesal, de 12 de abril de 2022, hemos centrado nuestra atención en el ámbito material en el que han de desenvolverse los Medios Adecuados de Solución de Controversias, que, tras esta norma, pasarán de ser voluntarios para imponerse sin paliativos. Así, hemos delimitado su ámbito de aplicación material, que queda delimitado por tres criterios concurrentes: un criterio objetivo, que incluye las materias no negociables, así como las materias respecto de las cuales no es exigible aducir a un Medio Adecuado de Solución de Controversias; un criterio territorial; y, un criterio subjetivo.

---

1 Estudio desarrollado en el marco del Proyecto I+D «Protección procesal de la vivienda familiar. Especial referencia a las medidas adoptadas con motivo de la pandemia del COVID-19» (P20-00043), financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, Junta de Andalucía (cofinanciado con Fondos FEDER); y, del Proyecto I+D+i UAL-FEDER «Hacia una Justicia eficiente y sostenible: una aproximación multidisciplinar» (UAL2020-SEJ-C1965), financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, Junta de Andalucía (cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020).

**PALABRAS CLAVE:** Medios Adecuados de Solución de Controversias, requisito de procedibilidad, ámbito material, negociación, mediación.

**ABSTRACT:** This study focuses its attention on the Draft Law on Procedural Efficiency of December 15, 2020. Without prejudice to the most controversial aspects introduced by this regulation, many of them already evidenced in the Report of the General Council of the Judiciary, and corrected In the latest version of the Procedural Efficiency Project, dated April 12, 2022, we have focused our attention on the material area in which the Adequate Means of Dispute Resolution must be developed, which, after this rule, will go from being voluntary to being imposed no palliative.

Thus, we have delimited its scope of application, which is limited by three concurrent criteria: an objective criterion, which includes non-negotiable matters, as well as matters with respect to which it is not required to adduce an Adequate Means of Dispute Resolution; a territorial criterion; and, a subjective criterion.

**KEYWORDS:** Adequate Means of Dispute Resolution, procedural requirement, material scope, negotiation, mediation.

## 1. Introducción

Mucho se ha debatido sobre la ineficiencia de nuestro sistema judicial; como ya decía el filósofo, político y pensador Séneca: *«nada se parece tanto a la injusticia como una justicia tardía»*. Y, si algo caracteriza a nuestra justicia civil, por no entrar en otros órdenes jurisdiccionales, es que es excesivamente burocrática y lenta. Lentitud, que deriva de diversos factores entre los que destacan, la falta de medios personales y materiales y, en los últimos tiempos, la paralización de la justicia provocada por la crisis sanitaria del Covid-19.

En este contexto, se elaboró el primer Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 15 de diciembre de 2020<sup>2</sup>; Anteproyecto, cuya finalidad es la de construir un instrumento normativo para potenciar los mecanismos de la Administración de Justicia que permitan dar una respuesta más ágil y eficaz a las partes, ayudando a paliar el incremento de la litigiosidad provocado por la pandemia sanitaria del Covid-19. El objetivo que se predica de esta norma gira en torno al concepto de *«eficiencia procesal»*, que se traduce en la introducción de medidas de agilización en los procedimientos, sean cuales sean los órganos jurisdiccionales.

---

2 En este sentido, cabe indicar que, a fecha de publicación de este estudio, fue aprobado otro Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal, del que disponemos, que finalmente, no fue publicado oficialmente. Sin embargo, el 12 de abril de 2022, sí ha sido publicado oficialmente el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria, Proyecto, que ha sufrido algunas modificaciones respecto al que es objeto de estudio en este capítulo.

En efecto, el Anteproyecto pone el acento en que la justicia no se base únicamente en la «*administración contenciosa*» (EM, ap. II), sino más bien en un sistema de justicia deliberativa. Justicia esta, que pretende evitar el monopolio judicial de la resolución de los conflictos, y que conlleva la asunción de responsabilidad por parte de los colegios profesionales, que deberán disponer de Medios Adecuados de Solución de Controversias<sup>3</sup> en el seno de sus instituciones, para facilitar el acuerdo consensuado, dado que ello caracteriza a las sociedades democráticas avanzadas<sup>4</sup>.

Sin perjuicio de que este Anteproyecto (y sus sucesivas versiones), introducen muchos aspectos controvertidos en cuanto a los Medios Adecuados de Solución de Controversias, tales como su denominación, la introducción de mecanismos sancionadores, o la controvertida atribución de eficacia de cosa juzgada al acuerdo alcanzado por las partes (*ex art. 10 ALEP*), muchos de estos aspectos ya evidenciados en el Informe del Consejo General del Poder Judicial<sup>5</sup>, vamos a centrar nuestra atención en el ámbito material en el que han de desarrollarse aquellos medios.

## 2. Ámbito material en el que han de desarrollarse los medios adecuados de solución de controversias

Al igual que sucede con el resto de normas, el Anteproyecto hace referencia al ámbito material de aplicación en el que han de desarrollarse los Medios Adecuados de Solución de Controversias. Por ello, hemos optado por dividir en tres grandes bloques los criterios que delimitan su ámbito de aplicación: un criterio objetivo; un criterio espacial o territorial; y, un criterio subjetivo.

### 2.1. Ámbito objetivo

Como venimos indicando, el artículo 1.2 del Anteproyecto consagra el principio de autonomía privada en los Medios Adecuados de Solución de

---

3 Conocidos comúnmente por parte de la doctrina con las siglas de MASC.

4 En este sentido, ARMENTA DEU indica que, con el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, «se pone (...) claramente de relieve un singular interés en «derivar» la resolución de conflictos fuera de la administración de justicia, (...) una de cuyas finalidades más relevantes es reducir gastos y procurar una más rápida solución del conflicto» [ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 42].

5 *Vid.*, las observaciones al articulado del Título I, realizadas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de julio de 2021, al Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia.

Controversias, cuyos límites ya se consagran en otros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, como son: el artículo 1255 del Código Civil<sup>6</sup>, y el artículo 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular este último la facultad de los litigantes para disponer sobre el objeto del proceso, sin más límites que los dispuestos en las leyes por razones de interés general o en beneficio de un tercero.

Por otra parte, el Anteproyecto contempla la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo parcial o total al acudir a los Medios Adecuados de Solución de Controversias, siendo parcial el acuerdo, quedaría expedita la vía judicial respecto de los extremos de la controversia en los que se mantenga la disputa, en tanto que, si el acuerdo es total, las partes podrán impugnarlo en vía judicial, alegando su invalidez o ineficacia (ha de entenderse sin necesidad de acreditar haber acudido a un Medio Adecuado de Solución de Controversias).

Para entender cumplido el requisito de procedibilidad, el artículo 1.3 señala que habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando puedan variar las pretensiones sobre dicho objeto.

Este precepto sobre el que se asienta el requisito de procedibilidad es cuanto menos criticable, por su parca regulación, pues como señala el Informe del Consejo General del Poder Judicial.

*«(...) se trata de una regulación sucinta de una cuestión esencial y compleja, que deja abiertas dudas relevantes. No queda claro si la exigencia de identidad de objeto entre la negociación y el proceso debe entenderse en términos estrictos de modo que se trate de eadem causa, eadem questio, inter easdem personas. Si la voluntad del prelegislador es exigir la triple identidad de partes, objeto y causa para entender por cumplido el requisito de procedibilidad, deben plantearse, entonces, los efectos que tal exigencia ha de tener sobre las distintas vías de ampliación del objeto del proceso a través de la acumulación de acciones (art. 12 LEC), la ampliación de la demanda (art. 401 LEC), la reconvencción (art. 406 LEC) o la intervención provocada (art. 14 LEC). Este punto debe ser aclarado expresamente por el anteproyecto para que los destinatarios de la norma puedan saber si el requisito de procedibilidad será exigible para el planteamiento de acumulaciones objetivas o subjetivas de acciones, la ampliación de la demanda, la formulación de reconvencción por el demandado o la provocación de intervención de tercero. La posibilidad abierta por el precepto proyectado de que las pretensiones formuladas en vía judicial puedan variar respecto del objeto de la negociación arroja más incertidumbre sobre el exacto alcance de la exigencia legal, pues parece sugerir que la identidad de objeto entre negociación y litigio cabe interpretarla en términos amplios como equivalente a que una y otro versen sobre la sustancia del conflicto con inde-*

---

6 Este precepto indica que los contratantes podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que convengan, salvo que sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.



*pendencia de la perfecta correspondencia entre partes y cuestiones jurídicas suscitadas. Es necesario un esfuerzo de precisión en el anteproyecto sobre el ámbito de exigibilidad del requisito de procedibilidad» (ap. 59).*

Por todo ello, proponemos la modificación del apartado 3.º del artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en consonancia con otros preceptos existentes en nuestras normas procesales, en donde se exige la mediación o la conciliación previa. Ello sucede en el artículo 80, letra c) de la Ley de la Jurisdicción Social que, a nuestro juicio, solucionará las dudas interpretativas del artículo 1.3 del Anteproyecto. La modificación que proponemos tendría el siguiente tenor.

*«Los hechos se narran de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los deducidos en conciliación, mediación o negociación previa, ni introducirse variaciones sustanciales, salvo que se trate de hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad».*

### 2.1.1. Materias no negociables

El artículo 1.4 del Anteproyecto establece un conjunto de materias excluidas de la obligación de negociación, dado que son materias excluidas del poder de disposición de las partes e, incluso, se prohíbe la derivación judicial a un Medio Adecuado de Solución de Controversias, salvo que se trate de los efectos y medidas previstas en el artículo 102 y 103 del Código Civil. Preceptos estos que vienen referidos a las medidas provisionales adoptadas en los procesos de separación, nulidad o divorcio, en los que sí será admisible acudir a uno de estos medios, siempre que no se trate de un asunto vinculado con la violencia de género.

Con respecto a las reclamaciones de consumo, ha de entenderse que siguen operando las exclusiones que para el arbitraje de consumo establece el artículo 57.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que excluye los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales del delito. Y ello, porque el Anteproyecto remite a las exclusiones que se realicen *«en virtud de la legislación aplicable»* (art. 1.4, ap. 4 ALEP).

A estas exclusiones, se deben añadir las materias relacionadas con el orden laboral, penal y concursal, u otras materias de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el cual deban ventilarse, en los que las reclamaciones se formulen contra una entidad que pertenezca al sector público (ex art. 3.2 ALEP). Exclusión, que el Anteproyecto justifica en que la regulación de los Medios Adecuados de Solución de Controversias en el ámbito administrativo, así como en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, requieren un instrumento normativo propio y diferenciado (EM, ap. 2.º, párraf. 11).

Concretamente, en materia de consumo, entendemos que quedan excluidas los conflictos que eventualmente puedan tener los consumidores, cuando sea la propia Administración pública la que vende un bien o presta un servi-

cio, así como todos los servicios que dependan o reciban instrucciones de ella, incluidos los bienes y servicios que se vendan o prestan, por ejemplo, a través de una concesión administrativa.

### **2.1.2. Materias respecto de las cuales no es exigible acudir a un medio adecuado de solución de controversias**

El artículo 1.4, párrafo 2.º del Anteproyecto enumera, por su parte, un conjunto de materias respecto de las cuales no será exigible el intento de la actividad negociadora como requisito de procedibilidad.

El fundamento de las exclusiones que contiene el precepto no se encuentra en la prohibición de la facultad de disponer, sino que la *ratio* subyacente de las exclusiones está en la sumariedad de la tutela judicial que se predica de determinados procesos judiciales; sea porque viene impuesto por la Constitución Española (*ex art.* 53), o porque venga impuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con determinados preceptos del Código Civil.

De tal forma que no se exigirá la actividad negocial previa como requisito de procedibilidad en los siguientes supuestos.

En primer lugar, cuando se pretenda iniciar un proceso para la tutela de los derechos fundamentales de la persona;

En segundo lugar, cuando se pretenda la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil, esto es, las medidas para asegurar la prestación de alimentos o proveer las necesidades de los hijos, cuando sus padres incumplan este deber, entre otras medidas; y,

En tercer lugar, cuando se solicite la autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico conforme a lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, cuando se refiera personas que no están en condiciones de decidirlo por sí mismas, aunque estén sometidas a la patria potestad o tutela o de los menores.

La duda está en determinar, si cabe entender que esta exoneración es extensible a otros procesos judiciales civiles respecto de los cuales se predica la sumariedad, tales como, el juicio de desahucio, la tutela sumaria de la posesión, la recuperación de la finca rústica o urbana dada en arriendo, así como cuales otras que la ley califique como sumarias, dado que estas tutelas no están enumeradas en el precepto<sup>7</sup>. De lo contrario, entendemos que ha de introducirse tal exclusión en el texto definitivo que se apruebe<sup>8</sup>.

---

7 Esta es la interpretación que implícitamente realiza el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley.

8 En este aspecto, *vid.*, la redacción que ha propuesto el Consejo General de la Abogacía Española, que propone un nuevo párrafo 3.º al artículo 4.1 del Anteproyecto, con el tenor literal siguiente: «(...) Tampoco se exigirá acudir a los medios extrajudiciales en los

## 2.2. Ámbito territorial

Desde un punto de vista territorial, el ámbito de aplicación territorial del Anteproyecto de Ley se extiende a los conflictos que surjan en asuntos civiles y mercantiles, incluyendo tanto a los conflictos de carácter nacional, como los de carácter transfronterizo.

En defecto de sometimiento expreso o tácito de las partes, se entenderá que el conflicto tiene carácter nacional, y será aplicable lo dispuesto en el Anteproyecto cuando una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negociadora se realice en territorio español (art. 3.1 ALEP), en tanto y en cuanto el conflicto será de carácter transfronterizo, cuando al menos una de las partes está domiciliada o resida habitualmente en un Estado distinto a aquel en el que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas, o cuando acuerden acudir a la mediación o sea obligatorio acudir a ella, de acuerdo con la norma que resulte de aplicación. Asimismo, tendrán tal consideración, los conflictos previstos o resueltos que finalicen con un acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en la que se haya llevado a cabo, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el acuerdo o algunas de sus consecuencias pretendan ejecutarse en el territorio de un Estado miembro distinto.

Cuando el conflicto sea de carácter transfronterizo entre partes que residen en distintos Estados miembros de la Unión Europea, resultarán de aplicación las normas de Derecho Internacional Privado, es decir, la determinación del domicilio será conforme al Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*ex art. 3.1 ALEP en relación con el artículo 3 LMACM*)<sup>9</sup>.

---

siguientes supuestos: en los de acumulación subjetiva de acciones; en el ejercicio de la acción de división de la cosa común; para acudir a procedimientos cuya resolución no produce efecto de cosa juzgada, o en los previstos en los números 2.º y 3.º del apartado 1 del artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y, cuando con ello se pudiera poner en riesgo la efectividad de la tutela judicial» (propuesta n.º 1).

- 9 Conforme a este Reglamento, el domicilio será determinado conforme a las siguientes reglas: de un lado, «para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna. Cuando una parte no estuviere domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro» (art. 59 *sic*); y, de otro, «A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; c) su centro de actividad principal. Para el Reino Unido y para Irlanda, la expresión «sede estatutaria» se equipará al registered office y, en caso de que en ningún lugar exista una registered office al place of incorporation, (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la formation (creación) de la sociedad o per-

Lógicamente, como el Anteproyecto remite a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles para delimitar cuándo un conflicto es de carácter transfronterizo, entendemos que las referencias que hace la norma al artículo a 3 de la Ley 5/2012, deben entenderse en sentido amplio, incluyendo a cualquier otro Medio Adecuado de Solución de Controversias<sup>10</sup>, salvo que el método extrajudicial disponga de una normal especial, como sucede, *v. gr.*, con las conciliaciones, entro otros métodos que disponen de legislación especial.

### 2.3. Ámbito subjetivo

El ámbito subjetivo de aplicación queda delimitado por los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos a los que las partes puedan acudir para cumplir el requisito de procedibilidad, así como por los sujetos que pueden intervenir en la actividad negocial.

Centrándonos en los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo, entendemos que quedan incluidos todos los métodos autocompositivos, con o sin intervención de un tercero.

Lo cierto es que del Anteproyecto parece deducirse que en los conflictos en los que se ejerciten acciones individuales iniciadas por los consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad con la reclamación previa a la empresa o profesional, sin perjuicio de que puedan acudir a otros métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, tanto los previstos en materia de consumo, como los generales que prevé el Anteproyecto (DA 2.<sup>ª</sup>).

De tal forma que, en materia de consumo, para cumplir el requisito de procedibilidad en sede judicial, bastará con que los consumidores o usuarios acrediten el intento de negociación directa con los empresarios al que hace referencia el artículo 18.1. letra *a*) de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, para que la reclamación no pueda ser inadmitida a trámite en sede extrajudicial por la entidad de resolución alternativa.

Lo novedoso del Anteproyecto es que, para hacer valer el requisito de procedibilidad en sede judicial, puede acudir a esta reclamación previa o a cualquier otro método extrajudicial de resolución de conflictos, así como a cualquiera de los señalados en el Anteproyecto de Ley, salvo al arbitraje.

---

sona jurídica. Para determinar si un trust está domiciliado en el Estado contratante cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado» (art. 60 sic).

10 De hecho, el Anteproyecto también indica que las referencias que haga la Ley de Enjuiciamiento Civil deben entenderse que van referidas también a cualquier otro Medio Adecuado de Solución de Controversias (ex DA 2.<sup>ª</sup>).

Siendo así, entendemos que el ámbito de aplicación del Anteproyecto incluye todos los métodos autocompositivos, tales como, la negociación directa, los códigos de conducta, la mediación extrajudicial e intrajudicial, la intermediación hipotecaria (negociación asistida), la conciliación judicial ante el juez o el letrado de la Administración de Justicia, la conciliación extrajudicial ante el notario y el registrador, la conciliación privada, la opinión de un experto independiente, la oferta vinculante confidencial, así como cualquier otro tipo de actividad negocial llevadas a cabo por las partes o por los abogados, salvo el arbitraje u otros métodos a los que se puedan acudir que excluyan la vía judicial, dado que no podrán usarse como actividad negocial previa para acreditar el requisito de procedibilidad<sup>11</sup>.

La exclusión del arbitraje se debe a que el Anteproyecto hace referencia a los Medios Adecuados de Solución de Controversias, de forma separada a él, por ejemplo, cuando señala: «*Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación, cualquier otro medio adecuado de solución de controversias o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo (...)*» (art. 18 ALEP)<sup>12</sup>.

En este sentido, autores de reconocido prestigio han venido considerado el arbitraje como un auténtico proceso jurisdiccional<sup>13</sup>; otros, en cambio, han señalado que el arbitraje comparte similitudes con los ADR —confidencialidad, imparcialidad de los terceros que intervienen en el procedimiento—, pero no es propiamente un método alternativo de resolución de conflictos, dado que no comparten la misma naturaleza. Mientras que el arbitraje es de carácter contractual y jurisdiccional, los ADR son puramente contractuales<sup>14</sup>.

Hemos constatado, asimismo, que existen pronunciamientos jurisprudenciales que se posicionan a favor de una teoría mixta<sup>15</sup>, sosteniendo la doble

11 En el mismo sentido, MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., «El arbitraje ha muerto, ¡viva el arbitraje! Sobre el necesario replanteamiento del arbitraje ordinario desde la perspectiva de los MASC», en *Práctica de Tribunales*, n.º 149, 2021, p. 3.

12 Y esta es la tónica general que sigue el Anteproyecto para referirse de forma separada a los Medios Adecuados de Solución de Controversias y al arbitraje en los artículos 24.2 (ap. 1.º), 415.1 (párraf. 3.º) y 722 (entre otros).

13 En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS ha afirmado que: «los árbitros ejercen su función porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo quiere la Ley» [DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES), *Cursos de Derecho Procesal Civil II (parte especial)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3.ª ed., 2016, p. 587].

14 MACHADO GÓMEZ, C., «Los ADR «Alternative Dispute Resolution» en el comercio internacional», en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, n.º 2, vol. 5, Madrid, 2013, p. 405.

15 La Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2007, señala que: «La doctrina y la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían en carácter del arbitraje

naturaleza jurídica del arbitraje, al considerarlo de origen contractual, porque resuelve un conflicto de carácter privado entre las partes y, de origen procesal, porque así son los efectos que produce el laudo arbitral<sup>16</sup>.

A nuestro juicio, hemos de indicar que no compartimos esta posición, porque entendemos que el arbitraje sí es un método extrajudicial de resolución de conflictos. Ello no quiere decir que sea un Medio Adecuado de Solución de Controversias, conforme a lo que señala el Anteproyecto, pues esta fórmula heterocompositiva no permite impetrar la tutela en sede judicial<sup>17</sup>, salvo en los supuestos previstos en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje<sup>18</sup>, siendo esta la causa por la que no puede acudir a él para acreditar el requisito de procedibilidad, puesto que su configuración como un equivalente jurisdiccional, desplaza el proceso judicial<sup>19</sup>.

Debemos plantearnos también, qué sucede con las acciones colectivas que se ejercitan en materia de consumo, dado que el Anteproyecto hace alusión expresa en la Disposición adicional sexta solo a las acciones individuales.

En principio, parece que la intención del prelegislador es no incluir en el Anteproyecto las acciones colectivas en sede extrajudicial en materia de consumo, y dejar esta materia reservada para la futura norma de transposición al

de manera indiferenciada como equivalente jurisdiccional han ido evolucionado hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal» [(FJ 3.º), STS (Sala 1.ª), n.º 776/2007, de 9 de julio (n.º de recurso: 3011/2000)].

- 16 En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 2021, señala que la expresión al arbitraje como un «equivalente jurisdiccional» hace referencia al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos «procesos», en el jurisdiccional y en el arbitral [STC (Sala 1.ª), n.º 17/2021, de 15 de febrero (n.º de recurso: 3956/2018)].
- 17 *Vid.*, GIMENO SENDRA, V., «La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 17, Madrid, 2009, p. 20.
- 18 Los motivos de impugnación del laudo arbitral son *numerus clausus*, y solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue: (i) Que el convenio arbitral no existe o no es válido; (ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; (iii) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; (iv) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; (v) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; (vi), y, que el laudo es contrario al orden público» (art. 41 LA sic). Para un mayor abundamiento la intervención judicial en el arbitraje, *vid.*, SENÉS MOTILLA, C., *La intervención judicial en el arbitraje*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2007.
- 19 En el mismo sentido, BONACHERA VILLEGAS, R., *Los arbitrajes especiales*, Aranzadi, 2010.

ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Y ello, porque en tanto no se apruebe tal norma, las entidades habilitadas o los grupos de consumidores afectados, a los que hace referencia la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no tendrán legitimación para reclamar en vía extrajudicial, sin perjuicio de que puedan llevar a cabo una acción de representación al modo en la que lo llevan a cabo las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas en el arbitraje de consumo colectivo, pero ello no conllevará que tengan atribuida legitimación extraordinaria para llevar a cabo la actividad negocial al modo en que se lleva a cabo en sede judicial.

Concluimos haciendo referencia a otra de las novedades más significativas que introduce el Anteproyecto, dado que permite que la iniciativa de acudir a los Medios Adecuados de Solución de Controversias pueda provenir de cualquiera de las partes, de común acuerdo, pero también por decisión judicial de derivación de las partes a uno de estos medios (*ex art. 1.5*).

Ciertamente, el Anteproyecto está enfocado a los conflictos que surjan en materia civil y mercantil, y no distingue la actividad negocial en materia de consumo, de la actividad negocial en el resto de materias civiles y mercantiles, como se viene haciendo normalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

### 3. Bibliografía

**ARMENTA DEU, T.**, *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

**BONACHERA VILLEGAS, R.**, *Los arbitrajes especiales*, Aranzadi, Navarra, 2010.

**DE LA OLIVA SANTOS, A.** (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES), *Cursos de Derecho Procesal Civil II (parte especial)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3.ª ed., 2016.

**GIMENO SENDRA, V.**, «La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 17, Madrid, 2009.

**MACHADO GÓMEZ, C.**, «Los ADR "Alternative Dispute Resolution" en el comercio internacional», en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, n.º 2, vol. 5, Madrid, 2013.

**MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I.**, «El arbitraje ha muerto, ¡viva el arbitraje! Sobre el necesario replanteamiento del arbitraje ordinario desde la perspectiva de los MASCS», en *Práctica de Tribunales*, n.º 149, 2021.

**SENÉS MOTILLA, C.**, *La intervención judicial en el arbitraje*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2007.



## **PARTE TERCERA**

# **CUESTIONES PROCESALES ACTUALES Y DESAFÍOS DE LA JUSTICIA EN LA SOCIEDAD DIGITALIZADA**



## CAPÍTULO XV

---

# LEGITIMACIÓN AMBIENTAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL: NUEVOS RETOS

**Nerea Yugueros Prieto**

*Ayudante del Área de Derecho Procesal  
Facultad de Derecho de la Universidad de León  
nyugp@unileon.es*

**RESUMEN:** Con el paso de los años la protección del medio ambiente a través del orden jurisdiccional penal —anteriormente limitada a los órdenes contencioso-administrativo y civil— ha ido traspasando fronteras, ampliando el Derecho Penal su conocimiento en aspectos ambientales, lo que se traduce en su obligado reforzamiento. La introducción de materia ambiental en el ámbito penal ha denotado la precariedad de la que viciaba este orden en atención a la protección de bienes que afectan a la colectividad. La doctrina no duda en afirmar que ningún ciudadano puede ser considerado como beneficiario exclusivo del medio ambiente, dado que el bien jurídico protegido pertenece a la colectividad. Es por ello que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se han visto obligadas a implementar mecanismo y/o figuras que coadyuven a la protección del medio ambiente, ampliando (o no) un abanico de sujetos legitimados.

**PALABRAS CLAVE:** colectivos; Derecho Penal; Justicia Ambiental; legitimación y protección del medio ambiente.

**ABSTRACT:** Over the years, the protection of the environment through the criminal jurisdictional order - previously limited to the contentious-administrative and civil orders - has been crossing borders, extending Criminal Law's knowledge of environmental aspects, which translates into its obligatory reinforcement. The introduction of environmental matters in the criminal sphere has denoted the precariousness of the precariousness of this order with regard to the protection of goods that affect the community. The doctrine does not hesitate to affirm that no citizen can be considered as the exclusive beneficiary of the environment, given that the protected legal good

belongs to the community. That is why both doctrine and jurisprudence have been obliged to implement mechanisms and/or figures that contribute to the protection of the environment, extending (or not) a range of legitimised subjects.

**KEYWORDS:** collectives; Criminal Law; Environmental Justice; environmental protection and legitimation

## 1. Contextualización

La criminalidad mundial ha ido evolucionando con el paso de los años a consecuencia de la creación de nuevos fenómenos que anteriormente eran considerados como algo extraño, pero que en la actualidad están suponiendo ser, no sólo numerosos, sino también más graves. Y es ahí donde destacamos los ataques cometidos sobre el medio ambiente por la extralimitación de la libertad que le es reconocida a cada individuo, sin tener en cuenta la de los demás sujetos, configurándose de ese modo uno de los elementos fundamentales en el aumento de criminalidad en los países democráticos.

Los delitos catalogados como ecológicos son principalmente delitos que son cometidos dentro del ámbito económico, dado que su comisión se ve favorecida por interceder esa necesidad de lucrarse sin tener en cuenta que esas prácticas ponen en riesgo al patrimonio que le es reconocido a la colectividad. Desde este punto de vista, asumimos que el actor de los delitos ecológicos con incidencia económica es perpetrado por sujetos que gozan de un elevado nivel social, por ende, son comúnmente conocidos como *delitos de cuello blanco*<sup>1</sup>.

La integración de la debida protección del medio ambiente en el CP seguramente se deba a dos motivos fundamentales: en primer lugar, debido al reconocimiento por parte de la sociedad civil de la incidencia que supone un adecuado ecosistema en la calidad de vida, elevando este bien jurídico a la categoría de derecho humano<sup>2</sup>; y en segundo lugar, por entender que los daños ocasionados en el mismo no son de pronta reparación, incluso en numerosas ocasiones las lesiones ocasionadas en el ecosistema se consideran irreversibles.

---

1 HERRERO HERRERO, C.: *Criminología (Parte General y Especial). Aumentada y actualizada*, 3.ª ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 749-750.

2 FRANCO DEL POZO, M.: «El derecho humano a un medio ambiente adecuado, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos», *Universidad de Deusto. Instituto de Derechos Humanos*, n.º 8, 2000, pp. 22-32.

## 2. La legitimación penal en los delitos ecológicos

Tras observar las conductas típicas recogidas en los artículos del CP (arts. 325 y ss.) —así como el nuevo delito de carácter ambiental pendiente de ser reconocido por parte de la Corte Penal Internacional, el ecocidio<sup>3</sup>— resulta relevante determinar que sujetos son titulares de la acción penal o, mejor dicho, que sujetos contarán con acceso a la Justicia para actuar contra los delitos ecológicos. Y es ahí donde la sociedad encuentra los mayores obstáculos para actuar en defensa del medio ambiente por la vía penal, dado que en este orden no se encuentran debidamente reconocidos los intereses o derechos de carácter colectivo o difuso.

La doctrina penalista —tristemente— no se ha adentrado en el análisis de la legitimación en el proceso penal, salvo en supuestos en los que inter vengan delitos privados o semiprivados, donde las disposiciones normativas otorgan legitimación a determinados sujetos<sup>4</sup>. En cambio, el MF se encuentra legitimado, al ser considerado garante de la legalidad, por la LECrim cuando intercedan delitos considerados como públicos.

### 2.1. Legitimación activa. Escollos procesales

Qué sujeto es el que adquiere la condición de víctima tras sufrir un daño ambiental derivado de un delito ecológico es una pregunta de difícil contestación, debido a que interceden múltiples factores: sociales, económicos,

3 La palabra ecocidio surge de la génesis grecolatina de oikos —hogar en griego— y cidio —destrucción en latín—. El primer biólogo que puso sobre la mesa la necesidad de luchar contra el ecocidio fue el estadounidense ARTHUR W. GALSTON señalando lo que sigue:

«Después del final de la Segunda Guerra Mundial, y como resultado de los juicios de Núremberg, condenados justamente la destrucción deliberada de todo un pueblo y su cultura, calificando este crimen de lesa humanidad como genocidio. Me parece que la destrucción deliberada y permanente del medio ambiente en el que un pueblo puede vivir de la manera elegida debe considerarse igualmente un crimen de lesa humanidad, que se designará con el término ecocidio. Creo que las naciones más desarrolladas ya han cometido auto-ecocidio en gran parte de sus propios países. En la actualidad, Estados Unidos es el único que posiblemente haya cometido un ecocidio contra otro país, Vietnam, mediante el uso masivo de defoliantes químicos y herbicidas. Las Naciones Unidas parecerían ser un organismo apropiado para la formulación de una propuesta contra el ecocidio». Extracto literal recuperado de la siguiente página web: <https://fundacionsolon.org/2021/02/03/ecocidio-y-genocidio-en-el-siglo-xxi/>.

En este sentido véase SOLER FERNÁNDEZ, R.: «El ecocidio ¿Crimen internacional?», *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 8, 2017, pp. 861-865.

4 Véase GÓMEZ ORBANEJA, E.: «El concepto de parte en el proceso penal. Parte penal y parte civil», en *op. col.* GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal. Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Gráfica Administrativa, Madrid, 1951, pp. 72-75.

culturales e individuales<sup>5</sup>. Además, téngase claro que los sujetos que pueden verse afectados no son únicamente humanos, sino que al igual que ocurre con el concepto de daño ambiental nos encontramos ante un concepto mucho más amplio<sup>6</sup>.

En este apartado el estudio de la víctima la abordamos desde la perspectiva de la delincuencia medioambiental, señalando que se contextualiza como «el conjunto de personas afectadas por los usos ambientales, así como poblaciones discriminadas y desplazadas»<sup>7</sup>. Es más, la expresión *víctima* abarca no sólo a la persona directa que sufrió el daño, sino también «a los familiares o personas a cargo, que tengan relación inmediata con la víctima, y personas que hayan sufrido daños al intervenir, para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización»<sup>8</sup>. En este sentido defiende OROZCO SANCHÍS la existencia de una amplia tipología de víctima en atención a su participación o relación con el daño ambiental: *víctimas no participantes en el acto delictivo*, *víctimas participantes* —víctima directa—, *víctimas ocasionadas por relaciones próximas* —familiares o compañeros de trabajo—, *víctimas sin conciencia de víctimas* —víctimas del ámbito socioeconómico—, *víctimas vicarias* —las que representan valores institucionales— y *víctimas especialmente vulnerables* —cuando medien ciertos factores personales o sociales como: edad, sexo, zona geográfica etc.-.

En materia medioambiental, la condición de acusador particular viene conferida por dos motivos: uno, que hayan sufrido directamente las consecuencias derivadas del daño ambiental cometido; y dos, que resulten ofendidos por la acción ilícita<sup>9</sup>. Este último aspecto ha de matizarse, dado que estrictamente hablando no son los ofendidos, sino que lo será el titular del bien jurídico vulnerado o puesto en riesgo. Recuérdese que en los delitos ecológicos el bien jurídico protegido no pertenece a un sujeto o sujetos determinados, sino que se trata de un bien de la colectividad.

Si partimos de los conceptos de víctima que se regulan en el artículo 2 del Estatuto de la Víctima del Delito<sup>10</sup> se puede considerar que en los delitos eco-

5 HALL, M. y VARONA, G.: «La Victimología verde como espacio de encuentro para repensar la otredad más allá de la posesión», *Revista de Victimología*, n.º 7, 2018, p. 116.

6 HALL, M. y VARONA, G.: «La Victimología verde como espacio de encuentro para repensar la otredad más allá de la posesión», *op. cit.*, p. 114.

7 GARCÍA RUIZ, A.: *El ruido: morfología medioambiental desde una perspectiva penal y criminológica*, E-prints Complutense, Madrid, 2016, p. 337.

8 OROZCO SANCHÍS, A.: «Rasgos criminológicos del delincuente medioambiental», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1954, 2003, p. 4003.

9 MARTÍN DIZ, F.: «Responsabilidad por daños medioambientales: novedades legales y cuestiones procesales», *Práctica Derecho Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 61, 2008, p. 21.

10 El artículo 2 del Estatuto de la Víctima del Delito, relativo al ámbito subjetivo, dispone que: «Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

lógicos no tiene cabida en ningún tipo de víctima —directa o indirecta—, ya que a tenor es cuerpo normativo únicamente pueden ser consideradas como tal las personas físicas individualizadas; y como se ha apuntado en numerosas ocasiones, las cuestiones ambientales cuentan con una particularidad, y es que los daños que se ocasionan en el medio afectan a la colectividad. En el presente apartado intentaremos adaptar los criterios de víctima a la realidad que revisten los delitos con componentes ambientales.

Intentando delimitar quien ha de ser considerado víctima del delito ecológico parte de la doctrina acuña que la víctima en estos supuestos sería la sociedad en su conjunto<sup>11</sup>, ya que se trata del titular del bien jurídico protegido<sup>12</sup>. Y es ahí donde adquiere relevancia lo preceptuado en el artículo 125 de la CE relativo a la acusación popular. Este precepto faculta a cualquier ciudadano<sup>13</sup> a acudir ante los Tribunales penales, en aras de iniciar un proceso penal, siendo parte del mismo como acusación en aquellos procesos que se debatan delitos públicos.

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1.º- A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2.º- En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima. Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito».

- 11 Véase GERMÁN MANCEBO, I.: «La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 55, 1995, pp. 246-247. ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (III): acción penal y víctima colectiva», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 1999, p. 7.
- 12 BLANCO LOZANO, C.: «Víctima y reparación en el delito ambiental», *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 18, 1997, p. 20.
- 13 Debemos perfilar la expresión tan amplia como es «los ciudadanos», debido a que no todos van a poder acudir ante los Tribunales penales para ejercitar la acción popular. Si acudimos al artículo 19.1 de la LOPJ, deja de manifiesto que únicamente se reconoce ese beneficio a los nacionales, quedando excluidos los extranjeros. Concretamente dispone que: «Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley».

El reconocimiento que realiza nuestro ordenamiento jurídico penal a la acción popular resulta interesante, debido a que se trata de una figura prácticamente exclusiva del sistema procesal de nuestro país. Seguramente, el legislador consideró la practicidad de la misma para obtener resultados positivos en aquellos supuestos en los que intercedan delitos que pongan en jaque intereses y derechos supraindividuales, en los que resulta complicado la identificación de los sujetos lesionados.

La acusación popular cuenta con adeptos, pero también con detractores. Entre sus defensores encontramos a GIMENO SENDRA que apoya la figura de la acusación popular basándose en dos aspectos fundamentales, es decir, en primer lugar, la confianza que aporta a la sociedad civil el contar con la posibilidad de poder participar de manera activa con la Administración de Justicia; y en segundo lugar, opera en aras de garantizar el fehaciente cumplimiento del principio de legalidad<sup>14</sup>.

En contra posición, parte de la doctrina se considera contraria a la existencia de esta figura en nuestro sistema procesal. Entre ellos, cabe destacar QUINTERO OLIVARE anunciando que se trata de un instrumento poco útil, ya que esa actividad la venía realizando el MF, es más añade que «no es más que un instrumento de acoso político por más que se revista de alarde de civismo»<sup>15</sup>.

Sin adquirir una postura tan radical BANACLOCHE PALAO reconoce la necesidad de la figura de la acusación popular en nuestro ordenamiento jurídico, pero, únicamente cuando medien dos tipos de delitos, es decir, aquellos delitos llevados a cabo por personalidades públicas —autoridades o funcionarios—, siempre y cuando el delito sea cometido en el ejercicio de su cargo; así como también, en delitos en los que medien derechos e intereses supraindividuales, sin que ningún ciudadano haya sido ofendido directamente<sup>16</sup>. Si atendemos a sus palabras, podríamos encuadrar los delitos ecológicos dentro del segundo tipo de delitos, ya que prácticamente la totalidad de los mismos afecta a la sociedad civil en su conjunto.

---

En el mismo sentido, la LECrim en sus artículos 110 y 270 incorporan un reconocimiento exclusivo de la acción a los nacionales. Esta exclusión ha sido criticada por parte de la doctrina, reconociendo que se debería habilitar el uso de la acción popular, aparte de a los nacionales, no sólo a los extranjeros residentes en nuestro país. GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2012, p. 241; así como también a los ciudadanos europeos, para poder cumplir con el mandato comunitario de no discriminación (artículo 18 del TFUE). BANACLOCHE PALAO, J.: «La acusación popular en el proceso penal: propuestas para una reforma», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 2008, p. 31.

14 GIMENO SENDRA, V.: «La acusación popular», *Poder Judicial*, n.º 31, 1993, p. 89.

15 QUINTERO OLIVARES, G.: «Dos problemas pendientes de la Justicia Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVII, 1994, p. 422.

16 BANACLOCHE PALAO, J.: «La acusación popular en el proceso penal: propuestas para una mejora», *op. cit.*, p. 15.



Ha de precisarse que, la acción popular puede resultar peligrosa, debido a que al facultar a cualquier ciudadano o agrupación a incoar un proceso a través del ejercicio de la acción penal, puede realizarse bajo una intención maliciosa o perversa; no siendo ejecutada para la consecución de la finalidad por la que fue introducida por parte del legislador.

Probablemente, el legislador al apreciar las deficiencias y puntos flacos que ocasionaba la aplicación de la misma, ha intentado solventar esos posibles defectos que acarrea consigo la acción popular, a través de la instauración de limitaciones, tanto objetivas como subjetivas, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal.

Pero ¿Y qué ocurre con las asociaciones u organizaciones de carácter ambiental? en este sentido, se considera preciso partir del artículo 7.3 de la LOPJ, donde se incorpora que:

«(...) se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción (...)».

Es por ello que nos encontramos ante el reconocimiento de un interés legítimo con carácter colectivo, que ha de ser afirmado y además, protegido por el propio ordenamiento jurídico.

Como se puede apreciar, el artículo 7.3 de la LOPJ nada tiene que ver con el artículo 125 de la CE, debido a que el precepto constitucional no requiere la existencia de una vinculación entre la asociación u organización que lleve a cabo el ejercicio de la acción y el objeto del proceso, cuestión que ha de cumplirse para que sea aplicable el artículo 7.3 de la LOPJ.

Asumiendo que las asociaciones u organizaciones puedan ser parte en un proceso penal en calidad de acusación particular, apreciamos la necesidad de que a estas se les exija el cumplimiento de más requisitos, véase en el caso del ordenamiento jurisdiccional contencioso-administrativo, así como civil; es decir, que los Estatutos de constitución de las mismas establezcan como objeto primordial la defensa del medio ambiente; además de que la asociación u organización entre en juego cuando el daño lesivo se origine dentro del territorio donde tienen potestad para actuar.

Consideramos la necesaria imposición de unos mínimos criterios limitativos, debido a que la ostentación de la postura de acusación particular, supone el otorgamiento de amplios poderes de actuación, entre los que encontramos la posibilidad de ejercitar la acción civil en vía penal, es decir, la reclamación de responsabilidad civil.

## **2.2. Legitimación pasiva desde el prisma del ámbito socioeconómico**

Resulta innegable afirmar que las malas prácticas y la corrupción son parte de nuestro día a día poniendo en jaque el Estado de Derecho Democrático y

Social, debido a que vulneran a que podamos gozar de un medio ambiente adecuado. La corrupción en el ámbito ambiental adquiere múltiples aspectos: concesión ilegal de bonos de emisión de carbono, concesión de licencias ilegales en terrenos que gozan de protección ambiental, tala ilegal de arboleda, entre muchos otros.

Lo que nos interesa en este apartado, partiendo de que la sociedad civil es responsable del desequilibrio medioambiental, es destacar el deber con el que cuenta el Poder Público de fiscalizar las conductas —a través de la figura del MF— que puedan interceder en elementos ambientales, pues de ese modo protegerá el pleno desarrollo de los derechos que les son propios a los ciudadanos<sup>17</sup>.

La creciente dependencia recíproca entre la economía y la política mundial aúpa la necesidad de configurar la regulación y control desde una perspectiva global y transversal y, en ese caso, el delito ecológico no se trata de una excepción. El hecho de que la sociedad civil externalice sus relaciones dentro del contexto de globalización ha alterado el *modus operandi* de los delincuentes medioambientales, dado que se limitan a averiguar si existen debilidades en el sistema económico global, para que de ese modo puedan desarrollar sus actividades ilícitas. Dada la naturaleza propia del medio ambiente, los daños ambientales no se pueden circunscribir únicamente a un ámbito nacional. Cuando el daño se ocasiona, por norma general, este no se limita a las fronteras de un Estado, sino que extiende sus efectos más allá de los límites de la soberanía del Estado<sup>18</sup>. Y es aquí donde adquiere vital relevancia el papel del Ministerio Fiscal Europeo, figura reconocida a través de la adopción de la 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.

Gran parte de los delitos ecológicos que derivan del empleo ilícito de los recursos naturales y de la contaminación vienen de la mano de las sociedades mercantiles, por ser los titulares de los procesos contaminantes promotores de degeneración medioambiental.

---

17 BONATTI, G.: «La corrupción como factor de violación del derecho fundamental al medioambiente sano», *Cadernos de Dereito Actual*, n.º 5, 2017, p. 100.

18 Señala MARTÍN DIZ muestra su crítica destacando que el hecho de que los Estados cuenten con legislaciones dispares coadyuva a que los delincuentes propaguen el desarrollo de actividades ilícitas. Ofreciendo como posible solución una protección homogénea de las víctimas. MARTÍN DIZ, F.: «Delincuencia organizada y procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea», *Pensamiento Jurídico*, n.º 21, 2008, pp. 129 y 239. Véase también las obras del mismo autor: MARTÍN DIZ, F.: «La conveniencia de procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea», en *op. col.*, BUJOSA VADELL, L. M (coord.): «Hacia un verdadero espacio judicial europeo», Comares, Granada, 2008, pp. 23-78. MARTÍN DIZ, F.: «Propuesta de un modelo procesal penal europeo para delitos transfronterizos», en *op. col.* LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. (dir.): *Estudios procesales sobre el espacio europeo de Justicia Penal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 51-67.

En términos generales, los delitos ecológicos son principalmente delitos cometidos dentro del ámbito económico, dado que su comisión se favorece por interceder esa necesidad de lucrarse sin tener en cuenta que esas prácticas ponen en riesgo al patrimonio que le es reconocido a la colectividad, es decir, el medio ambiente. Desde este punto de vista, asumimos que el actor de los delitos ecológicos con incidencia económica es perpetrado por sujetos que gozan de un elevado nivel social, por ende, son comúnmente conocidos como *delitos de cuello blanco*<sup>19</sup>. Con esta afirmación no pretendo inducir a los lectores una idea errónea de la inexistencia de otro tipo de sujetos que lleven a cabo delitos medioambientales, basta mirar las Memorias de la Fiscalía General del Estado donde figuran datos estadísticos relativos a los incendios intencionados promovidos por particulares de los últimos.

El sistema productivo de las grandes industrias ha propiciado a lo largo de los años la comisión de numerosas prácticas ilícitas que, no sólo ponían en riesgo la salud y vida de sus trabajadores, sino que afectaban a la calidad de vida de los demás ciudadanos y medio ambiente. Es por ello que el reconocimiento de la responsabilidad penal a las personas jurídicas en el artículo 31 bis del CP ha devenido con la intención de que sea la propia organización la que controle las prácticas que se llevan a cabo en su seno de una manera preventiva, asumiendo ella los costes que se deriven de la persecución, así como de la imposición de las sanciones<sup>20</sup>.

Normalmente, las personas jurídicas cometen delitos de diversa índole por incumplimiento o ausencia de medidas eficaces de prevención. Si nos encontramos en un supuesto de este estilo, se considera que dicha ausencia ha de ser considerada como un elemento propio de la responsabilidad penal, debiendo, por tanto, la parte acusadora probar ese hecho<sup>21</sup>. Y aquí es donde entra en juego el llamado *Compliance Penal*.

Puede afirmarse que el origen de la responsabilidad penal de una persona jurídica obliga a la convergencia de una serie de criterios que se han de tener en cuenta. Uno, que el delito sea posible de consumación por parte de una persona jurídica, como es el claro ejemplo de los delitos contra el medio

19 PIÑEIRO BERTOT, M. I.: «Los delitos contra el medio ambiente como expresión de delitos de cuello blanco», *Revista Pensamiento Penal*, n.º 39, 2007.

En este punto nos vemos en la obligación de determinar si tiene cabida la Justicia restaurativa tan anhelada en los últimos tiempos. Siguiendo los objetivos planteados por GUARDIOLA LAGO conviene resaltar que en este tipo de delitos cometidos por delincuentes de cuello blanco no se trata de una tarea baladí, dado que rara es la vez que estos sujetos asuman —sinceramente— que son responsables de los hechos cometidos. Véase GUARDIOLA LAGO, M. J.: «¿Es posible la Justicia restaurativa en la delincuencia de cuello Blanco?», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 30, 2020, pp. 536-539.

20 NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 81 y ss.

21 STS 221/2016, de 16 de marzo de 2016. Sección 1. Sala de lo Penal. ECLI:ES:TS:2016:966.

ambiente; dos, que el delito sea cometido por el representante o por un empleado no supervisado correctamente; y tres, que el delito aporte beneficio a la propia persona jurídica<sup>22</sup>.

### 3. Conclusiones

1.- La Justicia Ambiental desde el ámbito del orden jurisdiccional penal presenta serios obstáculos que dificultan su eficacia, ya que no hay modo alguno que ayude a cuantificar e identificar la titularidad que corresponde a cada sujeto sobre el bien jurídico protegido.

2.- Determinar a qué sujeto pertenece la cualidad de víctima medioambiental se traduce como uno de los principales problemas, dado que en su configuración intervienen numerosos factores. Empero si analizamos la figura desde una perspectiva enteramente legal, la cualidad de víctima medioambiental corresponderá a aquellos sujetos que: uno, hayan sufrido directamente las consecuencias del daño ambiental consumado; y, dos, que resulte ofendido por la propia acción ilícita.

3.- La noción de víctima medioambiental no se encuentra completada, debido a que resulta de mayor aplicación —en materia medioambiental— las definiciones aportadas por parte de la Ciencia Criminológica, dado que no se centran únicamente en el estudio de todo aquello que rodea la infracción cometida, sino que va mucho más allá.

4.- Los delitos ecológicos, en gran medida, son perpetrados por las sociedades mercantiles a consecuencia del mal uso e ilícito de los recursos naturales, de ahí su visualización en las modificaciones que ha venido sufriendo el CP en los últimos años.

5.- Aunque el Derecho sustantivo reconozca la existencia de intereses y derechos colectivos; si la regulación procesal no contempla su plena aplicación, la protección del medio ambiente en sede judicial seguirá siendo limitada.

### 4. Bibliografía

**ARAGONESES MARTÍNEZ, S.:** «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito (III): acción penal y víctima colectiva», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 1999, pp. 7-22.

---

22 GONZÁLEZ GRANDA, P.: «El derecho fundamental a la libertad de empresa y compliance penal», en *op. col.* GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.): *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 898-899.

- BANACLOCHE PALAO, J.:** «La acusación popular en el proceso penal: propuestas para una reforma», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 2008, pp. 9-54.
- BLANCO LOZANO, C.:** «Víctima y reparación en el delito ambiental», *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 18, 1997, p. 20.
- BONATTI, G.:** «La corrupción como factor de violación del derecho fundamental al medioambiente sano», *Cadernos de Dereito Actual*, n.º 5, 2017, p. 100.
- FRANCO DEL POZO, M.:** *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. Instituto de Derechos Humanos, n.º 8, 2000.
- GARCÍA RUIZ, A.:** *El ruido: morfología medioambiental desde una perspectiva penal y criminológica*, E-prints Complutense, Madrid, 2016,
- GERMÁN MANCEBO, I.:** «La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso», *Cadernos de Política Criminal*, n.º 55, 1995, pp. 239-265.
- GIMENO SENDRA, V.:** «La acusación popular», *Poder Judicial*, n.º 31, 1993, pp. 87-94.
- Derecho Procesal Penal*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor Navarra, 2012.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.:** «El concepto de parte en el proceso penal. Parte penal y parte civil», en *op. col.* GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal. Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Gráfica Administrativa, Madrid, 1951, pp. 63-76.
- GONZÁLEZ GRANDA, P.:** «El derecho fundamental a la libertad de empresa y compliance penal», en *op. col.* GÓMEZ COLOMER, J.L. (dir.): *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 895-938.
- GUARDIOLA LAGO, M. J.:** «¿Es posible la Justicia restaurativa en la delincuencia de cuello Blanco?», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 30, 2020, pp. 536-539.
- HALL, M. y VARONA, G.:** «La Victimología verde como espacio de encuentro para repensar la otredad más allá de la posesión», *Revista de Victimología*, n.º 7, 2018, pp. 107-128.
- HERRERO, C.:** *Criminología (Parte General y Especial). Aumentada y actualizada*, 3.ª ed. Dykinson, Madrid, 2007.

**MARTÍN DIZ, F.:** «Delincuencia organizada y procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea», *Pensamiento Jurídico*, n.º 21, 2008, pp. 191-242.

- «La conveniencia de procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea», en *op. col.*, BUJOSA VADELL, L. M. (coord.): *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Comares, Granada, 2008, pp. 23-78.
- «Responsabilidad por daños medioambientales: novedades legales y cuestiones procesales», *Práctica Derecho Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 61, 2008, pp. 5-40.
- «Propuesta de un modelo procesal penal europeo para delitos transfronterizos», en *op. col.* LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. (dir.): *Estudios procesales sobre el espacio europeo de Justicia Penal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 51-71.

**NIETO MARTÍN, A.:** *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 81 y ss.

**OROZCO SANCHÍS, A.:** «Rasgos criminológicos del delincuente medioambiental», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1954, 2003, pp. 3983-4007.

**PIÑEIRO BERTOT, M. I.:** «Los delitos contra el medio ambiente como expresión de delitos de cuello blanco», *Revista Pensamiento Penal*, n.º 39, 2007, pp. 1 y ss.

**QUINTERO OLIVARES, G.:** «Dos problemas pendientes de la Justicia Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVII, 1994, pp. 401-436.

**SOLER FERNÁNDEZ, R.:** «El ecocidio ¿Crimen internacional?», *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 8, 2017, pp. 859-879.

## CAPÍTULO XVI

---

# ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CADENA DE CUSTODIA EN EL ÁMBITO EXTRAPENAL

**Andrea Jamardo Lorenzo**

*Becaria predoctoral por la Fundación Manuel Serra Domínguez  
Área de Derecho Procesal. Universidad de León*

**SUMARIO:** 1. Consideraciones iniciales. 2. Algunos aspectos potencialmente problemáticos en el desarrollo de una correcta cadena de custodia. 3. Tratamiento jurisprudencial de la cadena de custodia en el ámbito extrapenal. 3.1. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. 3.2. En el orden jurisdiccional civil. 3.3. En el orden jurisdiccional social. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía referenciada

**RESUMEN:** Entendemos por *cadena de custodia* aquella figura jurídica que sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba, que afecta a la llamada verosimilitud de la prueba e indudablemente vinculada al proceso penal. No obstante lo anterior, el análisis de la cadena de custodia en el ámbito extrapenal resulta muy conveniente, y ello en virtud del considerable aumento de su presencia en la jurisprudencia de los restantes órdenes jurisdiccionales. Partiendo de esta premisa, en el presente trabajo se analiza el tratamiento jurisprudencial otorgado a la cadena de custodia en el ámbito extrapenal y, asimismo, se ofrece una breve reflexión acerca de las dificultades que pueden manifestarse en el mantenimiento de una correcta cadena de custodia.

**ABSTRACT:** Chain of custody is the legal figure that serves as a formal guarantee of the authenticity and indemnity of the evidence, which affects the verisimilitude of the evidence itself and is undoubtedly linked to criminal proceedings. However, the analysis of the chain of custody in the extra-criminal sphere is very convenient, and this is due to the considerable increase in its presence in the jurisprudence of the remaining jurisdictional orders. For this reason, we analyse the jurisprudential treatment of the chain of custody in the extra-criminal sphere. It also offers a brief reflection on the difficulties that can occur in maintaining a successful chain of custody.

**PALABRAS CLAVE:** ámbito extrapenal, aseguramiento de la prueba, cadena de custodia, prueba prohibida, tratamiento jurisprudencial.

**KEYWORDS:** assurance of evidence, chain of custody, extra-criminal sphere, jurisprudential treatment, prohibited evidence.

## 1. Consideraciones iniciales

Es sabido que el estudio y análisis de la figura de la cadena de custodia se efectúa, habitualmente, desde la perspectiva del proceso penal. Y ello debido a que es en ese ámbito donde se ha logrado —sin duda alguna— un mayor grado de desarrollo de esta figura. Justamente es en el seno del proceso penal donde nace la cadena de custodia; se delimita conceptualmente, gracias a la labor jurisprudencial de nuestros Juzgados y Tribunales; y se establecen las reglas que constituyen esta institución. Con todo y a pesar de lo anterior, la cadena de custodia también ha sido objeto de cierto tratamiento jurisprudencial en el ámbito extrapenal.

Como paso previo al análisis de la cadena de custodia en la esfera extrapenal, resulta conveniente introducir una definición de esta figura. La definición aportada se circunscribe al proceso penal —dado que es ahí donde surge y, naturalmente, su delimitación conceptual se ha fijado en atención a las peculiaridades de este proceso—. Así, la cadena de custodia puede definirse como un «procedimiento oportunamente documentado, que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o indicios delictivos, desde que son encontrados hasta que se aportan al proceso como pruebas»<sup>1</sup>.

De forma similar a como ocurre en el orden penal —aunque en distinto grado<sup>2</sup>—, la cadena de custodia extrapenal parte de una ausencia de regulación legal sobre la misma. A mayor abundamiento, en el ámbito extrapenal tampoco se ha alcanzado, todavía, demasiada relevancia en el plano doctrinal. Por consiguiente, la labor delimitadora está recayendo una vez más sobre Juzgados y Tribunales —quienes han optado por trasladar el término para su aplicación también fuera de los límites del proceso penal—. En este

---

1 FIGUEROA NAVARRO, C.: «El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia», La Ley Penal, n.º 84, Sección Estudios, 2011.

2 Recordemos que, a pesar de no contar con una regulación específica en la legislación procesal penal, la cadena de custodia penal sí ha alcanzado cierto grado de interés tanto a nivel doctrinal como, fundamentalmente, a nivel jurisprudencial, lo que ha propiciado que también el legislador se haya interesado en esta figura procesal. Ello se manifiesta, principalmente, en dos hitos: en primer lugar, con la primera y única referencia expresa —hasta la fecha— al término cadena de custodia en la LECrim (incluida a través de la reforma operada en el año 2010 en virtud de la LO 5/2010, de reforma del CP); y en segundo lugar, con las propuestas de regulación contenidas en los ALECRim de 2011 y 2020.



sentido y considerando que la cadena de custodia se asocia principalmente a la investigación criminal, en el ámbito extrapenal hablar de cadena de custodia en sentido estricto puede generar cierto desconcierto. A pesar de ello, como ya se ha afirmado, nuestros Tribunales han optado por introducir este término también en diversas resoluciones dictadas fuera del ámbito penal.

Con todo, no cabe duda de que la referencia a esta figura jurídica en los órdenes extrapenales no se efectúa en los mismos términos que en el orden penal. Al contrario, la cadena de custodia se introduce en la esfera extrapenal como un reflejo poco nítido de su esencia penal, pues —en efecto— ha sido la relevancia adquirida por esta figura en los procesos penales la que ha impulsado su introducción en los restantes órdenes, de forma derivada y sin mayores adecuaciones. De esta forma, hasta la fecha, no ha podido consolidarse como una figura jurídica o institución autónoma en este ámbito.

En este punto, hay que tener en cuenta que partimos de una diferencia fundamental: la ausencia de investigación oficial en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos. Esta circunstancia plantea la confrontación entre, por un lado, el principio de oficialidad —propio del proceso penal— y, por otro lado, los principios dispositivo y de aportación de parte —característicos de los procesos vinculados a los demás órdenes jurisdiccionales—<sup>3</sup>. Este distanciamiento entre los diversos procesos es, precisamente, la causa que conforma una de las notas características de la cadena de custodia en el ámbito extrapenal donde, al no existir investigación oficial, son las partes las encargadas de localizar y aportar la prueba. Implica que se asocie, en exclusiva, a la prueba pericial.

Constatada la utilización del término *cadena de custodia* en la jurisprudencia en materia extrapenal, resulta muy conveniente el análisis sobre el tratamiento jurisprudencial que se le otorga. Y ello en aras a precisar aquellos caracteres que le son propios, así como fijar las principales diferencias habidas con la cadena de custodia en el orden penal.

En suma, en el análisis de la figura de la cadena de custodia en la esfera extrapenal se pretenden alcanzar los siguientes objetivos: por un lado, examinar el tratamiento jurisprudencial ofrecido por Juzgados y Tribunales; y por otro, la delimitación, distinción y —fundamentalmente— la adaptación de esta figura a los procesos extrapenales.

---

3 GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Problemas específicos del acceso a las fuentes de prueba digital en el orden jurisdiccional civil», en *op. col.* GONZÁLEZ GRANDA, P. (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus, 2020, pp. 244 y ss. identifica dos circunstancias muy destacables en relación con el acceso a las fuentes de prueba en los procesos extrapenales: la primera, la ausencia de regulación acerca de la investigación preprocesal para la averiguación de los hechos objeto de prueba; y la segunda, derivada de esta primera, que las partes son quienes tienen la responsabilidad de acceder a las fuentes de prueba para, posteriormente, proponerlas e introducirlas al proceso como medios de prueba.

## 2. Algunos aspectos potencialmente problemáticos en el desarrollo de una correcta cadena de custodia

Es indudable que la introducción de la cadena de custodia en los órdenes jurisdiccionales extrapenales deberá efectuarse con cierto distanciamiento de lo que actualmente entendemos como tal. Con todo y a pesar de las notas diferenciadoras entre ambas, las dificultades habidas en el mantenimiento de una correcta cadena de custodia son compartidas en los diferentes procesos.

De esta forma, el análisis de la cadena de custodia en los órdenes civil, social y contencioso-administrativo debe efectuarse, necesariamente, poniendo el acento en los siguientes aspectos problemáticos: en primer lugar, sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la actividad probatoria; en segundo lugar, sobre la necesaria delimitación entre prueba prohibida y cadena de custodia; y, por último, en relación con la especial relevancia que adquiere la cadena de custodia en el ámbito de la cooperación jurídica internacional para la garantía de la autenticidad de la prueba en el orden civil.

No resulta novedoso afirmar que las llamadas nuevas tecnologías están cambiando el mundo en general y el mundo jurídico en particular. De esta forma, las inquietudes que se plantean en el Derecho Procesal, derivadas de la incorporación al proceso de las nuevas tecnologías, se evidencian —fundamentalmente— en la actividad probatoria.

La primera preocupación que plantea el impacto de las nuevas tecnologías en la actividad probatoria es la referida a las exclusiones probatorias<sup>4</sup>, pues la obtención de la fuente de prueba digital encuentra un primer obstáculo en la posibilidad de interferencia en los derechos fundamentales (en adelante, DDFF) de los ciudadanos<sup>5</sup> y, especialmente, en los siguientes: derecho a la intimidad personal (art. 18 CE), derecho al secreto de las comunicaciones

---

4 En este punto conviene señalar que la doctrina ha venido justificando la aplicación de la regla de exclusión en todos los órdenes jurisdiccionales en base a los siguientes motivos: primero, la prueba prohibida fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico —en virtud del art. 11.1 LOPJ— como respuesta a la STC 114/1984, de 29 de noviembre (sentencia que deriva de un procedimiento laboral); segundo, el art. 11.1 LOPJ no delimita un ámbito concreto de aplicación de la prueba prohibida, sino que se aplica indistintamente en todos los órdenes jurisdiccionales; y tercero, su aplicación ha sido reconocida en normas procesales extrapenales (en el art. 287 LEC como en el 90.2 LRJS). *Vid.* SIMARRO PEDREIRA, M.: «Exclusiones probatorias en el ámbito digital», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, n.º 3, 2020, pp. 418-419.

5 En el ámbito de la prueba prohibida, la relevancia que se desprende de la utilización de las nuevas tecnologías en la actividad probatoria reside en se puede ocasionar una mayor intromisión en la intimidad de la persona afectada, de modo que se genera mayor probabilidad de interferencia con los DDFF de los ciudadanos (*Ibid.*, pp. 416 y ss.).

(art. 18.3 CE) y derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), llegando a afectar incluso al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) en casos muy concretos<sup>6</sup>.

Otra de las grandes inquietudes se evidencia en el aseguramiento de las fuentes de prueba de carácter digital debido a la volatilidad que caracteriza a este tipo de pruebas, lo que sin duda ha suscitado, entre los diversos operadores jurídicos, cierta desconfianza sobre la veracidad de los datos introducidos en el proceso y ello debido a la facilidad de una posible manipulación<sup>7</sup> de este tipo de pruebas. Si bien es cierto que también existe la posibilidad de que las pruebas más tradicionales puedan ser objeto de cierta manipulación, esta se manifestará mediante técnicas muy distintas, por ello, es razonable suponer que los métodos que garantizan la cadena de custodia deben variar en función de si se trata o no de una prueba de carácter digital<sup>8</sup>, precisamente en atención a las diferentes técnicas empleadas en su manipulación.

Ambas circunstancias plantean serios problemas en el mantenimiento de una correcta cadena de custodia y, asimismo, se identifican como dos de los retos actuales que han de resolverse en la materia. Por ello conviene enormemente realizar un esfuerzo delimitador entre cadena de custodia y exclusiones probatorias.

En este sentido, se puede afirmar que en el análisis de la cadena de custodia se suman, por un lado, los problemas derivados de la conservación de la

---

6 Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Problemas específicos del acceso a las fuentes de prueba digital en el orden jurisdiccional civil», en *op. cit.*, pp. 248 y ss.; MESTRE DELGADO, E.: «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos» en *op. col.* FIGUEROA NAVARRO, C. (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, 2015, p. 51, donde identifica esta posible interferencia con los mencionados DDFP como una problemática propia de la cadena de custodia de los elementos probatorios de carácter electrónico.

7 Esta fácil manipulación de las pruebas digitales o tecnológicas es entendida como uno de sus caracteres definidores. No obstante y pese lo anterior, hay que tener en cuenta que también las pruebas tradicionales pueden ser objeto de manipulación o falsedad (*vid.* al respecto ARRABAL PLATERO, P.: *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 43 y ss.).

8 La doctrina empieza a hablar, precisamente, de la posibilidad de aplicación de tecnología blockchain como medios para garantizar la cadena de custodia de la fuente de prueba de carácter digital, en tanto que ofrece un alto nivel de trazabilidad digital de las transacciones, de modo que «puede tener repercusiones sobre la autenticidad de la prueba digital e informática que se incorpora al proceso penal». Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P./ARIZA COLMENAREJO, M. J.: «Prueba digital y derechos fundamentales» en GONZÁLEZ GRANDA, P./ARIZA COLMENAREJO, M. J., *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, 2021, pp. 484-487. A su vez, específicamente relacionado con la utilización de códigos hash, SÁNCHEZ RUBIO, A.: «Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del hash como requisito para la fiabilidad probatoria», en *op. col.* BUENO DE MATA, F. (dir.), FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital, Comares, 2019.

fuelle de prueba<sup>9</sup>; y, por otro, los problemas de la ilicitud probatoria —siendo esta última problemática compartida entre ambas instituciones—. Lo relevante en este punto es que la cadena de custodia se inicia en el momento de obtención de las fuentes de prueba, siendo justamente ahí donde confluyen prueba prohibida y cadena de custodia.

Partiendo de lo anterior, la delimitación dogmática entre ambas instituciones resulta de gran interés debido, entre otras cosas y principalmente, a dos factores: en primer lugar, al hecho de que la propia elaboración de la prueba prohibida continúa en constante evolución —generalmente esta reflexión se retoma con ocasión de alguna decisión judicial concreta<sup>10</sup>—; y, en segundo lugar, al hecho de que la doctrina de la cadena de custodia está todavía en ciernes, y fundamentalmente en el ámbito extrapenal.

Aunque ciertamente se ha afirmado en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia penal que la cadena de custodia no tiene incidencia directa en DDFF<sup>11</sup> —de modo que su ruptura no implica directamente vulneración de los mismos—, sí se ha reconocido jurisprudencialmente la posibilidad de que, en función de la gravedad que ostente la irregularidad en la cadena de custodia<sup>12</sup>, pueda derivarse cierta afectación a ciertos DDFF.

---

9 Hay que tener en cuenta, al respecto, que en la propia custodia de las diversas fuentes de prueba de carácter digital pueden producirse alteraciones o modificaciones de las mismas —aún de manera inconsciente—, llegando incluso a ocasionar, en ocasiones, alguna vulneración de DDFF (circunstancia que puede ocurrir con ocasión de algún análisis o estudio de los archivos digitales). Y de esa forma, resulta plausible que devenga nula la prueba lícitamente obtenida. *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S.: «Cadena de custodia y prueba tecnológica», en *op. col.* VILLEGAS DELGADO, C./MARTÍN RÍOS, P. (coords.), *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 52 y ss.

10 Vid al respecto GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Restricción de derechos y libertades y prueba prohibida: la deriva de las exclusiones probatorias» en GONZÁLEZ GRANDA, P./ARIZA COLMENAREJO, M. J. (auts.), *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, 2021, pp. 449 y ss., donde ofrece, en síntesis, los pasos seguidos en la evolución jurisprudencial del tratamiento que se ofrece a la prueba prohibida.

11 Al respecto: STS 1349/2009, de 29 de septiembre; STS 347/2012, de 25 de abril; STS 587/2014, de 18 de julio; STS 507/2020, de 14 de octubre, entre otras. También, entre otros, GUTIÉRREZ SANZ, M. R.: *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, 2016, pp. 41 y ss.; DEL POZO PÉREZ, M.: «La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 30, 2013 (autora que, no obstante, se muestra crítica con el tratamiento jurisprudencial ofrecido a la ruptura de la cadena de custodia, considerando que la misma puede incidir directamente en diversos DDFF, tales como el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa).

12 Al respecto, hay que señalar que la jurisprudencia penal (STS 587/2014, de 18 de julio, entre otras) ha creado un sistema gradual de irregularidades en relación con la cadena de custodia, por el cual una irregularidad en la cadena de custodia puede conllevar diferentes

Esta diferenciación, no obstante, es completamente necesaria, en tanto que la prueba ilícita nunca podrá ser objeto de subsanación, mientras que ciertas irregularidades presentes en la cadena de custodia sí podrán ser subsanadas mediante otras técnicas que acrediten la regularidad de la misma. Con todo y en definitiva, ciertamente el debate sobre la cadena de custodia debe centrarse en la fiabilidad de lo analizado y no en la validez de la prueba.

Volviendo al vínculo entre DDFF y cadena de custodia, este debe analizarse desde dos perspectivas procesales distintas: por un lado, en el plano de la vulneración de DDFF en la obtención de la fuente de prueba; y por otro, desde la perspectiva de la prueba lícitamente obtenida que deviene ilícita por vulneración posterior de DDFF.

En ambos supuestos la prueba debe ser excluida del proceso, por vulneración de DDFF, en virtud de la regla de exclusión contenida en el art. 11.1 LOPJ (fundamento de la prueba prohibida). Considerando lo anterior, el vínculo con la cadena de custodia se manifiesta más presente en el segundo de los supuestos —pues la cadena de custodia ya no se encuentra en fase inicial de obtención—, pudiendo incluso haberse producido la vulneración de DDFF durante el transcurso de los restantes actos que la integran.

Finalmente, otro de los puntos que se han identificado como problemáticos en el mantenimiento de una correcta cadena de custodia es el de la cooperación jurídica internacional<sup>13</sup> en materia de obtención de prueba. Al respecto, hay que tener en cuenta tanto la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil como el Reglamento (UE) 2020/1783 relativo a la cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil, que deroga el anterior Reglamento (UE) 1206/2001, y cuya aplicabilidad se iniciará el próximo 1/07/2022.

En ambas normas, se establece el procedimiento a seguir para la cooperación jurídica internacional en materia de obtención de pruebas, no obstante, sorprende que no se haya tomado medida alguna al respecto de la

---

consecuencias en función de su gravedad: por un lado, podrán verse afectados los DDFF a un proceso con todas las garantías, el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia —principalmente— cuando el Tribunal haya valorado una prueba sobre la que se haya probado una irregularidad grave en la cadena de custodia; por otro lado, ciertas irregularidades en la cadena de custodia pueden ser subsanadas mediante otros medios que permitan acreditarla (por ejemplo, mediante la testifical de los agentes intervinientes en la misma).

13 Para mayor información, *vid.* ELVIRA BENAYAS, M. J., «Digitalización de la cooperación judicial internacional en materia civil o mercantil en la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, n.º 11, 2022.

cadena de custodia o, incluso, el aseguramiento de las fuentes de prueba, en tanto que la obtención de las pruebas se efectuará por una autoridad de un Estado ajeno que remitirá la prueba al Estado solicitante de la misma. Así, esta ausencia, evidencia que también en el ámbito de la cooperación jurídica internacional encontramos un nuevo reto en materia de cadena de custodia. Principalmente, cuando se trate de una prueba de carácter digital cuya posible alteración, incluso de forma accidental, plantea mayores riesgos.

### **3. Tratamiento jurisprudencial de la cadena de custodia en el ámbito extrapenal**

La creación y evolución de la cadena de custodia en la jurisprudencia en materia penal ha influenciado —sin duda— la introducción de este término en los restantes órdenes jurisdiccionales. Así, la inclusión del término *cadena de custodia* en la jurisprudencia extrapenal es ya una realidad en la actualidad. A pesar de lo anterior, tal y como se afirmó en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, conviene resaltar nuevamente que su desarrollo no ha podido efectuarse en iguales condiciones que en el orden penal.

#### **3.1. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo**

En la esfera extrapenal, la cadena de custodia ha obtenido mayor presencia en el proceso contencioso-administrativo<sup>14</sup>, ámbito en el cual presenta un desarrollo adecuado en cuanto a su contenido —a pesar de que, efectivamente, es muy posible localizar resoluciones donde el contenido de la cadena de custodia puede resultar cuestionable en ciertos aspectos<sup>15</sup>—.

En el desarrollo jurisprudencial de la cadena de custodia en el ámbito contencioso se han trasladado varios de los caracteres que, en el orden penal, entendemos como propios de la cadena de custodia. Al efecto, en cuanto a la conceptualización de la misma, la cadena de custodia se ha identificado en diversas sentencias, en primer lugar, con el procedimiento documentado que se inicia en el momento de la obtención de la evidencia<sup>16</sup> y que garantiza

---

14 La primera referencia localizada data del año 2000: STSJ Galicia 42/2000, de 19 de enero.

15 Por ejemplo, la SAN de 20 de abril de 2005 vincula la cadena de custodia con el deber de protección de los datos personales. Resulta curiosa esta vinculación, pues al proponer tal vínculo se desvincula completamente de lo que hasta ahora se está entendiendo por cadena de custodia.

16 STSJ Murcia 451/2015, de 10 de junio; SAN 145/2017, de 17 de abril; SJCA Segovia 7/2022, de 19 de enero (sentencia de gran importancia por su desarrollo de la cadena de custodia), entre otras.

la identidad de las muestras obtenidas<sup>17</sup>; y, asimismo, se concibe como una figura de carácter instrumental que afecta a la verosimilitud de la prueba pericial<sup>18</sup>.

Otro de los caracteres ya reconocidos en el orden penal y que también se ha trasladado al orden contencioso, se refiere a la necesidad de que, para alegar irregularidad o ruptura de la cadena de custodia, las partes aporten indicios suficientes que permitan sospechar acerca de una posible manipulación o contaminación de la muestra<sup>19</sup>, no siendo suficiente que simplemente se siembren dudas sobre la misma sin base alguna.

En último término, es reseñable su especial relevancia en el ámbito administrativo sancionador, pues precisamente en este ámbito es donde guarda mayor similitud con la cadena de custodia en el proceso penal<sup>20</sup>. Esto es así como consecuencia de la propia estructura del procedimiento administrativo sancionador (muy similar al orden penal en algunos aspectos, compartiendo incluso principios comunes), lo que permite que sea fácilmente trasladable desde la cadena de custodia penal<sup>21</sup>.

### 3.2. En el orden jurisdiccional civil

A pesar de que la primera referencia expresa a la cadena de custodia en la jurisprudencia civil se remonta al año 2000<sup>22</sup>, en la actualidad continúa sin desarrollarse lo suficiente (ni doctrinal ni jurisprudencialmente). Partiendo de esta primera referencia en la jurisprudencia civil, la cadena de custodia en este ámbito se ha ido introduciendo en resoluciones con contenido material muy diverso, aunque de manera dispersa y sin que, en general, alberguen demasiada ambición en cuanto al propio contenido y desarrollo de la figura de la cadena de custodia a nivel procesal.

17 STSJ Madrid 500/2015, de 16 de julio; STSJ Murcia 91/2017, de 16 de febrero; STSJ Galicia 21/2022, de 21 de enero, entre otras, estima la ruptura de la cadena de custodia de unas muestras sobre las cuales no pudo acreditarse la identidad entre lo analizado y lo obtenido.

18 STSJ Madrid 1106/2001; STSJ Madrid 723/2003, de 9 de julio; SAN de 14 de octubre de 2021; SJCA Mérida 200/2021; SJCA Palencia 9/2022, de 27 de diciembre, entre otras.

19 Entre otras, SJCA Guadalajara 319/2019, de 7 de octubre; SJCA Cádiz 55/2022, de 15 de marzo; STSJ Murcia 305/2017, de 18 de mayo.

20 STSJ Galicia 42/2000, de 19 de enero; SAN de 25 de noviembre de 2019, entre otras.

21 Esta similitud se observa en aquellos supuestos en los que el procedimiento administrativo sancionador se ha seguido por tenencia ilícita de sustancias estupefacientes o por consumo de las mismas, ya que recuerda muy especialmente al procedimiento de la cadena de custodia seguido en el marco de una investigación por un supuesto delito de tráfico de drogas: incautación de las drogas, transporte a los laboratorios oficiales, análisis de las sustancias, etc. *Vid.* SJCA Cádiz 55/2022, de 15 de marzo

22 SAP Segovia 140/2000, de 18 de mayo.

Precisamente en virtud de lo expuesto en líneas arriba, se desprende cierta complejidad a la hora de delimitar los caracteres que la jurisprudencia ha ido trasladando al ámbito civil en materia de cadena de custodia —aunque ciertamente sí se ha podido subrayar su función de garantía respecto de la identidad, integridad e inalterabilidad de las fuentes de prueba<sup>23</sup>—.

No obstante, sí resulta de interés reseñar aquellos ámbitos o circunstancias en las que se ha ido desarrollando la cadena de custodia con mayor interés o aplomo: en primer lugar, en los procesos de filiación respecto de las muestras biológicas analizadas para determinar la paternidad<sup>24</sup>; en segundo lugar, respecto de los informes periciales de objetos con supuestas imperfecciones, donde se ha reconocido la ruptura de la cadena de custodia por el transcurso del tiempo desde la toma de la muestra hasta su análisis pericial<sup>25</sup>; en tercer lugar, respecto del análisis pericial de equipos informáticos —aquí se propone el seguimiento del proceso por un notario o por el LAJ (si se ha iniciado el procedimiento) como medida de control desde la obtención del equipo hasta su análisis—<sup>26</sup>; o también, en sentido contrario, respecto del informe pericial informático sin control procedimental por parte del LAJ o notario<sup>27</sup>; y, en último término, respecto de la admisión de la prueba electrónica en sede judicial.

---

23 SAP Málaga 664/2017, de 29 de diciembre; SAP Gran Canaria 793/2021, de 21 de diciembre, entre otras.

24 SAP Cádiz 202/2009, de 27 de abril, donde se especifica el recorrido de la muestra biológica desde su obtención en un hospital público hasta su remisión al Instituto Oficial encargado de emitir dictamen pericial sobre las mismas, como prueba de la regularidad de la cadena de custodia para la garantía de la autenticidad de las muestras. También la SAP Tenerife 385/2009, de 21 de septiembre, donde expresamente se recoge que el Secretario Judicial ha estado presente en la toma de la muestra biológica, como garantía de la cadena de custodia. A mayores, SAP Barcelona 331/2011, de 8 de junio; SAP Palma de Mallorca 158/2011, de 9 de mayo; ATS de 8 de abril de 2014; SAP Córdoba 392/2015, de 28 de septiembre; SAP Madrid 439/2017, de 26 de mayo; ATS de 20 de octubre de 2021; SAP Tarragona 485/2021, de 30 de junio; SAP Murcia 32/2022, de 1 de febrero; SAP Tarragona 39/2022, de 21 de enero. Con menor desarrollo de la cadena de custodia, también se han localizado en este ámbito las siguientes: SAP Burgos 464/2005, de 21 de octubre; SAP Burgos 491/2007, de 18 de diciembre, entre otras.

25 SAP A Coruña 242/2014, de 26 de septiembre; SAP Cáceres 319/2005, de 27 de julio, en relación con un pleito por indemnización por desperfectos del producto adquirido, la muestra se toma 2 años después, motivo por el que se alega que el peritaje no tiene valor científico alguno y no se ha respetado la cadena de custodia por transcurso del tiempo.

26 *Vid.* SAP Madrid 56/2014, de 17 de febrero.

27 Entiende el Tribunal que, no habiendo dudas de la falta de verdad de la prueba, no puede insinuarse que el perito ha faltado a su verdad y conocimiento aun cuando no se haya dado fe pública del acceso al equipo informático con todas las garantías por parte de notario o LAJ. *Vid.* SAP Salamanca 490/2019, de 10 de octubre.



Respecto de este último, la jurisprudencia ha delimitado cuatro requisitos: licitud, integridad, autenticidad y claridad<sup>28</sup>, entendiendo la autenticidad como exigencia de la cadena de custodia, de modo que actúa como garantía de que la prueba no ha sido manipulada «mediante la documentación del proceso de acceso, obtención, transferencia y almacenamiento de los datos contenidos en la fuente de prueba electrónica».

### 3.3. En el orden jurisdiccional social

El orden social es en el que parece tener menor presencia la cadena de custodia y, asimismo, también en el que se introduce de forma más tardía (en el año 2007)<sup>29</sup>. A pesar de lo anterior, el tratamiento de la cadena de custodia en el orden social destaca por ostentar un cuidado desarrollo en ciertas (y muy delimitadas) circunstancias.

En primer lugar, y con respecto a la conceptualización de la cadena de custodia —aún sin ser el ámbito más destacable—, destacan aquellas sentencias que delimitan los caracteres de la cadena de custodia en relación con el proceso laboral<sup>30</sup>, identificando su origen penal, e introduciendo también el término *mismidad* de la prueba<sup>31</sup>. Estas resoluciones son las que relacionan la cadena de custodia con la garantía de identidad e inalterabilidad de la fuente de prueba, reconociendo su carácter instrumental y su vinculación con la fiabilidad de la prueba.

Uno de los ámbitos específicos de mayor desarrollo en el orden social es de los informes periciales sobre equipos informáticos utilizados por los trabajadores en el ámbito profesional<sup>32</sup>. Al respecto, es frecuente, aquí, que las empresas acudan al notario como medio para garantizar la cadena de custodia. La forma de proceder es la siguiente: en primer lugar, se depositan

---

28 Las Palmas de Gran Canaria 793/2021, de 21 de diciembre, en relación con el valor probatorio de las conversaciones de WhatsApp.

29 Se trata de la STSJ Madrid 1027/2007, de 27 de diciembre, en relación con la cadena de custodia del equipo informático utilizado para el desarrollo del trabajo.

30 STSJ Comunidad Valenciana 353/2021, de 3 de febrero. Tiene especial interés debido al desarrollo ofrecido de la figura de la cadena de custodia: se reconoce su procedencia del proceso penal y adaptación en lo que respecta al proceso laboral, se identifica su carácter instrumental vinculada a la fiabilidad de la prueba y, en concreto, respecto de la prueba pericial.

31 STSJ Madrid 575/2019, de 8 de julio.

32 STSJ Madrid 932/2011, de 23 de noviembre; STSJ Madrid 41/2012, de 20 de enero; STSJ Cataluña 2866/2012, de 18 de abril; STSJ Madrid 13/2014, de 13 de enero; STSJ Madrid 153/2014, de 3 de marzo; ATS de 20 de enero de 2015; STSJ Andalucía 2229/2017, de 13 de julio. También es posible observar resoluciones dictadas en este mismo ámbito de la pericial informática, pero sin desarrollar un modo para la garantía de la cadena de custodia: STSJ Madrid 1027/2007, de 27 de diciembre; STSJ Madrid 72/2008, de 2 de febrero.

ante notario los equipos informáticos que van a ser objeto de pericia; posteriormente, el perito informático encargado del análisis efectúa copia del disco duro en presencia del notario; y finalmente, se dictará informe pericial valorativo tras el correspondiente análisis sobre la copia efectuada.

Finalmente, también se ha desarrollado la cadena de custodia en relación con los siguientes supuestos: respecto de los análisis para la detección del consumo de drogas o alcohol en el ámbito profesional<sup>33</sup> —donde se identifica la cadena de custodia como el recorrido del objeto aprehendido desde su recogida, traslado a los laboratorios, análisis y, finalmente, su incorporación al proceso (reconociendo, así, las distintas fases)—; en relación con los informes emitidos por detectives privados<sup>34</sup>; y, en último término, en relación con la fuente de prueba derivada de conversaciones de WhatsApp<sup>35</sup> o mediante correos electrónicos<sup>36</sup>.

## 4. Conclusiones

1.- Conceptualización de la cadena de custodia en el ámbito extrapenal. Actualmente, la cadena de custodia extrapenal puede definirse —y únicamente en este ámbito, pues la definición en el orden penal debe ser necesariamente distinta a la aquí introducida— como una herramienta procesal de carácter instrumental para la valoración del nivel de credibilidad sobre la autenticidad, integridad e inalterabilidad de una fuente de prueba que pretende acceder al proceso como medio de prueba y que, por tanto, afecta a la llamada verosimilitud de la prueba. Esto es, se trata de una herramienta vinculada fundamentalmente a la fiabilidad de la prueba y que permite al juzgador evaluar el grado de fiabilidad de la misma.

2.- Sobre el tratamiento jurisprudencial extrapenal. Ciertamente, el tratamiento ofrecido a la cadena de custodia todavía no es uniforme en el ámbito

---

33 STSJ Canarias 138/2020, de 28 de enero; STSJ Comunidad Valenciana 3569/2020, de 14 de octubre, donde específicamente se reconoce que «la doctrina sobre la cadena de custodia viene establecida en el ámbito penal y ha sido objeto de traslado, en lo que pueda ser de aplicación, al proceso laboral». También en relación con este ámbito, STSJ Cataluña 183/2018, de 15 de enero; STSJ Madrid 149/2019, de 28 de febrero.

34 STSJ Madrid 1170/2012, de 28 de diciembre; STSJ Madrid 283/2013, de 24 de abril. Al respecto, los informes provenientes de detective privado con documentación insuficiente no pueden garantizar la cadena de custodia.

35 En la aportación de prueba basada en conversaciones de WhatsApp, la SJS Oviedo 371/2019, de 8 de agosto, sostiene que no es necesario acreditar la veracidad de la prueba cuando esta no se discute entre las partes. Por otro lado, la SJSO Madrid de 13 de mayo de 2022, sostiene que no se puede garantizar la cadena de custodia en este tipo de mensajería, al tener los propios usuarios la facultad de eliminar mensajes discrecionalmente.

36 STSJ Madrid 478/2021, de 30 de junio, en relación con la cadena de custodia de elementos electrónicos acreditada a través de código hash que garantice su inalterabilidad.

extrapenal (ni siquiera de manera individualizada en cada uno de los órdenes jurisdiccionales), sino que —a pesar de que se pueden observar numerosas sentencias donde sí se ha introducido de una forma adecuada, desarrollando qué es y cómo se adapta al concreto proceso—, lo cierto es que, en general, todavía queda mucho camino por delante para que la cadena de custodia se consolide como figura jurídica en los órdenes extrapenales.

3.- Planteamiento de futuro. En la actualidad una posible configuración de la cadena de custodia extrapenal como figura jurídica autónoma todavía aparenta ser algo lejana. No obstante, también en el proceso penal se introdujo de forma gradual a través de la elaboración jurisprudencial de nuestros Juzgados y Tribunales a lo largo de décadas. Así, en atención al actual tratamiento jurisprudencial que ostenta, cabe plantear el siguiente interrogante: ¿hablar de cadena de custodia —como verdadera figura jurídica independiente— en la esfera extrapenal será, finalmente, una realidad?

## 5. Bibliografía referenciada

- ARRABAL PLATERO, P.:** *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, 2020.
- CALAZA LÓPEZ, S.:** «Cadena de custodia y prueba tecnológica» en *op. col.* VILLEGAS DELGADO, C./MARTÍN RÍOS, P. (coords.), *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 39-61.
- DEL POZO PÉREZ, M.:** «La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 30, 2013.
- ELVIRA BENAYAS, M. J.:** «Digitalización de la cooperación judicial internacional en materia civil o mercantil en la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, n.º 11, 2022.
- FIGUEROA NAVARRO, C.:** «El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia», *La Ley Penal*, n.º 84, Sección Estudios, 2011.
- GONZÁLEZ GRANDA, P.:** «Problemas específicos del acceso a las fuentes de prueba digital en el orden jurisdiccional civil» en *op. col.* GONZÁLEZ GRANDA, P. (dir.), *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, Reus, 2020, pp. 241-283.
- «Restricción de derechos y libertades y prueba prohibida: la deriva de las exclusiones probatorias», en *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, GONZÁLEZ GRANDA, P./ARIZA COLMENAREJO, M. J., Dykinson, 2021, pp. 449-464.

- GONZÁLEZ GRANDA, P./ARIZA COLMENAREJO, M. J.:** «Prueba digital y derechos fundamentales», en GONZÁLEZ GRANDA, P./ARIZA COLMENAREJO, M. J., *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, 2021, pp. 465-489.
- GUTIÉRREZ SANZ, M. R.:** *La cadena de custodia en el proceso penal español*, Civitas, 2016.
- MESTRE DELGADO, E.:** «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos» en *op. col.* FIGUEROA NAVARRO, C. (dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, 2015, pp. 39-79.
- SÁNCHEZ RUBIO, A.:** «Cadena de custodia y prueba electrónica: la mismidad del hash como requisito para la fiabilidad probatoria», en *op. col.* BUENO DE MATA, F. (dir.), *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, 2019, pp. 289-299.
- SIMARRO PEDREIRA, M.:** «Exclusiones probatorias en el ámbito digital», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, n.º 3, 2020, pp. 405-427.

## CAPÍTULO XVII

---

# EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA. ANÁLISIS DE ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES CONTROVERTIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIONES *ANTITRUST*<sup>1</sup>

Xènia Fuguet Carles

*xenia.fuguet@urv.cat*

*Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero  
Universitat Rovira i Virgili*

**RESUMEN:** El acceso a las fuentes de prueba se encuentra regulado en los artículos 283 bis a) a k) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia, preceptos que entraron en vigor el 27 de mayo de 2017, con la publicación del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo. El primer objetivo es analizar de manera crítica este Real Decreto-Ley, a partir del examen de sus antecedentes normativos en materia de Derecho de la competencia y de las circunstancias y motivos por los cuales se sintió la necesidad de instar esta reforma. El segundo objetivo es examinar algunas cuestiones procesales que han surgido en los procedimientos de aplicación privada del derecho de la competencia y exponer esquemáticamente las soluciones que han dado algunos órganos jurisdiccionales, mientras el Tribunal Supremo no sienta doctrina o criterio de interpretación.

**ABSTRACT:** Access to sources of evidence is regulated in articles 283 bis a) to k) of the Spanish Civil Procedure Law, for procedures to claim damages for infringement of competition law, precepts that came into force on May 27 of 2017, with the publication of Royal Decree-Law 9/2017, of May 26. The first objective is to analyse this Royal Decree-Law, based on the examination of its

---

1 Este trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación Consolidado «Evidence Law» (2017 SGR 1205) financiado por la Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca de la Generalitat de Catalunya (AGAUR), cuyo investigador principal es el profesor Joan Picó i Junoy.

normative antecedents in matters of Competition Law, and its circumstances. The second objective is to examine some procedural issues that have arisen in the procedures for the private application of competition law and discuss the solutions that some Courts have given, while the Supreme Court does not establish doctrine or interpretation criteria.

**PALABRAS CLAVE:** acceso, prueba, daños, infracciones, competencia.

**KEYWORDS:** disclosure, evidence, damage, infringement, competition.

## 1. Introducción

El punto de partida de este trabajo de investigación es el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores<sup>2</sup> (en adelante, Real Decreto-Ley).

Nuestro estudio partirá única y exclusivamente del Título II de esta norma, que comprende las reformas legislativas derivadas de la transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea<sup>3</sup>. Y, específicamente, nos centraremos en el aspecto procesal de la reforma.

A continuación, introduciremos el Real Decreto-Ley objeto de estudio con la finalidad principal de analizar en profundidad las cuestiones procesales surgidas en los procedimientos de aplicación privada del derecho de la competencia, esto es, los procedimientos judiciales donde se ha ejercitado la acción de reclamación de daños y perjuicios por infracción del derecho de la competencia. En concreto, examinaremos procedimientos incoados por las infracciones cometidas en el cártel de los fabricantes de camiones, que ha sido el origen de las primeras reclamaciones en masa, una vez entrado en vigor el cuerpo legislativo de la reforma analizada.

## 2. Real Decreto-Ley 9/2017, en materia mercantil

El principal objetivo de derecho procesal marcado por el Real Decreto-Ley 9/2017 es la consecución de una mejor tutela de los justiciables, en los procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia<sup>4</sup>.

---

2 BOE n.º 126, de 27 de mayo de 2017 [BOE-A-2017-5855].

3 DOUE n.º 349, de 5 de diciembre de 2014 [DOUE-L-2014-83627].

4 Véase la p. 6 del Real Decreto-Ley 9/2017.

Para la consecución de este objetivo, se ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>5</sup>, introduciendo una nueva Sección 1.ª bis dedicada al acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia [art. 283 bis a) a k)], que se enclava dentro del Capítulo V (De la prueba: disposiciones generales), del Título I (De las disposiciones comunes a los procesos declarativos), en su Libro II (De los procesos declarativos).

En este apartado, corresponde examinar las referencias normativas que han precedido el Real Decreto-Ley en el ámbito procesal, y las circunstancias y motivos por los cuales se sintió la necesidad de instar esta reforma normativa procesal.

## 2.1. Referencias normativas de carácter adjetivo

Pasamos a continuación a enumerar, de forma muy clara y sucinta, las principales normas que, previamente al Real Decreto-Ley 9/2017, han regulado de alguna manera cuestiones procesales relativas al ejercicio de las acciones ejercitables en supuestos de incumplimiento del derecho de la competencia, para podernos situar en el punto de partida de este Real Decreto-Ley. En primer lugar, examinaremos la legislación española, para luego entrar en la normativa actualmente vigente a nivel europeo, que es la base de la tutela actual del Derecho de la competencia.

### 2.1.1. Normativa española

Debemos partir de la premisa de que el régimen para ejercitar las acciones de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia era el previsto en las leyes civiles, tanto sustantivas como procesales. Por ello, nos referiremos a la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>6</sup> (en adelante, LOPJ) y a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las principales novedades legislativas, afines a nuestro estudio y vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2017, fueron dos, la asignación de la competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil y la coordinación entre Juzgados y autoridades de la competencia. Veámoslo.

El Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de constitución de la Comunidad Europea (en adelante, Tratado CE)<sup>7</sup>, orquestó la reforma de la LOPJ y la LEC. El objetivo de este Reglamento era establecer un régimen que garantizara que no se falsease la

5 BOE n.º 7, de 8 de enero de 2000 [BOE-A-2000-323].

6 BOE n.º 157, de 2 de julio de 1985 [BOE-A-1985-12666].

7 <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf> (fecha última consulta: 29.04.2022).

competencia en el mercado común, por lo que abogaba por una aplicación eficaz y uniforme de los arts. 81 y 82 del Tratado CE<sup>8</sup>, en todo el territorio de la Unión Europea. Además, en su art. 5.º disponía que los Estados miembros debían poder designar autoridades administrativas y judiciales para que aplicaren la normativa europea en materia de defensa de la competencia, en calidad de encargados de velar por su aplicación pública.

Por consiguiente, se modificó el art. 86 ter apartado 2.º letra f) de la LOPJ y se atribuyó competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil, para conocer de los procedimientos incoados como consecuencia de conductas colusorias y abuso de posición dominante<sup>9</sup>.

De igual forma, se reformó la Ley de Enjuiciamiento Civil. En primer lugar, se introdujo el art. 15 bis LEC permitiendo a las autoridades de la competencia, su intervención en procesos de defensa de la competencia, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial.

También se adicionaron nuevos párrafos o apartados en los arts. 212.3 LEC —relativo a la publicación de sentencias en materia de derecho de la competencia—, 404.3 LEC —sobre la comunicación a las autoridades de la competencia sobre la admisión de una demanda en esta materia—, 434.3 LEC —que prevé la posibilidad de suspender el plazo para dictar sentencia si fuere necesario conocer previamente el pronunciamiento de un órgano administrativo en materia de competencia— y 461.5 LEC —sobre el traslado a la Comisión Nacional de la Competencia del escrito de interposición de un recurso de apelación en materia de competencia—.

En palabras de GASCÓN INCHAUSTI, estas reformas legislativas hicieron «posible una mínima coordinación entre los procesos judiciales civiles y los procedimientos administrativos sancionadores tramitados por las autoridades de defensa de la competencia»<sup>10</sup>.

### 2.1.2. Normativa europea

Sentados los antecedentes procesales a nivel estatal, pasamos a continuación a establecer el marco regulativo europeo. La principal norma que referir es la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones

---

8 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:12002E/TXT> (fecha última consulta: 29.04.2022).

9 Estas dos conductas están prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en sus arts. 1 y 2.

10 GASCÓN INCHAUSTI, F., «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), vol. 9, n.º 1, p. 127.



por daños en virtud del Derecho nacional, por infracción del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (en adelante, Directiva).

Esta Directiva tiene su razón de ser en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>11</sup> (en adelante, TFUE), concretamente, en su Título VII rubricado normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de legislaciones, Capítulo I respecto a las normas sobre competencia, Sección 1.<sup>a</sup> sobre disposiciones aplicables a las empresas, arts. 101 a 106.

En particular, por mandato del art. 103 TFUE, la Directiva parte de los arts. 101 y 102 TFUE, considerando que son principios esenciales del mercado interior y deben aplicarse de forma eficaz en todos los Estados miembros de la Unión Europea, para garantizar que no se falsee la competencia entre los Estados miembros.

En la práctica, la aplicación de estos principios de derecho europeo implica que cualquier persona afectada por una conducta o actividad anticompetitiva —ya sean particulares, consumidores, empresas privadas o públicas—, puede reclamar ante los juzgados y tribunales nacionales, una indemnización por daños y perjuicios, a través de lo que llamamos el uso privado del derecho de la competencia<sup>12</sup>.

No entraremos en el articulado en sí de la Directiva, puesto que éste será examinado en un estudio aparte dedicado al art. 283bis LEC, que es el resultado de la transposición de esta Directiva a la normativa española.

En este sentido, PELLICER ORTIZ sintetiza muy bien que «el objetivo más importante que se propone la Directiva (cual) es remover los obstáculos existentes en los diferentes Estados Miembros de la Unión Europea y establecer unos «mecanismos facilitadores» para las reclamaciones por los perjudicados, todo ello en aras de conseguir su íntegro resarcimiento»<sup>13</sup>.

## 2.2. Razón de ser de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 9/2017

En este apartado enunciaremos los principales motivos que justificaron la reforma operada por el Real Decreto-Ley 9/2017 y, consecuentemente, los de la Directiva 104/2014/UE, puesto que aquél es el resultado de la transposición de ésta a la normativa española.

11 DOUE n.º 83, de 30 de marzo de 2010 [DOUE-Z-2010-70002]. Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa.

12 Considerando (3) de la Directiva 2014/104/UE.

13 PELLICER ORTIZ, B., «El problema de la prueba sobre la existencia y la valoración del daño en los procedimientos de reclamación de daños en el ámbito de la defensa de la competencia», en La Ley Probática, n.º 6, 2021, p. 3.

Son varios y de distinta naturaleza los motivos que han llevado a impulsar la reforma, a nivel de la Comunidad Europea, de las legislaciones en materia de resarcimiento de daños por incumplimiento del derecho de la competencia. Pero todas ellas tienen un punto en común: crear un mercado interior europeo seguro, de libre competencia y que asegure la plena indemnización de los perjudicados ante una infracción *antitrust*.

Las razones de ser de la reforma son: la necesidad de armonizar las diferentes normas nacionales sobre esta materia, dentro del territorio de la UE; la necesidad de establecer una normativa estatal específica en cada uno de los Estados miembros; la necesidad de potenciar la colaboración entre las autoridades de la competencia y los tribunales de justicia; la necesidad de prevenir la asimetría de información entre las partes ante un supuesto de infracción; y la necesidad de eliminar o reducir las dificultades en la cuantificación del perjuicio. De éstas, vamos a centrarnos en las dos últimas, que son las que van a tener repercusión directa en los procedimientos judiciales en materia de prueba o de acceso a las fuentes de prueba.

### **2.2.1. Necesidad de prevenir la asimetría de información entre las partes**

A nivel europeo se detectó la necesidad de acabar con el desequilibrio existente entre las partes, en cuanto al acceso a la información que devenía necesaria para poder ejercitar la acción de reclamación de daños y formular los correspondientes *petitums* de la demanda<sup>14</sup>.

Y es que, en este tipo de litigios, por infracción del derecho de la competencia<sup>15</sup>, suele ser necesario realizar un análisis fáctico y económico complicado y difícil de ejecutar<sup>16</sup> y si, además, las pruebas necesarias para acreditar la infracción o su cuantificación están en posesión de la parte contraria o de terceros —que es lo habitual— o no son conocidas suficientemente por la parte actora o no están a su disposición, se agrava la situación para la parte demandante.

Ante tal coyuntura, deviene necesario proteger a la parte más débil y, por ello, por un lado, deviene necesario garantizar el acceso a las fuentes de prueba que estén en manos de terceros (incluidas las autoridades públicas<sup>17</sup>)

---

14 Debe tenerse en cuenta que tienen la legitimación activa para ejercitar la acción de reclamación de daños y perjuicios, tanto los compradores directos que hayan adquirido los bienes o servicios del infractor, como los compradores indirectos situados más allá de la cadena de suministro. De ahí la existencia de esa asimetría de información. Considerando (44) Directiva 2014/104/UE.

15 Considerando (43) Directiva 2014/104/UE.

16 «Cuantificar el perjuicio requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado en cuestión de no haber sido por la infracción». Considerando (46) Directiva 2014/104/UE.

17 Considerando (15) Directiva 2014/104/UE.

o de la parte contraria<sup>18</sup>. Este acceso se traducirá en el derecho a solicitar la exhibición de esos documentos o fuentes de prueba necesarios para fundamentar la demanda interpuesta o que se vaya a interponer. Y, para asegurar esta medida, las normativas nacionales preverán sanciones por destrucción u ocultación de fuentes de prueba cuya exhibición se haya acordado<sup>19</sup>.

Sin embargo, por otro lado, debe tenerse en cuenta que la parte actora quizás no podrá especificar las piezas concretas de prueba a exhibir, porque no las conoce suficientemente. En tal caso, se le permite instar la medida de exhibición de categorías de pruebas<sup>20</sup>, que deberá definir de la manera más concreta posible, en base a la información de que disponga. En cualquier caso, debe advertirse que la exhibición de fuentes de prueba no es un derecho absoluto de la parte actora, sino que su petición estará sujeta a los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>21</sup> y, además, se protegerá —lo que implica que no tendrá acceso a— la información confidencial y secretos comerciales que aparezcan en las fuentes de prueba.

Y, por otro lado, es un derecho que también ostenta la parte demandada, quedando así garantizada la igualdad de armas procesales entre las partes del proceso. Un ejemplo práctico en el que la parte demandada pudiera solicitar la medida de exhibición de documentos sería, en supuestos de cárteles, cuando para su defensa alega el *passing-on*<sup>22</sup> o la repercusión del daño emergente, esto es, sostener que el demandante, en caso de quedar acreditada la infracción *antitrust*, habría repercutido en el siguiente eslabón de la cadena de suministro o a su cliente, todo o parte del sobreprecio del producto y, por lo tanto, no tendría derecho a una indemnización por daños y perjuicios o ésta debería ser inferior<sup>23</sup>.

En resumen, es de vital importancia garantizar la igualdad de armas procesales en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia, con el fin de asegurar una tutela judicial efectiva para todas las partes del procedimiento.

18 Considerandos (14) y (15) Directiva 2014/104/UE.

19 Al respecto, el Considerando (33) de la Directiva 2014/104/UE prevé una posible sanción, cual es «que se infieran conclusiones adversas de los procesos por daños y perjuicios».

20 Considerando (16) Directiva 2014/104/UE. La categoría de prueba «debe quedar identificada mediante rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como la naturaleza, objeto o contenido de los documentos cuya exhibición se pide, el momento en que hayan sido redactados, u otros criterios».

21 Considerando (16) Directiva 2014/104/UE. «De la obligación de proporcionalidad se deriva que la exhibición de pruebas solo puede ordenarse una vez que el demandante haya demostrado la verosimilitud sobre la base de los datos que obren razonablemente en su poder, de los daños que le haya causado el demandado».

22 PELLICER ORTIZ, B., «El problema de la prueba...», *ob. cit.*, p. 4.

23 Considerando (39) Directiva 2014/104/UE.

### 2.2.2. Necesidad de eliminar o reducir las dificultades en la cuantificación del perjuicio

Este hito es esencial a efectos de conseguir una plena eficacia del derecho al resarcimiento en supuestos de infracción del derecho de la competencia.

Trayendo a colación de nuevo lo concluido en los antecedentes normativos, los arts. 101 y 102 TFUE se erigen como normas de política pública, que deben regir el comercio dentro del mercado interior y que son directamente aplicables en las relaciones entre particulares, y en la práctica esto suponía que cualquier persona afectada por una conducta anticompetitiva puede reclamar ante los juzgados y tribunales nacionales, una indemnización por daños y perjuicios, en lo que llamamos la aplicación privada del derecho de la competencia.

Pues bien, si existen dificultades insalvables a la hora de determinar el daño, la consecuencia directa es la pérdida de la pretensión de la parte actora y la ineficiencia del derecho de la competencia en el marco de los arts. 101 y 102 TFUE<sup>24</sup>. Por ello, se han adoptado una serie de medidas, destinadas a eliminar o paliar esos obstáculos.

## 3. Cuestiones procesales en procedimientos de aplicación privada del derecho de la competencia

La finalidad del presente epígrafe es la aplicación práctica de la normativa que hemos analizado en los apartados precedentes. Para ello, como ya hemos avanzado, examinaremos algunos de los procedimientos judiciales de aplicación privada del derecho de la competencia, incoados a raíz de la sanción de la Comisión Europea<sup>25</sup> a los fabricantes de camiones, que partici-

---

24 Hay que tener en cuenta que una parte perjudicada que haya demostrado haber sufrido un perjuicio, como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia, aún debe demostrar la magnitud del daño sufrido para poder obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios. Cuantificar el perjuicio causado en casos de Derecho de la competencia suele caracterizarse por la gran cantidad de elementos fácticos necesarios y puede requerir la aplicación de complejos modelos económicos. Ello suele ser muy costoso y los demandantes encuentran dificultades para obtener los datos necesarios para sustanciar sus pretensiones. La cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de infracción del Derecho de la competencia puede constituir, por lo tanto, un obstáculo significativo que impide la eficacia del as reclamaciones de daños y perjuicios —Considerando (44) Directiva 2014/104/UE—.

25 Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del art. 101 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE (asunto AT. 39824 — Camiones), notificada con el número C (2016) 4673, DOUE n.º C 108/6, de 06.04.17, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017XC0406%2801%29> (fecha última

paron en el cártel para la coordinación de precios en el Espacio Económico Europeo, entre 1997 y 2011 y para pactar el calendario y la repercusión de los costes de una normativa más exigente en materia de emisiones (Euro 3 a Euro 6).

Estos procedimientos judiciales se registraron en los Juzgados de lo Mercantil, a partir de 2016, a raíz de las demandas interpuestas por los perjudicados en el cártel de los fabricantes de camiones, ejercitando la acción de reclamación de daños y perjuicios por la adquisición de los camiones objeto de la Decisión de la Comisión Europea.

Veamos, a continuación, las principales cuestiones procesales planteadas en materia de prueba y acceso a las fuentes de prueba, es decir, aquellas relativas al art. 283 bis LEC<sup>26</sup>.

### 3.1. La prueba de la existencia del daño

En relación con esta primera cuestión procesal, PELLICER ORTIZ explica muy claramente que si bien los demandados suelen oponerse alegando que de la Decisión de la Comisión Europea no se puede extraer que la conducta sancionada haya generado daños, porque se trata de una infracción por objeto (no por efecto), la generalidad de resoluciones judiciales desestima tal argumentación, porque entiende que del propio tenor literal de la Decisión resulta la existencia de efectos en el mercado de camiones, con el alcance que describe la decisión sancionadora<sup>27</sup>.

Esta será la solución común en aquellos procedimientos en que se ejercita una acción *follow on*, es decir, aquella interpuesta ante los órganos jurisdiccionales, una vez la autoridad de la competencia ya se ha pronunciado sobre la conducta anticompetitiva.

En este sentido, se pronuncia también la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Secc. 1.<sup>a</sup>, de 7 de octubre de 2021<sup>28</sup> que, en su fundamento de derecho segundo, recoge la doctrina jurisprudencial y comunitaria, espe-

---

consulta: 23.06.22). Y Decisión de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2017, notificada con el número C (2017) 6467, DOUE C 216/9, de 30.06.20, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020AT39824%2803%29> (fecha última consulta: 26.06.22).

26 El auto de la Audiencia Provincial de Lleida, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:88A), F. J. 4.<sup>o</sup>, diferencia entre los conceptos de medio de prueba y fuente de prueba, siendo ésta última aquella información que va a permitir proponer la práctica de un medio de prueba, en el momento procesal oportuno.

27 Véase lo expuesto por PELLICER ORTIZ, B., «El problema de la prueba...», *ob. cit.*, pp. 7 y 8.

28 ECLI:ES:APO:2021:2713. Y en la misma línea la SAP de Valladolid, Secc. 3.<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APVA:2021:22); o el AAP de Lleida, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:49A).

cífica en el ámbito del derecho de la competencia, sobre la presunción de la causación del daño a consecuencia de la conducta colusiva de los cárteles, aun cuando la acción ejercitada fuese la de responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil<sup>29</sup> y no la acción por daños prevista en la Ley de Defensa de la Competencia<sup>30</sup> tras la reforma operada en el año 2017. Pues entiende que la presunción está en la naturaleza de las cosas y no se precisa la existencia de la norma.

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), de 22 de junio de 2022<sup>31</sup>, precisa el ámbito de aplicación temporal de las normas que regulan la presunción *iuris tantum* relativa a que todo cártel causa un daño en el mercado afectado. Y, al respecto, establece que, al poder calificarse tal regla de sustantiva, está prohibida su aplicación retroactiva, por lo tanto, no puede aplicarse a una acción por daños referida a una infracción del derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva al derecho español.

### 3.2. La prueba de la cuantificación del daño

En esta segunda cuestión procesal, planteada en los procedimientos judiciales examinados, partimos del hecho que la carga de la prueba grava la actividad de la parte actora y que esa actividad probatoria deberá centrarse en delimitar el escenario contrafactual, esto es, determinar qué hubiera pasado en el mercado de camiones afectado, si no hubiera existido el cártel.

Por ello, jugará un papel muy importante la nueva figura del acceso a las fuentes de prueba, pues dará acceso, a la parte actora, a la información necesaria a fin de poder elaborar el pertinente informe pericial de cuantificación de los daños. En este sentido, si bien se pretende salvar la asimetría de información entre las partes, la jurisprudencia menor ha matizado que no se debe «decantar en exceso la balanza a favor del lesionado mediante el acceso a requerimientos que trasciendan de lo razonable para combatirla (la asimetría)<sup>32</sup>».

Así pues, para tener acceso a las fuentes de prueba, la parte solicitante deberá justificar la necesidad de la información que solicita, pues deben cumplirse los criterios de pertinencia y utilidad. Se pretende que el acceso no sea indiscriminado y genérico, por lo que el acceso a las fuentes de prueba deberá estar acotado a los hechos objeto de autos y motivado, debiendo

---

29 Gaceta de Madrid n.º 206, de 25.07.1889 (BOE-A-1889-4763).

30 BOE n.º 159, de 04.07.07 (BOE-A-2007-12946).

31 STJUE, Sala Primera, de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks vs. RM, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de León, mediante auto de 12 de junio de 2020.

32 AAP Lleida, Secc. 2.ª, de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:88.ª), que a su vez se remite al auto del mismo tribunal de 12 de marzo de 2020.

aportar la parte solicitante un principio de prueba justificativa de la solicitud y de la viabilidad de la reclamación que pretende entablar<sup>33</sup>. Y, así mismo, acordado el acceso, deberán adoptarse las medidas necesarias para preservar la confidencialidad de la información aportada.

Por lo anterior, PELLICER ORTIZ afirma que la cuantificación del daño es una cuestión que reviste extraordinaria dificultad y expone que la situación más frecuente en los juzgados mercantiles españoles es que el titular del órgano jurisdiccional no dé suficiente validez a la pericial de las partes y proceda a la estimación judicial del daño<sup>34</sup>. En este sentido, la jurisprudencia menor no es uniforme y los porcentajes con que se fija el daño causado por el sobrecoste en el precio de los camiones oscila entre el 5 %<sup>35</sup> y el 15 %<sup>36</sup>.

La STJUE de 22 de junio de 2022, que hemos citado en el anterior epígrafe, también precisa el ámbito de aplicación temporal de las normas que regulan la cuantificación del perjuicio resultante de infracciones *antitrust*. En este sentido, establece que la estimación de la cuantía del perjuicio por los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión, sobre la base de las pruebas disponibles, persigue flexibilizar el nivel de prueba exigido y, siendo que las normas relativas a la prueba se prevén como procesales, la estimación judicial puede aplicarse desde su entrada en vigor, aunque los daños a cuantificar se refieran a infracciones anteriores.

33 Así lo disponen el AAP de Valencia, Secc. 8.ª, de 4 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:3717A); Auto del Juzgado Mercantil n.º 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:48.ª); AAP de Vizcaya, Secc. 4.ª, de 7 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APBI:2020:263A); y AAP Lleida, Secc. 2.ª, de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:88.ª), que a su vez se remite a los autos n.º 165/19 a 169/19 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, de 7 de junio de 2019, y al Auto 196/19 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Logroño, de 5 de julio de 2019.

Sobre este mismo aspecto procesal, se pronuncia el auto del Juzgado Mercantil de Burgos, de 8 de abril de 2020 (ECLI:ES:JMBU:2020:29A), que en su F.J. 1.º responde a la pregunta de qué exige el juicio de viabilidad, remitiéndose a su vez al AAP Valencia, Secc. 9.ª, de 4 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:3717A).

34 La referencia dada es sobre datos hasta 2021 y explica los motivos por los cuales entiende que es tan difícil cuantificar el daño. PELLICER ORTIZ, B., «El problema de la prueba sobre la existencia y la valoración del daño en los procedimientos de reclamación de daños en el ámbito de la defensa de la competencia», en La Ley Probática, n.º 6, 2021, pp. 8 a 11.

35 Fijando un porcentaje del 5%, se pronuncian las SSAP de Valencia, Secc. 9.ª, de 16 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:4151); de Pontevedra, Secc. 1.ª, de 28 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APPO:2020:471); de Barcelona, Secc. 15.ª, de 17 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2567); de Zaragoza, Secc. 5.ª, de 27 de julio de 2020 (ECLI:ES:APZ:2020:2008); y de Zamora, de 16 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APZA:2020:501).

36 Por otro lado, la SAP de Oviedo, Secc. 1.ª, de 7 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APO:2021:2713) fijó el porcentaje en un 8%; la SAP de Alicante, Secc. 8.ª, en su sentencia de 15 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APA:2020:3024) fijó el porcentaje en un 10%; y la SAP de Vizcaya, Secc. 4.ª, de 4 de junio de 2020 (ECLI:ES:APBI:2020:265), en un 15%.

A efectos de tal cuantificación de daños, ya sea por las partes en el proceso ya sea por el órgano jurisdiccional, será esencial seguir las pautas de recreación del escenario contrafactual, marcadas por la Guía práctica de la Comisión Europea para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 TFUE, que describe métodos de cuantificación del daño, o por el Estudio *passing-on* de la Comisión, que resalta la necesidad de contar con datos suficientes para poder aplicar los métodos establecidos por la Guía de la Comisión<sup>37</sup>.

## 4. Conclusiones

1.- Los cárteles difieren en cuanto a circunstancias, objetos y mercados afectados, los operadores jurídicos deberán ir adaptándose a cada uno de los escenarios que se les planteen.

2.- En aquellos procedimientos en que se ejercita una acción *follow on*, se aplicará la presunción de la causación del daño a consecuencia de la conducta colusiva de los cárteles.

3.- La recentísima sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de junio de 2022, precisa el ámbito de aplicación temporal de las normas que regulan la presunción *iuris tantum* relativa a que todo cártel causa un daño en el mercado afectado, estableciendo que no puede aplicarse a una acción por daños referida a una infracción del derecho de la competencia que finalizó antes de que expirara el plazo de transposición de la Directiva al derecho español.

4.- El acceso a las fuentes de prueba es esencial para la actividad probatoria de la parte actora, que debe centrarse en delimitar el escenario contrafactual.

5.- El acceso a las fuentes de prueba, si bien pretende salvar la asimetría de información entre las partes, la jurisprudencia menor ha matizado que no debe implicar acceder a requerimientos que trasciendan de lo razonable para combatirla.

6.- La estimación judicial de la cuantía del perjuicio, cuando sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión, sobre la base de las pruebas disponibles, puede aplicarse desde su entrada en vigor, aunque los daños a cuantificar se refieran a infracciones anteriores.

---

37 Auto del Juzgado Mercantil n.º 3 de Valencia, de 14 de junio de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:48A), que en su F. J. 2.º, explica estas dos guías.



## 5. Bibliografía

**GASCÓN INCHAUSTI, F.**, «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), vol. 9, n.º 1.

**PELLICER ORTIZ, B.**, «El problema de la prueba sobre la existencia y la valoración del daño en los procedimientos de reclamación de daños en el ámbito de la defensa de la competencia», en *La Ley Probática*, n.º 6, 2021.



## CAPÍTULO XVIII

---

# LA INCIDENCIA DE LA LEY 8/2021 EN LAS MODIFICACIONES JUDICIALES DE LA CAPACIDAD ANTERIORES A SU ENTRADA EN VIGOR: UNA NUEVA CAUSA LEGAL PARA LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

Jessica Naranjo Rodríguez

*Doctoranda en Derecho Procesal*

*Universidad de Zaragoza*

**SUMARIO:** 1. Nota introductoria. 2. El alcance procesal de la disposición transitoria 5.<sup>a</sup> de 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. 3. Las modificaciones judiciales de la capacidad anteriores al 3 de septiembre de 2021: una causa legal *ex novo* que permite quebrar la cosa juzgada constituida por las sentencias firmes que fueron dictadas en procesos relativos a la capacidad de las personas. 4. Cuestiones controvertidas que pueden surgir en el proceso de revisión de las sentencias firmes anteriores a la ley 8/2021. 5. Conclusiones

**RESUMEN:** La sentencia judicial es la única resolución que, una vez firme, permite dotar de inmutabilidad a lo resuelto, pues solamente a través de ella, ha podido juzgarse y darse una respuesta jurídica definitiva a la cuestión controvertida que el actor ha planteado con su demanda en el proceso civil. Son limitados y excepcionales los medios procesales que el legislador prevé para que pueda quebrarse la *cosa juzgada* de las sentencias al permitirse la subversión de la inmutabilidad con que la firmeza las ha sellado; pero la entrada en vigor de la Ley 8/2021, 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, ha permitido que, al margen de esos medios procesales excepcionales, las sentencias firmes que fueron fruto de un proceso de incapacitación, de prodigalidad o de modificación de una incapacitación ya declarada, puedan ser revisadas con el fin de que puedan adaptarse a la nueva regulación procesal que pivota sobre la voluntad, los deseos y las preferencias que la persona con discapacidad.

**ABSTRACT:** A judicial sentence is the only resolution that, once final, allows to give immutability to what has been resolved, to what has been decided, because only through it, has been possible to judge and give a definitive answer to the litigation. The procedural means available to smash the *res iudicata* judgments are limited and exceptional; but the entry into force of Law 8/2021 reforming civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has allowed that, apart from those exceptional procedural means, the final sentences that were the result of a process of incapacitation, prodigality or modification of an already declared disability, can be revised in order to adapt them to the new procedural legislation based on the will, desires and preferences of the person with disabilities.

**PALABRAS CLAVE:** cosa juzgada, personas con discapacidad, proceso, provisión de apoyos, capacidad jurídica.

**KEYWORDS:** res iudicata, persons with disabilities, process, suport measures, legal capacity.

## 1. Nota introductoria

La eficacia jurídica que de la nueva regulación española nace para el apoyo a las personas con discapacidad se extiende, no solo a situaciones o hechos que sucedan o se produzcan desde su vigencia, sino que, también, parece querer incidir en situaciones anteriores ya consolidadas. Y es que la nueva regulación civil que ha implementado la Ley 8/2021 ha hecho que ya no haya en nuestra sociedad incapaces, no capaces o personas a las que les falta capacidad, sino ciudadanos iguales a los demás en su capacidad de obrar pero que, en ocasiones, precisan de algún apoyo para ejercerla. Por esta razón, qué sucede con quienes en la actualidad siguen siendo incapaces o pródigos —porque así lo declaró una sentencia firme— y, cómo puede articularse una revisión de su situación con el fin de que ésta se acomode a la nueva legislación civil, se torna en una cuestión digna de ser valorada desde el Derecho procesal; porque desde que adquirió firmeza la sentencia por la que se declaró la incapacidad o la prodigalidad, lo que a través de ella se declaró y se constituyó, no puede ser revisado porque, sencillamente, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no lo prevé.

## 2. El alcance procesal de la disposición transitoria 5.<sup>a</sup> de 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

Si bien la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de 2006 sacudió los planteamientos jurídicos consolida-

dos en nuestro Derecho en torno a la limitación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad<sup>1</sup>, la adaptación procesal que el legislador español ha llevado a cabo en 2021, no parece estar exenta de cuestiones jurídico-procesales controvertidas<sup>2</sup> que podrían turbar la eficacia de sus disposiciones confeccionadas a la luz del faro de la igualdad en el goce de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad<sup>3</sup>.

La nueva regulación que la Ley 8/2021 inserta en nuestro ordenamiento jurídico procesal, al mismo tiempo que modifica nuestro Código Civil, quiere representar —y al margen de esas cuestiones que empiezan a suscitarse en la doctrina— un nuevo punto de partida en el tratamiento jurídico que van a tener, a partir de ahora, las personas con discapacidad en nuestro país<sup>4</sup>; pero también aquellas cuya capacidad fue judicialmente modificada. Y es que, las nuevas disposiciones normativas, tanto civiles como procesales, que la Ley

- 
- 1 BONET NAVARRO, Á., en *Prólogo en La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad* de GARCIMARTÍN MONTERO, R, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 18.
  - 2 Como la afección a la *perpetuatio iurisdictionis* ante los cambios de residencia de la persona con discapacidad (Prof. CHOZAS ALONSO en Congreso Nacional Los vulnerables en el proceso civil celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el 1 de mayo de 2022); o como la instauración *de facto* de un doble trámite para el nombramiento y revisión de curador que podría adquirir un carácter disuasorio en la solicitud de la provisión judicial de apoyo, ya que, según GARCIMARTÍN MONTERO, un proceso que impone acudir a la jurisdicción voluntaria en todo caso con carácter previo a la contenciosa puede dar lugar a que no se pretenda la curatela optando por una guarda de hecho o un defensor judicial evitándose así uno —o quizás dos— procedimientos de coste y duración incierta (*Op. cit. supra.*, p. 73). Para CALAZA LÓPEZ, sin embargo, la existencia de un proceso voluntario para la provisión judicial de apoyos con trasvase automático al contencioso cuando surja la más mínima contradicción resulta ser una opción óptima de la que debiera embeber toda la jurisdicción civil de naturaleza indisponibles, CALAZA LÓPEZ, S., *Justicia y vulnerabilidad, Debates jurídicos de actualidad*, CASTILLEJO MANZANARES R. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., (Dir.), ALONSO SALGADO, C. y VALIÑO CES, A., (Coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 215 y ss.
  - 3 Artículo 1 del Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.
  - 4 La nueva regulación supone, en definitiva, el paso de un sistema de sustitución a un sistema de apoyos que parece estar en más armonía con los principios inspiradores de la Convención al considerarse que no hace falta declarar a la persona incapaz —vulnerando así su dignidad inherente— bastando con adoptar la medida que parte de la necesidad de asistir o representar a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad; reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 5 (octubre-diciembre 2020), Ensayos, p. 403. La regla general, de este modo, será el apoyo y no la representación, a diferencia de lo que se deducía de la anterior regulación, dulcificada, en cierta medida, por la interpretación judicial que de ella se hacía, QUESADA SÁNCHEZ, A. J., «¿Quo Vadis, Incapacitación? Reflexiones iniciales sobre cierto proyecto de Ley en los tiempos del coronavirus», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 112, enero-junio, 2021, p. 481.

8/2021 ha introducido para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, también son aplicables a situaciones pasadas y, por tanto, anteriores de su entrada en vigor.

La disposición transitoria 5.<sup>a</sup> de esta nueva Ley —en adelante DT5.<sup>a</sup>—, en efecto, prevé la revisión, por parte la autoridad judicial, de todas y cada una de las medidas establecidas con anterioridad al 3 de septiembre de 2021 —fecha en la que entró en vigor—. Por lo tanto, se pretende que todas y cada una de las situaciones de las personas afectadas por ellas sean revisadas, pues cuando esa revisión no se solicite a instancia de los interesados (las mismas personas cuya capacidad hubiese sido judicialmente modificada, los pródigos, los progenitores con la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, curadores, defensores judiciales y apoderados preventivos), se impone al Ministerio Fiscal que la solicite; y de no hacerlo, será el juez quien, de oficio, tendrá que revisarlas<sup>5</sup>. En consecuencia, todas las medidas cuya adopción contorneó los límites de la capacidad de quienes fueron sometidas a un proceso de incapacitación, de prodigalidad o de modificación del alcance de una incapacitación ya declarada<sup>6</sup> —ya que solo en virtud de sentencia firme podía modificarse la capacidad de las personas<sup>7</sup>—, deben ser revisadas.

### **3. Las modificaciones judiciales de la capacidad anteriores al 3 de septiembre de 2021: una causa legal *ex novo* para quebrar la cosa juzgada de las sentencias firmes que fueron dictadas en procesos relativos a la capacidad de las personas**

Lo que la DT5.<sup>a</sup> parece estar exigiendo, a través de ese *revisionismo generalizado* de las medidas a las que las personas declaradas incapaces o pródigas siguen estando sujetas por sentencia firme, no es otra cosa que volver a valorar su capacidad a los efectos de determinar si las medidas que fueron adoptadas deben mantenerse<sup>8</sup> o modificarse, alzándose, así, como una

---

5 La solicitud a instancia de los interesados deberá ser resuelta en el plazo de un año desde —así parece entenderse— su presentación. Y de no mediar solicitud, se ordena la revisión de oficio por la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal que se llevará a cabo en un plazo máximo de tres años desde que aquélla se acordare, lo cual parece poder hacerse, en cualquier momento y sin límite temporal alguno.

6 Siempre que de la modificación del alcance de la incapacitación no resultase la reintegración en su capacidad.

7 Artículo 199 del Código Civil ya derogado.

8 La desaparición nominativa de la tutela, por ejemplo, no implica, como nos ilustra

causa que permite quebrar la *cosa juzgada* al proclamarse por Ley que aquella ya no es inmutable porque esas medidas o prevenciones que se adoptaron respecto de quienes fueron declarados incapaces o pródigos deben ser revisadas a la luz de la nueva legislación civil. Al dejar de ser inmutable, desaparece la eficacia procesal que, del estado de *cosa juzgada* nace y que puede, o bien impedir un nuevo proceso cuyo objeto procesal resulte ser idéntico (*fuerza de cosa juzgada negativa*), o bien, condicionarlo cuando fuese conexo (*fuerza de cosa juzgada positiva*). Al hacerse desaparecer esa eficacia procesal que de la inmutabilidad de lo resuelto por sentencia firme dimana, lo que se hace es posibilitar un nuevo proceso para poder volver a examinar lo que constituyó su objeto y, si procediere, modificar el sentido de lo que finalmente fue resuelto a tenor de la nueva legislación civil aplicable para el apoyo a las personas con discapacidad. Rasgando ese *sellado* con que la *cosa juzgada* blinda las sentencias firmes, pueden reabrirse los procesos en que fueron dictadas para que sea posible cambiar o modificar el sentido de lo resuelto, en particular, en lo que atañe a las medidas que se adoptaron para complementar la capacidad que se presumía que faltaba al declararse la incapacidad.

Así, del mismo modo que ha sido voluntad del legislador que la a) ausencia del demandado rebelde —en la rescisión de sentencia firme—, que b) la vulneración de derechos fundamentales —en el incidente excepcional de nulidad— y c) los distintos motivos recogidos para fundamentar la revisión de sentencias firmes, puedan hacer quebrar la *cosa juzgada*, la DT5.<sup>a</sup> introduce, ahora, otra nueva: las modificaciones judiciales de la capacidad que tuvieron lugar antes del 3 de septiembre de 2021, fecha en la que la nueva regulación entró en vigor.

Ha sido la desaparición de la *incapacitación* —considerada como una *muerte civil*—, fruto del cambio en la perspectiva y de la concepción misma de la *discapacidad* que la Convención y el resto de la legislación posterior —como nuestra Ley General de los derechos de las personas con discapacidad— han consolidado, y, en definitiva, la desaparición de su consideración como estado civil<sup>9</sup>, el eje sobre el que gravita toda la reforma en general y, en

---

LAFUENTE TORRALBA, que efectivamente haya sido desterrada, siguiendo habitando entre nosotros escondida, tras la nueva reforma, dentro de la institución a la que supuestamente se contraponía: la curatela; esta institución se ha convertido, ahora, en un recipiente en el que no hay nada definido, pudiéndose vaciar parcial o totalmente de funciones asistenciales y llenarse parcial o totalmente de funciones representativas, a demanda de la situación del discapaz, LAFUENTE TORRALBA, A. J., «Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales» en *Los vulnerables ante el proceso civil*, HERRERO PEREZAGUA, J. F., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (Coord.), Atelier, pp. 24 y ss. (en prensa).

9 Y es que, transcurrida más de una década desde la ratificación por España de dicha Convención, así como su Protocolo Facultativo, ha llegado el momento de abandonar el entendimiento de la *incapacitación* como estado civil y configurar un régimen jurídico de

particular, la necesidad de que las incapacitaciones y prodigalidades constituidas con carácter previo se extingan, pues difícilmente puede entenderse que sigan habiendo y que continuemos hablando de incapaces y pródigos en una sociedad en la que ya no existen, pareciendo ser este el motivo por el que la *cosa juzgada* de las sentencias que así los declararon no pueden perpetuar ese estado jurídico que ha podido determinar, al fin y al cabo, una forma limitada de ejercer sus derechos y libertades.

Al igual que en los demás supuestos en que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil regula los motivos o las causas que deben concurrir para poder hacer quebrar la *cosa juzgada* de lo resuelto<sup>10</sup>, también se prevén los cauces procesales para poder hacerlo (recurso de revisión de sentencias firmes (509 LEC), rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde (501 LEC) o incidente excepcional de nulidad (228 LEC). De la DT5.<sup>a</sup> parece intuirse que el cauce por el que se revisarán las medidas en cuestión también es un cauce procesal, pues el destinatario de la revisión —ya se solicite a instancia de los interesados, del MF o la revisión se haga de oficio— es la autoridad judicial; y dado que los jueces y tribunales solo pueden juzgar y ejecutar lo juzgado (117.3 CE), esa revisión solo sería admisible que fuese realizada a través de un cauce jurisdiccional. La DT5.<sup>a</sup> no dice cuál, pero, habida cuenta de que el proceso por el que se adoptaron las sentencias de incapacitación, de prodigalidad o de modificación del alcance de la incapacidad declarada ha desaparecido, parece ser que es el nuevo cauce procedimental, el expediente

---

la discapacidad cuyo punto de partida sea el reconocimiento de la capacidad de la persona (Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ en «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad; Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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», p. 387).

- 10 Por razones basadas estrictamente en la injusticia que esos pronunciamientos firmes acarrearán. CARNELUTTI nos dice que la inmutabilidad del fallo, que para LIEBMAN es la esencia de la cosa juzgada (LIEBMAN, E. T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, p. 591), se traduce en la prohibición impuesta a cualquier juez de volver a decidir la litis que un juez ha decidido ya, salvo que la decisión le corresponda en sede de gravamen; dicho gravamen por tanto, debe configurarse como una derogación del principio de inmutabilidad, haciéndose una concesión a la necesidad de justicia que reclama la posibilidad de la mutación (CARNELUTTI, F., *Estudios de Derecho Procesal II*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pp. 375 y 376). A la pugna entre justicia y seguridad jurídica también se refiere MONTERO AROCA, quien afirma que, en la actualidad, se está pretendiendo que la cosa juzgada no puede imponerse en contra de la justicia —más allá de las excepciones que nuestro ordenamiento jurídico prevé—; de este modo, se estaría desconociendo algo tan elemental como la seguridad jurídica dándose lugar a que, después de un proceso, quien hubiera obtenido una sentencia a su favor, no podría estar tranquilo pues podría existir un juez que considerara injusta la decisión anterior y resolviera en sentido contrario (MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 499).



de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, el cauce idóneo a través del cual la revisión podría hacerse<sup>11</sup>.

En este expediente, que se regula en el 42. Bis a), b) y c) LJV —a diferencia del proceso de incapacitación en el que se pedía y se declaraba la incapacitación o la prodigalidad de una persona, y a partir de ahí, se desencadenaban el conjunto de medidas que debían adoptarse para suplir la falta de capacidad de obrar—, lo que se pretende es otorgar una asistencia o un apoyo a la persona con discapacidad, también con unas medidas concretas —coincidentes algunas con las que se adoptaban en aquellos procesos— pero partiendo de la premisa de que la persona con discapacidad no es un no-capaz, sino de que es capaz pero que podrá ejercer de un modo más adecuado su capacidad con la asistencia de otra persona: un guardador de hecho, un curador o un defensor judicial, siendo estas tres, las medidas de apoyo que se prevén. He ahí el reflejo del cambio de perspectiva que catalizó la Convención de 2006 y que finalmente ha cristalizado, tanto en nuestro ordenamiento jurídico civil como en el procesal<sup>12</sup>.

11 Y de suscitarse oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria, resulta también lógico que procedería la incoación del proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad del artículo 756 y siguientes de la LEC para poder finalmente revisarlas sin que el proceso contencioso se viera tan siquiera vinculado por aquél al no tener ni que confirmar, modificar o revocar lo que fue resuelto; y es que, no se puede confirmar, modificar o revocar aquello que nunca fue proclamado porque el expediente de jurisdicción voluntaria, de existir oposición por cualquiera de los interesados, debe archivarse, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., «¿Hay cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria?», BUJOSA VADELL, L. M. (Dir.), *Derecho Procesal, Retos y Transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 106; el fracaso del expediente de jurisdicción voluntaria, de este modo, no es capaz de producir ni un eficacia refleja en el proceso posterior (SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008, p. 162), partiendo de la negación en el reconocimiento de cualquier eficacia procesal a la jurisdicción voluntaria, no pudiendo serle de aplicación los mismos criterios que a los procesos contenciosos, por lo que, las resoluciones definitivas en aquella no pueden equipararse mutatis mutandis a los que produce la sentencia definitiva en el proceso contencioso (FENECH, M. y CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, p. 668).

12 Es cuestionable, no obstante, si este régimen de apoyos está pensando —también— en los grandes dependientes cuyas enfermedades les impiden tan formar voluntad alguna; LAFUENTE TORRALBA, sospecha que este cambio no es tanto por su contenido y garantías como por su denominación (*Vid.* LAFUENTE TORRALBA en «Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales» p. 23). En efecto, parece que la Ley ha prescindido de las diversas situaciones en que se puede encontrar una persona con discapacidad según su causa e intensidad, percibiéndose del hilo conductor de la regulación su focalización en los casos en que la persona con discapacidad tiene capacidad para formar la voluntad y tomar decisiones, obviando los casos en que la capacidad no existe o incluso no ha existido nunca (*Vid.* SÁNCHEZ GÓMEZ, en «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad...» p. 393). Y ello sin perjuicio de que las discapacidades de tipo psíquico que impiden a una persona gobernarse a sí misma puedan enrocarse con la naturaleza voluntaria del nuevo expediente; debe someterse a

Se trata, en definitiva, de buscar una constatación *ex novo* de la situación de la persona con discapacidad a la que el legislador le provee el mismo *status* jurídico que a los demás ciudadanos pero que, en caso de precisar algún apoyo para algún acto o actividad, será el expediente de jurisdicción voluntaria que, articulándose sobre una mayor interacción juez-discapacitado (42 bis b) 3.), servirá para que aquél se aproxime, entienda y valore las opciones que puedan resultar más convenientes<sup>13</sup>; y, que éste, la persona con discapacidad, pueda manifestarle su voluntad sin tener que ser examinado o explorado como si de una prueba se tratase<sup>14</sup>.

#### **4. Cuestiones controvertidas que pueden surgir en el proceso de revisión de las sentencias firmes anteriores a la Ley 8/2021**

Ese proceso de *revisiónismo generalizado* que la DT5.<sup>a</sup> parece que ha ya puesto en marcha, puede encontrarse con algunos obstáculos. En primer lugar, el de la custodia misma de los expedientes judiciales de los procesos de incapacitación o de prodigalidad. La DT5.<sup>a</sup> quiere revisar todas las medidas impuestas omitiéndose o prescindiendo de un cómputo inicial o de la fijación de un momento a partir del cual deben revisarse, lo cual puede llevarnos a la revisión de incapacitaciones respecto de personas que, no solo es que ya hayan fallecido, sino que los expedientes en que constaban las actuaciones judiciales que sirvieron para declararlas incapaces o pródigos, han podido desaparecer por el transcurso del tiempo más allá de la obligación legal de custodia que tienen los responsables del archivo judicial; ello puede llevar a que, de no ser instada la revisión de la incapacitación

---

consideración que qué apoyos puede solicitar o consentir una persona cuyo trastorno de la personalidad o enfermedad mental le impida reconocer una eventual necesidad de proveerse de esa asistencia.

- 13 Incluso en los supuestos en que la persona con discapacidad manifieste su oposición a una medida que se le proponga en el marco del expediente o, en su caso, en el proceso de provisión de apoyos previstos en la LEC, debería ser valorada la coherencia de tal voluntad y las circunstancias personales del sujeto que han dado lugar a esa oposición a la medida, PETIT SÁNCHEZ, M., «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, p. 308.
- 14 Esta entrevista que la LJV prevé puede asemejarse a la exploración o examen que en el proceso de incapacitación se hacía, aunque parece diferenciarse la visión que en ambos se tiene del discapacitado, pues, mientras que en el proceso de incapacitación se le examina como si fuese un objeto, una prueba, en el expediente de jurisdicción voluntaria parece que se le dignifica al poder ser entrevistado, no examinado o explorado, dignificación que parte de ese cambio en la concepción de la persona con discapacidad y su status jurídico que la Convención ha supuesto.

o de la prodigalidad por parte los interesados, ni el Ministerio Fiscal ni el juez pueden tener tan siquiera conocimiento de ella y, por lo tanto, puede quedar sin revisar.

En segundo lugar, tampoco señala un plazo máximo para que estas revisiones se produzcan, a diferencia de lo que ocurre con la rescisión y la revisión de sentencia firme o el incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Sí lo fija en relación a la realización de la revisión (un año si es a instancia de parte interesada y tres si es a instancia del Ministerio Fiscal o la revisión se decreta de oficio, aunque, en este último caso, la redacción de la DT5.<sup>a</sup> puede generar algunas dudas sobre el *dies a quo*). Todo apunta a que la jurisdicción voluntaria puede estar ya condenada a quedar vinculada *ad perpetuam* a la revisión de incapacitaciones anteriores a la reforma.

En tercer lugar, puede darse lugar a que se solapen las revisiones que se produzcan a instancia de parte y del Ministerio Fiscal, incluso las que puedan hacerse de oficio por los distintos órganos judiciales ante los cambios de residencia de la persona con discapacidad, con el incremento de la actividad judicial que ello supone; de darse este supuesto, probablemente sería la acumulación de expedientes la que permitiría encauzar en uno solo todos los que se encontraran iniciados, salvo que alguno de ellos se hubiese tornado contencioso, en cuyo caso no sería acumulable (15.3 LJV).

Y en último lugar, puede anticiparse la percepción de una falta de un control que centralice y contabilice, a los efectos que querer cumplir el mandato legal, los incapaces y pródigos que han sido efectivamente *rehabilitados* al dejar de serlo y cuyas medidas hayan podido ser revisadas. Podría estudiarse encomendar algún tipo de función, en este sentido, a los poderes públicos, pues su deber en la realización de una política de rehabilitación e integración de las personas con discapacidad (49 CE), podría facultarlos para que, en este marco jurídico, pudieran desarrollar una labor de ratificación o de control a efectos meramente estadísticos.

## 5. Conclusiones

1.- De la DT5.<sup>a</sup> de la Ley 8/2021 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 se deduce la necesidad de que se revisen todas las medidas adoptadas respecto a las que las personas declaradas por sentencia firme incapaces o pródigas con anterioridad al 3 de septiembre de 2021, fecha en la que nueva regulación civil entró en vigor, erigiéndose esa revisión de las medidas como una causa legal que permite quebrar la *cosa juzgada* y que posibilita que las medidas que en aquéllas fueron adoptadas sean revisadas para que, si se juzga oportuno, puedan ser modificadas a la luz de la nueva legislación civil aplicable para el apoyo a las personas con discapacidad.

2.- Parece intuirse, ante el silencio en del legislador, que el cauce por el que se deberían revisar las medidas es el nuevo cauce procedimental, el expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

3.- Pueden presentarse algunos problemas en el proceso de revisión de las medidas que en su día se adoptaron en las sentencias de incapacitación, de prodigalidad o de modificación de la incapacidad ya declarada consecuencia, en buena medida, del otorgamiento al nuevo expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de apoyos de una retroactividad tácita que el artículo 2 LEC prevé. Al ser la voluntad del legislador, reflejada en la DT5.<sup>a</sup>, revisar las medidas establecidas con anterioridad, la retroactividad que recoge es, cuanto menos, de grado medio por cuanto afecta de un modo directo a la eficacia de una situación o relación jurídica que quedó constituida por sentencia firme; cuando no de grado máximo si se observa que, mediante la revisión de las medidas, lo que se hace es incidir en la misma situación o relación constituida, porque solo efectuando una nueva valoración sobre lo mismo (la capacidad de la persona), las medidas que fueron adoptadas pueden ser susceptibles de ser modificadas en el presente.

## 6. Bibliografía

**ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.**, «¿Hay cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria?» P. BUJOSA VADELL, L. M., (Dir.), *Derecho Procesal, Retos y Transformaciones*, Atelier, Barcelona, 2021.

**CALAZA LÓPEZ, S.**, *Justicia y vulnerabilidad, Debates jurídicos de actualidad*, CASTILLEJO MANZANARES, R., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., (Dir.), ALONSO SALGADO, C. y VALIÑO CES, A., (Coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021.

**CARNELUTTI, F.**, *Estudios de Derecho Procesal II*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.

**FENECH, M. y CARRERAS, J.**, *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962.

**GARCIMARTÍN MONTERO, R.**, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2021.

**LAFUENTE TORRALBA, A. J.**, «Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales» en *Los vulnerables ante el proceso civil*, HERRERO PEREZAGUA, J. F., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (Coord.), Atelier, pp. 15 a 54 (en prensa).

**LIEBMAN, E. T.**, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980.

**MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M. P.**, *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

**PETIT SÁNCHEZ, M.**, «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, pp. 265-313

**QUESADA SÁNCHEZ A. J.**, «¿Quo Vadis, Incapacitación? Reflexiones iniciales sobre cierto proyecto de Ley en los tiempos del coronavirus», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 112, enero-junio, 2021

**SERRA DOMÍNGUEZ, M.**, *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

**SÁNCHEZ GÓMEZ, A.**, «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad; Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 5 (octubre-diciembre 2020).



## CAPÍTULO XIX

---

# EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO DURANTE LA INSTRUCCIÓN Y EN SU INCORPORACIÓN AL JUICIO ORAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA STEDH *AL ALO V. ESLOVAQUIA*

**Sandra Jiménez Arroyo.**

*Profesora de Derecho Procesal.*

*Universidad de Granada.*

**RESUMEN:** El art. 6.3, d) del CEDH establece que todo acusado debe tener derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra. Por su parte, el art. 730 LECrim permite que durante la fase de juicio oral se puedan leer a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, pero, siempre que se deba a una causa ajena a su voluntad. Tomando como punto de partida la regulación contenida en dichas disposiciones, en este trabajo se analiza la posibilidad de reproducir como prueba en la fase de juicio oral la declaración del testigo que fue obtenida como diligencia de investigación durante la fase de instrucción y se plantea cuál es el procedimiento y los requisitos para incorporarla. Para ello, se presta especial atención al principio de contradicción y se realiza un análisis de la sentencia del TEDH de 10 de febrero de 2022 en el caso *Alo contra Eslovaquia*.

**PALABRAS CLAVE:** diligencias de investigación, prueba, principios del proceso, derecho de defensa, necesidad de contradicción.

**ABSTRACT:** The article 6.3, d) of the European Convention on Human Rights (ECHR) includes that the accused person must have the right to question witnesses who testify against him. For its part, the article 730 of the Criminal Procedural Law allows that during the oral trial phase they

can be read at the request of both parts the proceedings carried out in the summary, but, as long as its due to a cause beyond their control. Taking as a starting point the regulation contained in these provisions, in this paper is analyzed the possibility of reproducing as evidence in the oral trial phase the witness statement that was obtained as an investigative diligence during de investigation stage and we propose what is the procedure and the requirements to incorporate it. To do this, special attention is paid to the principle of contradiction and is carried out an analysis of the recent rule of the European Court of Human Rights of 10 February 2022, in the case *AI A/o v. Slovakia*.

**KEYWORDS:** investigative proceedings, evidence, principles of the process, right of defense, need for contradiction.

## 1. Introducción

El principio de contradicción es recogido en el art. 6.3, d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como el derecho que tiene el acusado a interrogar a los testigos que declaren contra él, y constituye una de las principales garantías del proceso, asociada a la igualdad y la equidad dentro del mismo (art. 6.1 CEDH)<sup>1</sup>. En particular, esta disposición despliega sus efectos en aquellos supuestos donde una condena se funda en declaraciones testificales prestadas en fases anteriores al juicio que, por distintos motivos, no han llegado a ser reiteradas o corroboradas por dichos testigos como prueba durante el plenario<sup>2</sup>.

Por su parte, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) regula en sus arts. 410-450 las declaraciones de los testigos durante el sumario, y en los arts. 701-722, el examen de los testigos en el juicio oral, incluyendo, además, en sus arts. 728-731 bis, una serie de disposiciones comunes al modo de practicar las pruebas en juicio oral.

Entre otras cuestiones, en dicha regulación se prevé que la prueba testimonial pueda ser practicada de forma anticipada (art. 448) o que pueda ser preconstituida (art. 449 bis) ante la imposibilidad de examinar al testigo durante el plenario por estar ausente del territorio nacional o en caso en que hubiere

---

1 En palabras de GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Civitas, 2012. p. 230: «el derecho de las partes a no sufrir discriminación alguna en el ámbito del proceso y a tener las mismas posibilidades de alegación, prueba e impugnación, es un derecho fundamental autónomo, consagrado genéricamente en la Constitución y más explícitamente en el derecho a un proceso con todas las garantías, o sea, a lo que se conoce como Due Process of Law».

2 Entre los motivos que pueden provocar que la declaración testimonial no sea reiterada en el acto del juicio oral, mencionemos a título ilustrativo el fallecimiento del testigo, que el testigo se encuentre en paradero desconocido, que haya de protegerse su identidad frente a amenazas, o que trate de evitarse su victimización secundaria.



motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral<sup>3</sup>. Para ello, en ambos casos se requiere la presencia de la defensa letrada del investigado y que se respete el principio de contradicción de las partes<sup>4</sup>.

De esta forma, aunque el art. 741 LECrim establece el principio básico de inmediación en materia probatoria, al indicar que el Tribunal dictará sentencia apreciando las pruebas practicadas en juicio, el art. 730 LECrim permite que durante la fase de juicio oral se puedan leer o reproducir, a instancia de cualquiera de las partes, no solamente las pruebas preconstituidas sino también las diligencias practicadas en el sumario, siempre que no puedan ser reproducidas en el juicio oral por una causa ajena a su voluntad<sup>5</sup>.

A este respecto la jurisprudencia ha puesto de manifiesto una serie de requisitos básicos sobre la práctica de la prueba testifical, señalando que<sup>6</sup>.

- Las pruebas deben practicarse en el juicio oral de acuerdo con los principios de publicidad, concentración, inmediación y contradicción. Lo cual conforma una garantía esencial del derecho de defensa.
- Una de las principales concreciones del derecho a la prueba<sup>7</sup> es el derecho del acusado a interrogar y a hacer interrogar a los testigos,

3 Cabe destacar que el art. 449 bis LECrim fue incorporado recientemente por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, la cual también modificó la redacción del art. 448 LECrim.

4 No obstante, en caso de inminente peligro de muerte del testigo, por la urgencia del supuesto si se prevé la posibilidad de que el procesado no se encuentre asistido de Letrado (art. 449 LECrim). En el caso de la prueba anticipada se exige la presencia tanto del investigado como de su defensa (art. 448 LECrim), mientras que en el caso de la prueba preconstituida basta la presencia del Letrado (449 bis LECrim).

5 En relación a los requisitos constitucionales de validez de las pruebas capaces de desvirtuar la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente una regla general conforme a la cual «únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes». No obstante, nuestra jurisprudencia ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones, a través de las cuales es conforme a nuestra Constitución en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. *Vid.* entre otras, STC 31/1981, de 28 de julio (Aranzadi, RTC 1981/31), FJ.3; STC 80/1986, de 17 de junio (Aranzadi, RTC 1986/80), FJ.1, y STC 161/1991, de 19 de octubre (Aranzadi, RTC 1990/161), FJ.2.

6 *Vid.* FJ 7. STS (Sala de lo Penal), n.º 1425/2005, de 5 de diciembre (Aranzadi, RJ 2006\1878); FJ.1. STS (Sala de lo Penal), n.º 1059/2005, de 28 de septiembre (Aranzadi, RJ 2005\6957); FJ.3. SAP Cádiz, n.º 32/2006, de 27 enero (Aranzadi, ARP 2007\327).

7 Sobre el derecho a la prueba, *vid.* entre otros, PICÓ JUNOY, J. «El derecho a la prueba: un valor en expansión». *La Ley Probática*, n.º 8, 2022.

previsto entre otros, en el art. 6.3.d) CEDH. De forma que, si no se respeta el principio de contradicción, esto es, si el acusado o su defensa no tiene oportunidad de contradecir o contrarrestar las manifestaciones de los testigos (cuyas declaraciones resultan decisivas), se estaría incurriendo en una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

- Aunque el tribunal prevea que la declaración del testigo no sirve para exculpar al acusado, este acusado sigue teniendo su derecho a interrogar a los testigos, ya que lo contrario supondría un «prejuzgamiento» sobre una prueba no practicada.

Y, además, la jurisprudencia ha precisado que «la utilización del art. 730 LECrim queda limitada a aquellos casos en que el testimonio resulta de imposible o muy difícil práctica en el acto del juicio oral y, en estos casos, el Tribunal podrá excepcionalmente tomar en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando no sea factible lograr la comparecencia del testigo o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero»<sup>8</sup>.

Siendo así que, el art. 730 LECrim configura una excepción al principio de contradicción en la fase de juicio oral, cuya ausencia se salva mediante la efectiva lectura de la declaración del testigo, y que solamente podrá ser utilizada cuando resulte imposible reiterar la declaración testifical en el acto del juicio y tal imposibilidad no sea causada por las partes.

## 2. Análisis de la sentencia *Al Alo v. Eslovaquia*

Nos planteamos aquí si se podría incorporar como prueba en el juicio oral la declaración testifical prestada en la fase de sumario cuando no concurren las exigencias mencionadas anteriormente y, por tanto, no se haya respetado el principio de contradicción, tampoco en la fase de instrucción, bien porque el letrado se encuentre ausente o bien porque no se le haya dado oportunidad de interrogar a los testigos. En cualquier caso, por circunstancias no atribuibles a las partes.

Precisamente, esto fue lo que sucedió en el caso *Al Alo v. Eslovaquia*, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictaminó que este país había vulnerado el derecho a un juicio justo y el derecho a interrogar a los testigos de un ciudadano sirio (Jamal Al Alo) en un juicio por tráfico de inmigrantes en el que se le condenó a una pena de prisión de 5 años<sup>9</sup>.

---

8 Vid. FJ 7. STS (Sala de lo Penal), n.º 1425/2005, de 5 de diciembre (Aranzadi, RJ 2006\1878); FJ.1. STS (Sala de lo Penal), n.º 1059/2005, de 28 de septiembre (Aranzadi, RJ 2005\6957); FJ.3. SAP Cádiz, n.º 32/2006, de 27 enero (Aranzadi, ARP 2007\327).

9 Vid. STEDH de 10 de febrero de 2022 en el caso *Alo v. Eslovaquia*.

Concretamente, lo que ocurrió fue que la policía tenía bajo vigilancia a este señor como sospechoso de tráfico de migrantes e interceptó un taxi en el que viajaba con dos personas extranjeras hacia la frontera de Eslovaquia con Austria y procedió a su detención, siendo que, a lo largo del proceso, se produjeron distintos hechos que resultan relevantes en relación al principio de contradicción:

- El Sr. Al Alo no estuvo presente durante las declaraciones de los testigos inmigrantes en la instrucción (declaraciones en las cuales proporcionaron pruebas en su contra y que tuvieron un peso significativo en su condena).
- Aunque había sido informado del interrogatorio a los testigos no se presentó al mismo precisamente porque no contaba con asistencia letrada que, entre otras cosas, le informase sobre las consecuencias de no interrogar.
- Los testigos inmigrantes fueron expulsados del país y no pudieron testificar durante el juicio oral, dándose por reproducida la declaración emitida en la instrucción. De forma que, el Sr. Alo no pudo interrogar a los testigos, ni estos fueron oídos por el tribunal enjuiciador.

EL condenado recurrió la sentencia ante el Tribunal Regional de Bratislava argumentando que no se tomaron en consideración sus derechos de defensa, pero el tribunal desestimó el recurso. Con posterioridad, esta decisión también fue confirmada por el Tribunal Supremo de Eslovaquia. De modo que, Alo acudió al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos basando su recurso en la violación del art. 6.1 y 3 apartados c) y d) de la Convención Europea de los Derechos Humanos, que prevén el derecho a un juicio justo, el derecho a la asistencia letrada de su propia elección y el derecho a interrogar a los testigos, todos ellos manifestaciones del principio de contradicción.

Para valorar la posibilidad de que el testimonio prestado fuera del juicio oral pueda fundamentar la condena, en su decisión, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos abordó tres cuestiones principales que habrían de darse de forma acumulativa<sup>10</sup>.

- En primer lugar, valoró si había una buena razón para que el testigo no compareciese en el juicio y se tuviesen que aceptar las declaraciones previas, concluyendo que tal razón no existía dado que a pesar de que había facilitado a las autoridades la información de los testigos, direcciones y documentos de identidad, no habían tomado ninguna

---

10 Criterios que así establecidos ya se venían aplicando desde que fuese dictada la STEDH de 15 de diciembre de 2015 en el caso Schatschaschwili contra Alemania, que reitera y perfila los criterios introducidos por la STEDH de 15 de diciembre de 2011 en el caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido.

medida para permitir que el solicitante examinara o interrogase a los testigos de cargo en su juicio (por ejemplo, a través de medios telemáticos)<sup>11</sup>.

- En segundo lugar, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos analiza si la declaración de los testigos migrantes se podía considerar «única o decisiva», indicando que fue considerada «fundamental» por los tribunales de apelación y tuvo un peso significativo capaz de perjudicar a la defensa<sup>12</sup>.
- Finalmente, examinó si hubo suficientes «factores de contrapeso», esto es, si se reunían las suficientes salvaguardas procesales para permitir una valoración justa y adecuada de la prueba en cuestión y para compensar las limitaciones de la defensa. En este sentido los tribunales internos consideraron, y el Gobierno argumentó, que se había respetado el derecho a un juicio contradictorio porque el demandante había sido informado del interrogatorio previo a los migrantes, pero había decidido por su propia voluntad no asistir al mismo, considerando que había renunciado a sus derechos. Sin embargo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sostiene que no podía aceptarse una renuncia total o parcial al derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo del Sr. Al Alo porque no había recibido ningún asesoramiento individualizado sobre las consecuencias de no interrogar y porque solo le habían facilitado las primeras páginas de los formularios preimpresos en los que las declaraciones previas al juicio habían sido transcritas, por lo que tampoco él pudo leer la declara-

11 De hecho, el TEDH menciona en su decisión la existencia una forma específica de asegurar su comparecencia por medios remotos en virtud del Convenio sobre Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, a la que todos los Estados implicados en el caso del solicitante eran signatarios.

12 A partir de la STEDH de 15 de diciembre de 2011 en el caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido se relativiza por vez primera «la regla de la prueba única o decisiva» (*sole or decisive rule*). De forma que, cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo, sino que dependerá de si en el caso concreto existen «suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso». Y, en consecuencia, una condena solamente podrá basarse en un testimonio sin contradicción si del análisis del proceso en su conjunto puede afirmarse la existencia de otros factores de compensación de ese déficit de defensa. (cfr. párr. 147). Para profundizar en esta cuestión, vid. ALCÁCER GUIRAO, R. «La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH». *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2013; o DE WILDE, B. «A Fundamental Review of the ECtHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases (June 28, 2012)». *International Journal of Evidence and Proof* (17), vol. 2, 2013, p. 157-182. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2095538>

ción completa. En consecuencia, se estima que en este caso los factores compensatorios son insuficientes para privar al solicitante de la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos.

Debido a las mencionadas irregularidades, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos consideró que no se respetaron los derechos y garantías procesales del acusado y estimó la violación del art. 6.1 y 3 apartados c) y d) de la Convención Europea de los Derechos Humanos, el derecho a un juicio justo y el derecho a interrogar a los testigos, condenando a Eslovaquia a indemnizar al Sr. Al Alo.

En consecuencia, esta decisión del Tribunal de Estrasburgo confirma que el principio de contradicción no es absoluto y que ha de ser ponderado al caso concreto atendiendo a todo el proceso en su conjunto<sup>13</sup>. Dicho principio se satisface dando al acusado la posibilidad para discutir un testimonio en su contra e interrogar. De modo que las declaraciones prestadas en fases anteriores al juicio oral no lesionan el derecho al proceso debido si han podido ser sometidas a contradicción y no lo han sido por una conducta negligente o con desidia imputable a las partes. Y a sensu contrario, no se admitiría la validez de la lectura de las declaraciones testificales en el juicio oral cuando la falta de contradicción en la instrucción se debe a una deficiente gestión procesal atribuible al órgano judicial, como es el caso de la sentencia Al Alo contra Eslovaquia<sup>14</sup>.

### 3. Requisitos para la incorporación de la declaración testifical al sumario

Así las cosas, esta reciente sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el caso *Alo v. Eslovaquia*, en cierta forma resulta coincidente con lo que ya venía señalando la jurisprudencia de nuestro país con respecto

13 En opinión de ALCÁCER GUIRAO, en «La devaluación del derecho a la contradicción...». *Op. cit.* p. 14: tras la STEDH de 15 de diciembre de 2011 en el caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido, «la contradicción deja de ser considerada una garantía asociada al derecho de defensa del acusado y pasa a contemplarse exclusivamente como un medio más de evaluación de la credibilidad del testimonio y de obtención de la verdad procesal, del que por tanto puede prescindirse siempre que concurren otros medios suficientemente seguros y que resulte adecuado a los intereses de persecución penal».

14 Según manifiesta MERCHÁN GONZÁLEZ, A. «La introducción en el acto del juicio oral de las declaraciones practicadas en la fase de investigación (art. 730 LECrim.)». *Diario La Ley*, n.º 10055, Sección Tribuna, 25 de abril de 2022, la jurisprudencia de nuestro país sigue la misma línea que hemos expuesto, precisando que, el mayor problema se encuentra cuando la falta de contradicción no es achacable ni a las partes ni al órgano judicial (el sumario estaba declarado secreto; falleció el testigo inesperadamente; no se había averiguado todavía la identidad del imputado; o estaba ilocalizado).

a las exigencias que ha de comportar la incorporación de una declaración sumarial mediante lectura en el juicio oral, a saber<sup>15</sup>.

1. Que exista imposibilidad efectiva de reproducir la diligencia en el juicio oral.
2. Que en la diligencia intervenga el juez, dado que sólo a él le corresponde funcional y constitucionalmente la facultad de preconstituir prueba con garantías de independencia.
3. Que se garantice de forma efectiva la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada de los investigados a fin de que puedan interrogar al declarante.
4. Y, por último, que la declaración testifical sea introducida en el juicio mediante lectura, conforme al artículo 730 de la LECrim, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción ante el juez o tribunal sentenciador.

Todo lo cual pone de manifiesto la importancia del principio de contradicción no solamente durante la práctica de la prueba en el juicio oral, sino también como requisito para poder incorporar la diligencia de la declaración testifical obtenida en la instrucción al juicio oral, para no causar una merma de las garantías procesales. Por tanto, no existe inconveniente alguno en incorporar al juicio oral aquellos testimonios obtenidos durante la investigación, pero siempre que se guarden las mismas garantías que se hubieran debido de respetar si efectivamente se hubiese podido practicar la prueba durante el juicio oral, lo que, a su vez, supone un reforzamiento de las garantías procesales y del principio de contradicción en la declaración testifical practicada durante la instrucción.

## 4. Conclusiones

1.- El principio de contradicción es recogido en el art. 6.3, d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como el derecho que tiene el acusado a interrogar a los testigos que declaren contra él.

2.- Nuestra LECrim establece el principio básico de intermediación en materia probatoria, pero el art. 730 LECrim permite que durante la fase de juicio oral se puedan leer o reproducir, a instancia de cualquiera de las partes, las diligencias practicadas en el sumario, siempre que sea imposible su reproducción en el juicio oral y tal imposibilidad no sea atribuible a las partes.

---

15 Así lo establecen entre otras, la STC 80/2003, de 28 de abril (Aranzadi, RTC 2003\80), F. 5; 187/2003, de 27 de octubre (Aranzadi, RTC 2003\187), F. 3; STC 280/2005 de 7 noviembre. (Aranzadi, RTC 2005\280, FJ.2; STC 344/2006, de 11 de diciembre (Aranzadi, RTC 2006\344), F. 4; STS 529/2018, de 31 octubre (Aranzadi. RJ 2019\5305), FJ. 3.

3.- El TEDH viene a establecer que el principio de contradicción no es absoluto y que ha de ser ponderado al caso concreto atendiendo a todo el proceso en su conjunto. Dicho principio se satisface dando al acusado la posibilidad para discutir un testimonio en su contra e interrogar. De modo que, las declaraciones prestadas en fases anteriores al juicio oral no lesionan el derecho al proceso debido si han podido ser sometidas a contradicción y no lo han sido por una conducta negligente o desidiosa imputable a las partes. Y a sensu contrario, no se admitiría la validez de la lectura de las declaraciones testificales en el juicio oral cuando la falta de contradicción en la instrucción se debe a una deficiente gestión procesal atribuible al órgano judicial.

4.- Para poder incorporar una declaración sumarial mediante lectura en el juicio oral, la jurisprudencia de nuestro país viene exigiendo una serie de requisitos: a) Que exista imposibilidad efectiva de reproducir la diligencia en el juicio oral; b) Que en la diligencia intervenga el juez, dado que sólo a él le corresponde funcional y constitucionalmente la facultad de preconstituir prueba con garantías de independencia; c) Que se garantice de forma efectiva la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada de los investigados a fin de que puedan interrogar al declarante; d) Y, que la declaración testifical sea introducida en el juicio mediante lectura, conforme al artículo 730 de la LECrim), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción ante el juez o tribunal sentenciador.

5.- En definitiva, no existe inconveniente alguno en incorporar al juicio oral aquellos testimonios obtenidos durante la investigación, pero siempre que se guarden las mismas garantías que se hubieran debido de respetar si efectivamente se hubiese podido practicar la prueba durante el juicio oral, lo que, a su vez, supone un reforzamiento de las garantías procesales y del principio de contradicción en la declaración testifical practicada durante la instrucción.

## 5. Bibliografía

**ALCÁCER GUIRAO, R.** «La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH». *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2013.

**DE WILDE, B.** «A Fundamental Review of the ECtHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases (June 28, 2012)». *International Journal of Evidence and Proof (17)*, vol. 2, 2013, p. 157-182. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2095538>

**GIMENO SENDRA, V.** *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Civitas, 2012.

**MERCHÁN GONZÁLEZ, A.** «La introducción en el acto del juicio oral de las declaraciones practicadas en la fase de investigación (art. 730 LECrim.)». *Diario La Ley*, n.º 10055, Sección Tribuna, 25 de abril de 2022.

**Picó Junoy, J.** «El derecho a la prueba: un valor en expansión». *La Ley Probática*, n.º 8, 2022.

## 6. Jurisprudencia

- STEDH de 15 de diciembre de 2015 en el caso Schatschaschwili v. Alemania.
- STEDH de 10 de febrero de 2022 en el caso Alo v. Eslovaquia.
- STC 31/1981, de 28 de julio.
- STC 80/1986, de 17 de junio.
- STC 161/1991, de 19 de octubre.
- STC 80/2003, de 28 de abril.
- STC 187/2003, de 27 de octubre.
- STC 280/2005 de 7 noviembre.
- STC 344/2006, de 11 de diciembre.
- STS 529/2018, de 31 octubre.
- STS (Sala de lo Penal), n.º 1425/2005, de 5 de diciembre .
- STS (Sala de lo Penal), n.º 1059/2005, de 28 de septiembre.
- SAP Cádiz, n.º 32/2006, de 27 de enero.



## CAPÍTULO XX

---

# PERSPECTIVA DE GÉNERO, VIOLENCIA SEXUAL Y MÁXIMAS DE EXPERIENCIA

**Amara García Adán**

*Investigadora predoctoral del grupo ECRIM.  
Universidade da Coruña.*

**RESUMEN:** La violencia sexual es un tipo de violencia estructural que afecta a nuestras comunidades. A pesar de ser un tipo de violencia cada vez más tipificada y sancionada, sigue habiendo estereotipos y prejuicios que la configuran e influyen en su tratamiento ante los Tribunales. Esto pretende ser un pretexto para formular un debate sobre la necesidad de la incorporación de la perspectiva de género en el Derecho y, en concreto, en los procedimientos penales por delitos de violencia sexual. Se va a destacar como a través de las máximas de experiencia pueden brotar prejuicios que aún existen en torno a la sexualidad de las mujeres y niñas siendo necesario identificarlos para poder neutralizarlos. Para llevar a cabo este objetivo, se toman de referencia algunos de los protocolos que existen en América Latina para cuestionar la neutralidad de las normas y aplicar la perspectiva de género en la valoración probatoria.

**PALABRAS CLAVE:** violencia sexual, delitos contra la libertad e indemnidades sexuales, perspectiva de género, valoración probatoria y máximas de experiencia

**ABSTRACT:** Sexual violence is a type of structural violence that affects to our communities. In spite of being a type of violence that is being increasingly regulated and sanctioned, it still have stereotypes that configure sexual violence and influence in his treatment in Court. This pretends to be a pretext to formulate a debate on the need of the incorporation of the perspective of gender in the Law and, in concrete, in the penal procedures by crimes of sexual violence. It goes to stand out as through the maximum of experience can emerge stereotypes that still exist around the sexuality of women and girls being necessary to identify them to be able to neutralise them. To carry

out this aim, we take as reference some of the protocols that exist in Latin America to question the neutrality of the norms and apply the perspective of gender in the evidential assessment.

**KEYWORDS:** sexual violence, crimes against sexual freedom, gender perspective, evidential and maximum assessment of experience

## 1. Introducción

La introducción de la perspectiva de género en el Derecho es un debate que lleva años cogiendo fuerza y que no está exento de complicaciones a la hora de llevarlo a la práctica. Este artículo versa en este sentido, en concreto en el tratamiento de la violencia sexual por parte de los tribunales. Para estudiarlo hay que preguntarse si es posible que los procedimientos aparentemente neutros puedan llegar a reproducir estereotipos y prejuicios que son endémicos a nuestra sociedad. Es decir, ¿es posible que el proceso penal y dentro de él, el procedimiento probatorio, lleguen a reproducir estereotipos en materia de violencia sexual? ¿Cómo erradicarlos? ¿Supone la perspectiva de género una herramienta para ello?

Para entender a qué nos referimos cuando defendemos la introducción de la perspectiva de género en el derecho es importante saber a qué aludimos con el género. El género es una construcción social, según el artículo 3 del Convenio de Estambul, que comprende «aquellos papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres». De esta construcción binaria de roles que hombres y mujeres deben desempeñar en una sociedad aparecen los prejuicios y estereotipos de género, entendidas como ideas, preconcepciones o expectativas formuladas sobre atributos, características o esos papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente (Equis, 2017: 51).

El Derecho, igual que todas las ramas del conocimiento, se configuró como una disciplina androcéntrica. Es decir, se cogió de referencia al varón cisheterosexual, blanco no indígena, de clase media, propietario y sin diversidad funcional como centro y medida del que deducir la universalidad. Esto tiene como consecuencia la exclusión y ocultación de otras experiencias en forma de conocimiento que se asimilaron al modelo dominante (González Arias, 2017: 5). En consecuencia, podemos afirmar que la universalidad asumida por el Derecho es falaz y las leyes no son neutrales, ya que ningún discurso humano es neutral. En concreto, el Derecho penal surge ligado al concepto de propiedad. En sus inicios, ese concepto tenía aparejado a las mujeres, considerándolas históricamente como una prolongación más de la propiedad de un varón (Balaguer, 2005: 157). Esto tuvo como consecuencia la creación de estereotipos que se pueden llegar a reproducir a día de hoy de forma inconsciente. Juzgar con perspectiva de género significa identificarlos y neutralizarlos para conseguir una sociedad más igualitaria y más justa.

## 2. La importancia de juzgar con perspectiva de género

### 2.1. Qué se entiende por perspectiva de género

En primer lugar, debemos saber qué se entiende por perspectiva de género y por qué esta supone una herramienta para poder corregir los estereotipos y prejuicios en el tratamiento de la violencia sexual.

La perspectiva de género supone analizar desde la perspectiva de los derechos humanos esta dicotomía de roles de género que se construyó en base a los cuerpos de las personas. Supone una herramienta y categoría de análisis que permite visibilizar la asignación diferenciada de roles en base al sexo, género u orientación sexual. También nos permite observar las diferentes oportunidades y derechos que emanan de esta asignación. Esta dicotomía de roles produce también una asimetría en las relaciones de poder que se originan en estas diferencias y la perspectiva de género nos cuestiona los impactos diferenciados de las leyes y las políticas públicas, determinando en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos es necesario (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015: 64). Esta herramienta nos permite observar la diversidad en los cuerpos y formas de vida.

La perspectiva es necesaria ya que, como establece Frances Olsen en su escrito *El sexo del Derecho*, el pensamiento humano está dividido en dualismos opuestos. Estos podrían resumirse en ser: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, objetivo/subjetivo, universal/particular. Estos dualismos están sexualizados y, además, jerarquizados (Frances Olsen, 1990:2). El primero de los dualismos se identifica con el género masculino mientras que el segundo con el femenino (subordinado al primero). El Derecho al ser este presentado como racional, universal y objetivo, se identifica con el primero de los dualismos y, en consecuencia, con el género masculino.

Por lo tanto, y como ya adelantamos en la introducción a este escrito, podemos establecer que la universalidad y objetividad con la que se presentan las leyes no es así y que puede llegar a perjudicar a las mujeres. Esto es así ya que, si la objetividad coincide con el universal masculino, es decir, de aquellos que pensaron las normas, no deja de ser su subjetividad (Balaguer, 2005: 174). Adoptar la perspectiva de género supone, por tanto, la posibilidad de construir nuevas epistemologías que reaccionan ante el androcentrismo jurídico para poder corregir la subordinación y jerarquías que se reproducen a lo largo del tiempo. Y, además, resaltar que esto no supone una vulneración del artículo 24.2 de la Constitución española.

### 2.2. Igualdad como derecho fundamental

Como analizamos, la perspectiva de género supone tomar una perspectiva de la realidad jurídica desde el enfoque de los derechos humanos. A tenor de

lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, la igualdad se formula como un principio informador del Ordenamiento Jurídico. Este derecho fundamental en la vertiente de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres disfruta de dos contenidos. Un contenido esencial que se manifiesta como la prohibición de toda discriminación directa o indirecta y otro contenido promocional que se asimila al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Lousada Arochena, 2014: 63).

Carol Pateman (1995) afirma que un sistema legal por sí solo no va a garantizar la igualdad y el bienestar de las mujeres, sino que va a ser preciso un movimiento ético que lo acompañe. En este sentido, debemos entender por ética la sensibilidad hacia la otra persona, hacia lo ajeno. Por tanto, para hacer realmente eficaz el derecho a la igualdad no es suficiente con contar con leyes efectivas, sino que se hace necesario introducir pautas de interpretación en la dimensión de género para garantizar los derechos de las personas que se encuentran en una situación de subordinación.

Este derecho a la igualdad, desde la perspectiva de género, lo ratificó el Estado español en 2014 a través del Convenio de Estambul. En él se recoge la obligación de *«adoptar todas las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todas las personas, en particular las mujeres, a vivir a salvo de violencia tanto en el ámbito público como en el privado»*.

Si nos centramos ahora en la violencia sexual un análisis de esta conducta sin la perspectiva de género podría llegar a ser una conducta lícita incluso socialmente aceptada como una forma ordinaria de acercamiento sexual. La violencia sexual bien sean agresiones sexuales, violaciones grupales o torturas sexuales, es una forma de violencia sistémica que mujeres y niñas sufren tanto en espacios públicos como privados, en relaciones afectivas o no, en situaciones de máxima exclusión social, en las guerras, en las redes sociales, en internet, etc (Lousada Arochena, 2014: 63).

La violencia sexual siempre ha estado configurada como delitos ligados a una fuerte moralidad patriarcal. Hasta hace poco, eran considerados como delitos en los que la víctima era el hombre de la que mujer dependía y no se consideraba a la mujer como sujeto pasivo del mismo. Por eso, sigue siendo a día de hoy una materia en la que nos podemos encontrar sesgos y estereotipos que beben de cómo se configuró el delitos desde los primeros ordenamientos jurídicos hasta hoy.

### **3. Marco normativo y estándares internacionales sobre la violencia sexual**

#### **3.1. Normativa internacional**

El reconocimiento de la violencia sexual como una forma de violencia contra las mujeres en tratados internacionales y legislaciones nacionales es fruto

de la lucha de las mujeres para que sus experiencias fuesen legisladas. Para entender como se ha configurado el tratamiento de la violencia sobre las mujeres en general y, en concreto, el tratamiento de la violencia sexual es necesario comenzar con este breve marco internacional.

En primer lugar, destacaremos la Primera Conferencia Mundial de las Mujeres en la Ciudad de México, celebrada en 1975. En ella, se incluyó un amplio abanico de directrices para mejorar la vida de las mujeres en todo el planeta, alentando a los Estados a crear organismos de igualdad. En el Estado español se crea en 1983 el Instituto de la Mujer que dependió del Ministerio de Cultura hasta 2004 y en la actualidad del Ministerio de Igualdad.

En 1979 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como CEDAW por sus siglas en inglés. En ella se define la violencia contra la mujer como *«toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquiera otra esfera»*. En este mismo texto, en su artículo 5, encontramos el fundamento positivo para el enjuiciamiento de género ya que obliga a los Estados parte a adoptar las medidas apropiadas para *«modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquiera otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de los hombres y mujeres»*.

En la Declaración de Beijing, en la IV Conferencia Mundial sobre la mujer de 1995 se hace referencia por primera vez a la necesidad de erradicar el sesgo de género en la Administración de Justicia (Rueda Soriano, 2018: 15).

En último lugar, destacaremos la importancia del Convenio de Estambul de 2011 y ratificado por el Estado español en 2014 en el que se reconoce por primera vez la violencia sexual como una forma de violencia contra las mujeres y, en consecuencia, como una transgresión a los derechos humanos. Entre otras cosas destacables, en materia de prueba establece en su artículo 54 que aquellas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no pueden ser admitidas excepto que sea una información necesaria para el caso concreto. Por ejemplo, si se encontraron restos biológicos de dos varones diferentes y, tal vez, uno de ellos pueda deberse a una relación sexual consentida.

### 3.2. Normativa estatal

En primer lugar, debemos hacer referencia a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal. Este dedica su Título VIII del Libro II a los delitos de violencia sexual con la rúbrica de «delitos contra

la libertad e indemnidades sexuales» en los que se recogen los delitos de agresión sexual, abuso sexual, abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, delito de acoso sexual, delitos de exhibicionismo y provocación sexual, los relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores.

Esta rúbrica se modificó en el año 1989, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Hasta entonces eran considerados como delitos contra el honor. Esta modificación supuso un cambio importante en el bien jurídico protegido que, por primera vez, pasó a ser la libertad.

Otra norma que destacar es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, siendo el Estado español pionero en esta materia. Esta ley supuso la adopción de unos principios que reconocían la desigualdad de género como causa elemental de la violencia (Torrado Tardío, 2013: 169).

Tres años después, se aprueba la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En su artículo 4 se establece que la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres es un principio informador del ordenamiento jurídico y que, como tal, debe integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Actualmente, tras ser aprobada en el Congreso de los Diputados la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, se encuentra en tramitación en el Senado. Esta ley pretende dar un nuevo giro en el entendimiento de los delitos de violencia sexual, cambiando el foco a la voluntad de la víctima.

Pasamos entonces a analizar como en el procedimiento probatorio los prejuicios y estereotipos se pueden ver reflejados a través de la libre valoración de la prueba y las máximas de experiencia.

## **4. Valoración de la prueba, violencia sexual y perspectiva de género**

### **4.1. Procedimiento probatorio, libre valoración de la prueba y máximas de experiencia**

En el proceso penal español se introducen los hechos a través de los escritos de calificación de las partes, limitando así el tema de la prueba. Las partes deben proponer (arts. 656, 657 y 728 Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim) y ejecutar la prueba, formulando preguntas a las personas acusadas, la testigos y peritos (arts. 708.1.º y 724 LECrim) (Pérez-Cruz Martín, 2020: 488). Además, el Tribunal está obligado a descubrir la verdad procesal y tiene deber de resolver en todo caso (prohibición de *non liquet*).

Practicados los medios de prueba se pasa a valorarlos. La valoración de la prueba siempre se produce en contextos de incertidumbre fáctica, por lo que es más correcto afirmar que se pretende minimizar la posibilidad de error más que averiguar la verdad (Araya Novoa, 2020: 37). La valoración de la prueba es entendida como una actividad racional que consiste en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos (Araya Novoa, 2020: 45).

Al tenor del artículo 741 de la LECrim, en el proceso penal rige el principio de libre valoración de la prueba que supone la apreciación de las pruebas según la conciencia del Tribunal. Y que sin que esto se pueda confundir con la arbitrariedad, ya que el tribunal está obligado a motivar su valoración como recoge en artículo 102.3 de la Constitución Española.

La valoración de la prueba, en todo caso, ha de versar sobre el resultado que se produjo en el juicio oral (excepto en los casos de prueba anticipada y preconstituida previstas en la ley), cumpliendo los principios de inmediación y contradicción que ordenan el proceso penal.

La libre valoración es una actividad que se tiene que hacer atendiendo a las normas de la lógica, máximas de experiencia o sana crítica lo que lleva consigo un deber de razonar el resultado probatorio en la declaración de los hechos probados, con más razón en los casos de pruebas indiciarias (Pérez-Cruz Martín, 2020: 491, 492). Aquí es donde debemos preguntarnos, ¿Qué son las máximas de experiencia? ¿Quién las dota de sentido? ¿Es posible que los prejuicios que existen en la sociedad pasen desapercibidos en este momento de la actividad jurisdiccional?

Las máximas de experiencia podemos definir las como generalizaciones empíricas que configuran el razonamiento probatorio inferencial (Araya Novoa, 2020: 47). Es decir, a partir de un dato (contenido de una declaración testimonial, contenido de un informe pericial, informe médico, inspección judicial o cualquier otro medio) que constituya un elemento probatorio la persona que juzga puede inferir otro hecho desconocido. Así, el conocimiento de un hecho desconocido se construye por inferencia de unos datos comprobados. Pero estos no responden a leyes científicas ni a principios lógicos racionales.

Autores como Nieva Fenoll (2010: 211) reconocen que las máximas de experiencia son citadas siempre como algo genérico, como una cláusula de estilo a las que no se dota de contenido. Constituyen una referencia a una especie de imaginario colectivo que se toma de ejemplo de consenso social o científico sobre cuál será la dogmática jurisprudencial en torno a la previsibilidad de los acontecimientos.

De este modo, se crea un concepto poco definido que responde a convenciones sociales que son así o que se cree que deben ser así. Es decir, dentro del concepto de máximas de experiencia se engloba un conocimiento naturalizado que reproduce estereotipos y prejuicios según la cultura hegemónica, pudiendo aflorar los prejuicios.

## 4.2. Perspectiva de género para identificar los prejuicios

Tras formular qué se entiende por perspectiva de género y apuntar dónde podría presentarse como necesaria, pasamos a analizar si esta nos aporta una metodología para corregir los sesgos que existen en el enjuiciamiento de la violencia sexual. Para ello se estudiaron varios protocolos que se elaboraron por diferentes organismos principalmente en Latinoamérica. Entre ellos destacan: i) *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad* (México, 2015); (ii) *Metodología para el análisis de las decisiones jurisdiccionales desde una perspectiva de género* (México, 2017); (iii) *Criterios de equidad para una Administración de Justicia con perspectiva de género* (Colombia, 2011); (iv) *Modelo de incorporación de una perspectiva de género en las Sentencias* (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2020); y (v) *Protocolo de Actuación sobre Delitos Sexuales* (Partido Judicial de Santiago de Compostela, 2022), auspiciado por la magistrada Ana López-Suevos Fragueta que no sigue los mismos objetivos que los mencionados con anterioridad pero consideramos de gran importancia y avance para los partidos judiciales gallegos, debiendo quedar recogido.

Todos estos protocolos, excepto el último que es un protocolo no sólo orientado a juzgar, tienen en común que apuestan por una metodología para juzgar con perspectiva de género los casos que se someten a conocimiento de los y de las operadores jurídicos. Proponen vías para detectar las circunstancias estructurales que perpetúan las violaciones a los derechos humanos en virtud de la identidad sexo-genérica de las personas. Por tanto, poder identificar y evaluar los impactos diferenciados de las normas; la interpretación y aplicación del derecho segundo los roles estereotipados sobre el comportamiento de hombres y mujeres; las exclusiones jurídicas producidas por la construcción binaria de la identidad de sexo y/o género; la distribución inequitativa de los recursos y poder que deriva de estas asignaciones y la legitimidad del establecimiento de tratos diferenciados en las normas, resoluciones y sentencias.

Desde la independencia y la imparcialidad que guía la impartición de justicia, todos ellos nos proponen vías para detectar las circunstancias estructurales que perpetúan las violaciones de derechos humanos en virtud de la identidad sexo-género de las personas. Nos arroja una metodología que consiste en cuestionarnos las decisiones tomadas y preguntarnos en base a qué se tomaron. Los documentos estudiados se estructuran en preguntas generales y específicas para cada momento, tanto previo, durante y después del proceso.

Para aplicar los protocolos y determinar si existen los estereotipos en discursos aparentemente neutros, tomaremos de referencia una reciente sentencia del Tribunal Supremo, la 828/2021, de 26 de septiembre, en la que se absuelve a dos varones de 20 y 19 años por mantener relaciones sexuales



con una niña de 13 años. Ambos habían sido condenados en primera instancia por agresión sexual y, en apelación, se elevó la pena pero se calificó de abuso sexual.

En el recurso de casación, el TS apreció error iuris y aplicó la cláusula de exclusión de responsabilidad del art. 183 quarter por considerar a la menor próxima a ellos en madurez física y mental. Esta cláusula no goza de criterios objetivos para su aplicación reclamando el uso de máximas de experiencia. Siguiendo lo establecido en dichos protocolos, y concretamente en relación con la valoración de la prueba, para estudiar los prejuicios de los que adolece la sentencia se siguieron una serie de pasos. En primer lugar, hay que estudiar si se hizo un análisis del contexto y se valoró si el género fue una condición que influyera directa o indirectamente en el conflicto. Es decir, si con base al género una de las partes pudo ejercer más poder y eso impactó en el conflicto de alguna forma. Así mismo, se estudiará si se revisó la forma en que los estereotipos de género influyeron en el conflicto. Cuando se ponderaron las pruebas, ¿se hizo libre de expectativas sobre cómo se supone que debe comportarse una persona conforme a su género.

Tras la aplicación de una parte de estos protocolos se llegó a la conclusión de que las máximas de experiencia utilizadas por el TS adolecían de prejuicios y estereotipos de género. Estas suponían un comportamiento por parte de la niña de 13 años que evoca una construcción masculina patriarcal sobre la sexualidad femenina. Por ejemplo, en la sentencia se recoge como después de que uno de los hombres (que aparece mencionado como un noviazgo de apenas un mes de duración) mantuviera relaciones sexuales con la niña este le pide permiso para llamar a su primo para que vaya a casa con ellos, sin especificar nada más. El TS deduce *«por pura lógica que el objeto de esta nueva presencia era para mantener también relaciones sexuales, lo que es entendido de esta incluso manera hasta por el padre de la menor, como resulta de su declaración ante el instructor»* (FJ 3.º).

Lo que llama la atención es como el TS considera de pura lógica que una niña de 13 años tras haber mantenido relaciones sexuales y una vez terminadas no se opone a que el primo pase un tiempo con ellos signifique que esa tercera persona vaya con el mismo fin. Es decir, el Tribunal considera que esa oposición es como consentir tener relaciones sexuales anales, vaginales y bucales con ambos inmediatamente después de haberlas mantenido con el primer varón.

Sin embargo, el Tribunal no nos indica que ejercicio inferencial realizó para llegar a esa conclusión ni a qué reglas de la lógica se refiere, por lo que consideramos que se ha utilizado una máxima de experiencia machista y sexista. Recordemos que las máximas de experiencia son, en definitiva, mediciones de probabilidad basadas en lo que suele pasar. Lo que aquí se está considerando es que es habitual que, si una niña de trece años queda con su novio, lo cual es irrelevante si es su primer novio o décimo, tienen sexo y que en la misma tarde tenga otra vez relaciones pero con un invitado. ¿Cuál es el este-

reotipo sexista? Que la mujer tiene que complacer sexualmente al hombre, a su novio y si aparece otro, a él también. Además, podemos apuntar también un estereotipo que existe en torno a la concepción de la violencia sexual que supone que solo cierta clase de mujeres pueden ser objeto de esta transgresión: aquellas que nunca mantuvieron relaciones sexuales previas, las físicamente débiles o las que llevan una conducta sexual digna moralmente. Esto se afirma ya que parece que el Tribunal nos evoca que es esperable el resultado de la segunda relación sexual. Como momentos antes mantuvo relaciones sexuales con su novio el TS considera que «de pura lógica» la niña tendrá nuevamente que decir que sí.

Este fragmento de la Sentencia analizada supone un ejemplo de por qué la perspectiva de género es necesaria a la hora de enjuiciar los delitos consideramos como violencia sexual para aprender a observar desde otros prismas.

## 5. Conclusiones

1.- La introducción de la perspectiva de género en el derecho supone cumplir con un mandato internacional y constitucional acerca de la igualdad real entre personas. Para hacerlo efectivo no va a ser suficiente con la promulgación de leyes por lo que es necesario que se creen unas pautas de interpretación en la dimensión de género.

2.- La perspectiva de género supone una herramienta holística de la que poder valernos para identificar y neutralizar los prejuicios que existen en la sociedad en torno a la dicotomía de los roles de género. Supone una herramienta y categoría de análisis que permite visibilizar, desde la perspectiva de los derechos humanos, la asignación diferenciada de roles en base al sexo, género u orientación sexual. También nos permite observar las diferentes oportunidades y derechos que emanan de esta asignación.

3.- La violencia sexual es un tipo de violencia contra la mujer que necesita ser abordado con un enfoque de género. Como vimos, los delitos que engloban la violencia sexual estaban fuertemente ligados a una concepción moral sobre la sexualidad femenina y fueron tratados como un delito contra el honor de un varón del que la mujer dependía. No fue hasta 1989 cuando se consideró como bien jurídico protegido la libertad de la mujer. Como consecuencia, son delitos en los que aún existen a día de hoy prejuicios y estereotipos acerca del comportamiento de las víctimas.

4.- A través de la libre valoración de la prueba y, en concreto, a través de las máximas de experiencia tradicionalmente asumidas pueden llegar a reproducirse estereotipos y prejuicios que son endémicos a nuestra sociedad. Esto se debe a que las máximas de experiencia responden a convenciones sociales que son así o que se cree que deben ser así, respondiendo a un conocimiento naturalizado que reproduce estereotipos y prejuicios de género según una cultura hegemónica.

5.- Por todas estas cuestiones es imprescindible la adopción de una perspectiva de género en la valoración probatoria para poder asumir nuevas máximas de experiencia que tengan un fundamento en la igualdad real y efectiva en la interpretación, aplicación y resultado de la ley. El proceso penal y la valoración de las pruebas tiene un papel fundamental en el acceso a la justicia para minorar el riesgo de que ciertos actos vuelvas a producirse con impunidad. Los protocolos mencionados puede ser un buen instrumento para poder ser conscientes de los prejuicios que existen dentro de la Justicia y poder neutralizarlos.

## 6. Bibliografía

- ARAYA NOVOA, M. P.**, 2020. «Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal». *Revista de Estudios de la Justicia* [en línea], n.º 32, pp. 35-69 [consulta 11.11.2021] ISSN 0718-4735 Disponible en: 10.5354/0718-4735.2020.56915
- BALAGUER, M. L.**, 2005. *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, 1.º ed., Ediciones Cátedra, Madrid. ISBN: 84-376-2244-1
- EQUIS**, «Justicia para las mujeres, 2017. Metodología para el análisis de las decisiones jurisdiccionales desde la perspectiva de género», México [consulta 20.08.2021], disponible en: <https://equis.org.mx/metodologia-para-el-analisis-de-las-decisiones-jurisdiccionales-desde-la-perspectiva-de-genero/>
- FRANCES, O.**, 1990. «El sexo del derecho». En: KAIRYS, DAVID (ed.), *The Politics of Law, New York*, Pantheon, pp. 452-467. Traducido por SANTORO, MARIELA e COURTIS, CHRISTIAN. Disponible en: <http://www.derechos-humanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-delderecho.pdf> [consulta 29.12.2021]
- GONZÁLEZ ARIAS, ROSARIO**, 2017. «Repensar el mundo desde los costados. Relación Poder-Saber. Hariak, recreando la educación emancipadora» [en línea]. Bilbao, Hegoa, vol. 1, n.º 3, pp. 04-10 [consulta 29.11.2021] Depósito legal: BI-1805-2016. Disponible en: <https://publicaciones.hegoa.ehu.es/publicaciones/379>
- LOUSADA AROCHENA, J. F.**, 2014. *Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres*. Tirant lo Blanch. México D.F. ISBN:978-84-9033
- NIEVA FENOLL, J.**, 2010, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid ISBN: 978-84-9123-136-3
- PATEMAN, C.**, 1995, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona ISBN: 84-7658-462-8

- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.**, 2020. «TEMA 20. La prueba». En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN (coord.) *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia. pp. 487-512 ISBN: 9788413555478
- RUEDA SORIANO, Y.**, 2018. «Los estereotipos de género en el proceso penal. Revista *Juezas y Jueces para la Democracia*, Boletín Comisión Penal» [en línea], vol. 1, n.º 10, pp. 12-20 [consulta 30.11.2021] Disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/2018/12/03/boletin-penal-numero-10-monografico-perspectiva-genero-proceso-penal-volumen-i-2018/>
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**, 2015. «Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad». 2.ª edición. México. [consultado 22.01.2022] Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo\\_perspectiva\\_genero.pdf](https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf)
- TARDÓN RECIO, B.**, 2017, «La violencia sexual: desarrollos feministas, mitos y respuestas normativas globales», *Tesis doctoral por la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, disponible en [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/680682/tardon\\_recio\\_barbara.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/680682/tardon_recio_barbara.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [consulta 31.12.2021]
- TORRADO TARRÍO, C.**, 2013. «Violencia doméstica versus violencia de género: transitando por el universo psico-jurídico». En: CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL (dir.) e ALONSO SALGADO, CRISTINA (coord.). *Violencia de género y Justicia*. Santiago de Compostela: Universidade Santiago de Compostela, Campus Vida, pp: 67-88 ISBN: 978-84-15876-01-4

## CAPÍTULO XXI

---

# NUEVOS DESAFÍOS EN LA INCORPORACIÓN DEL *WHISTLEBLOWER* EN EL PROCESO PENAL

Jaime Criado Enguix<sup>1</sup>

*Personal Docente e Investigador FPU, Departamento de Derecho Procesal  
Universidad de Granada  
jaimecriado@ugr.es*

**SUMARIO:** 1. El denunciante: una pieza clave en la persecución del delito. 2. La admisibilidad de la denuncia anónima como mecanismo de protección al *whistleblower*. 2.1. Estado de la cuestión. 2.2. Propuestas para preservar la identidad del *whistleblower* en el trascurso del proceso penal. 3. Conclusiones. Bibliografía.

**RESUMEN:** La Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, nace con el principal propósito de establecer un marco jurídico homogéneo entre los países de la Unión Europea que garantice unos estándares mínimos de protección al sujeto que de forma anónima denuncia posibles infracciones o incumplimientos de distinta normativa, en el seno de la empresa, favoreciendo así una lucha eficaz contra la corrupción. Pese a la utilidad de esta figura, su contenido tiene difícil encaje en nuestro sistema procesal penal, pues este recoge una serie de garantías, principalmente en términos de tutela judicial efectiva y derecho de defensa, que impiden que cualquier información pueda acceder y surtir efectos en el proceso penal.

---

1 Este trabajo ha sido realizado en el ámbito de los Proyectos: Acción Jean Monnet, LUDÉLOR, Lucha contra la delincuencia organizada. Enfoques normativo, operativo y judicial en la recuperación y gestión de activos derivados del crimen 2020-2022, con número de referencia 620390-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROJECT; el proyecto con número de referencia A-SEJ-054-UGR-18 del programa operativo FEDER de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía (Lucha contra la delincuencia organizada. Enfoques normativo, operativo y judicial en la recuperación y gestión de activos derivados del crimen); y de la Red de Cooperación internacional y de excelencia científica de estudio y análisis «Justicia, Derecho, Constitución y Proceso».

**PALABRAS CLAVE:** *Whistleblower*, Directiva, transposición, cumplimiento normativo, anónimo.

**ABSTRACT:** Directive (EU) 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of EU law was created with the main purpose of establishing a homogeneous legal framework among the countries of the European Union that guarantees minimum standards of protection for the person who anonymously reports possible breaches or breaches of different regulations within the company, thus favouring an effective fight against corruption. Despite the usefulness of this figure, its content is difficult to fit into our criminal procedural system, as it includes a series of guarantees, mainly in terms of effective judicial protection and the right to defence, which prevent any information from being accessed and having effects in criminal proceedings.

**KEYWORDS:** *Whistleblower*, Directive, transposition, regulatory compliance, anonymous.

## 1. El denunciante: una pieza clave en la persecución del delito

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 Unión<sup>2</sup> (en adelante, Directiva whistleblowing) prevé en su artículo 26 la obligación de los Estados miembros de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 17 de diciembre de 2021, plazo que, en el momento de escribir estas líneas, ha vencido y ha sido incumplido<sup>3</sup> por el legislador español, con las consecuencias y cambios que ello supone para nuestro ordenamiento jurídico.

Si nos preguntamos por el fundamento y fin teleológico de la Directiva whistleblowing, este no es otro que, por un lado, reconocer y consolidar la

---

2 Directiva UE 2019/1937 disponible en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf> [Fecha de consulta: 07/02/2022].

3 Ello no obstante pese a los intentos de los distintos grupos parlamentarios de trasponer dicha Directiva. En este sentido, y siguiendo un orden puramente cronológico, se publicó el 20 de diciembre de 2019 en el Boletín de las Cortes la «Proposición de Ley de protección integral de los alertadores» presentada por el diputado Joan Baldoví (Grupo Mixto) y 15 diputados más, pero redactada por la plataforma ciudadana XNET; seguidamente, el grupo parlamentario VOX presentó la «Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción», que fue objeto de publicación en el Boletín de las Cortes el pasado 25 de junio de 2019; y, por último, el grupo parlamentario Ciudadanos presentó la «Proposición de Ley de medidas de lucha contra la corrupción», con fecha publicación en las Cortes de 17 de enero de 2020.

figura del alertador como instrumento político criminal para prevenir el delito y, por otro, garantizar la salvaguardia y protección de los mismos, por cuanto es habitual la renuncia de éstos a informar del delito por temor a represalias laborales. En este sentido, hay que interpretar el primer considerando de la Directiva 2019/1937 que reza así: «Las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad. Sin embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, 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».

Se parte, pues, de la idea de que las personas que forman parte de una organización están en una posición privilegiada<sup>4</sup> para descubrir las actividades ilícitas o fraudulentas que se desarrollen en su seno, pero que, por el miedo a las represalias y el estigma social que recae sobre los denunciantes, en la mayoría de casos quedan silenciadas. Por ello, apremia adoptar medidas de protección al delator<sup>5</sup>, de tal modo que se sienta seguro y amparado a la hora de trasladar a las autoridades la noticia criminis sin temor a represalias laborales o personales<sup>6</sup>.

Por otra parte, cabe preguntarnos si resulta legítimo que se trate de prevenir o reducir determinada criminalidad a través de esta especie de fórmula de colaboración privada o si por el contrario ello puede suponer una dejación de la tarea propia del Estado.

4 En efecto, la figura del denunciante como herramienta político-criminal para prevenir el delito, y su protección, se ha convertido en un elemento central en la lucha contra la corrupción. Sobre este tema, Vid. RAGUÉS I VALLÈS, R.: «¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?» En *Diario La Ley*, Madrid, n.º 9003, 19 de junio de 2017, versión digital; SÁEZ LARA, C.: *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 15.

5 El impulso de estas políticas de protección de los denunciantes en los últimos años no tiene su origen —al menos no únicamente— en los Estados, sino que se trata de un fenómeno global fomentado por instituciones internacionales. La protección de los denunciantes ocupa un lugar destacado en la agenda internacional de lucha contra la corrupción del G20, del Consejo de Europa y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

6 SÁEZ LARA, C.: *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, op. cit. ..., p. 15.

En un contexto de creciente preocupación por la delincuencia en las estructuras empresariales y administrativas, y en sintonía con algunos textos internacionales, tiene sentido tomar medidas para reforzar este interés estatal en la denuncia como medio de prevención de delitos. RAGUÉS i VALLÉS, en una interesante reflexión, indica que para dar respuesta a esta cuestión sobre la idoneidad de esta colaboración público-privada, es preciso «valorar con anterioridad los daños que causa la conducta del delator y contraponerlos al beneficio social que se obtiene con su comportamiento. Entre tales perjuicios, como es obvio, no cabe incluir las ganancias económicas o de otro tipo que la organización para la que trabaja el informante pretendía conseguir, pues resulta evidente que la obtención de fines ilícitos no es un interés susceptible de entrar en ponderación con un interés público legítimo o, en todo caso, si dicha ponderación se produce la balanza deberá inclinarse siempre del lado de este último interés. Por el contrario, sí cabe ponderar los daños que ciertas revelaciones pueden producir a intereses en principio legítimos, como el buen nombre o prestigio de determinadas empresas, marcas o productos, o, como señalan algunos autores, la amenaza que para una adecuada «cultura empresarial» puede suponer el hecho de que los trabajadores se hallen excesivamente motivados por el Estado a revelar interioridades de sus compañías, creando un auténtico clima de desconfianza entre iguales y superiores»<sup>7</sup>

No obstante, si se mide desde otra perspectiva, como la del interés público, el beneficio que pueden aportar en muchos casos los informantes es con mucho superior al daño que causan. Un beneficio claro sería el de educar en la responsabilidad ciudadana de denunciar y perseguir el delito público, pues, al final, cuando se denuncia una corruptela (u otros delitos de naturaleza pública o privada) lo que se protege es el bien común, por lo que se debe insistir en la cultura de «lo público».

Lo dicho no obstante, pese a que la figura del alertador se torne en una pieza clave para hacer aflorar las conductas delictivas<sup>8</sup>, con sus luces y sus sombras, lo cierto es que en la práctica el temor del denunciante a las posibles represalias le impide actuar, por lo que se debe trabajar e incidir en una ley de protección al ciudadano-trabajador para que éste se sienta seguro y protegido —legalmente— cuando conozca hechos ilícitos y desee pasarlos a disposición judicial.

Y es que, en efecto, el exponencial crecimiento en tamaño y capacidad de influencia de determinadas entidades y corporaciones, así como la ampliación de sus ámbitos de actuación, han permitido que concentren tal poder,

---

7 RAGUÉS I VALLÉS, R.: «¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal» en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, n.º 3, 2006, p. 7.

8 Efectivamente, un sistema que potencia y proteja la figura del denunciante puede reportarle ventajas muy significativas, como poner en conocimiento del Juez posibles ilícitos o alertar a la propia empresa de posibles fallos en el programa de compliance.



que superan las capacidades de los Estados para acceder a la información que permitiría perseguir las infracciones que pudieran cometer en su seno. Esta realidad demanda, paradójicamente, la propia colaboración por parte de las empresas, para avanzar en la lucha contra el crimen, requiriéndose a tal efecto la implantación de canales de denuncia en su seno, para desarrollar una doble función: primero, sacar a la luz hechos constitutivos o indiciarios de corrupción, irregularidades o mala praxis; y, segundo, cumplir funciones disuasorias, ya que en la medida en que se conozca internamente de la existencia y efectividad de estos canales, contribuirán al desistimiento de la comisión de infracciones por parte de los trabajadores. Esta estrategia de lucha contra la corrupción basada en una colaboración público privada resulta efectiva si se tiene en cuenta el actual proceso globalizador que están experimentando las corporaciones. En este sentido, ALCÁCER GUIRAO<sup>9</sup> señala que «resulta más eficiente que sea la propia empresa la que efectúe labores de vigilancia, prevención y detección de los delitos cometidos en su seno a que lo haga la administración de justicia, por cuanto no sólo se halla más próxima a los hechos que se cometen en su entorno de actividad, sino que además tales labores resultan consustanciales a la actividad empresarial en aras asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales».

Ahora bien, no se debe malinterpretar la idoneidad o conveniencia de contar con la colaboración privada en la investigación del delito, con una absoluta dejación de las funciones del Estado en relación a la persecución de infracciones, con lo que ello supone de respeto a las garantías y procedimientos bien articulados. Y es que medidas como la transparencia para con los trabajadores, la reducción del poder discrecional de la Administración, y la confianza, contribuyen, entre otras, a prevenir el delito corporativo. Considero que de nada o poco sirve implementar y facilitar canales de denuncias, si la organización no implanta medidas que impidan o, al menos, dificulten conductas ilícitas. Ha de lograrse un equilibrio, de tal modo que la Directiva que nos ocupa ha de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico como una norma que previene el delito mediante la delación, al mismo tiempo que interpela a los poderes públicos sobre la protección de un procedimiento garantista y bien articulado. Así, pues, desde la óptica del debido proceso y el respeto a las garantías procesales<sup>10</sup> del acusado, resulta necesario que la comunicación de una infracción conlleve una investigación correcta y respetuosa con los derechos del acusado por parte de los poderes públicos. Esto ha de conciliarse, además, con un marco jurídico consolidado que proteja a los delatores de manera eficaz frente a posibles represalias laborales.

---

9 ALCÁCER GUIRAO, R.: «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidación como límite a la vigilancia empresarial» en *Diario LaLey*, n.º 8053, 2013.

10 *Vid.* GIMENO BEVIÁ, J.: «Protección del denunciante y garantías procesales» en *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Ed. Tirant lo Blanch, p. 351, 2022.

No obstante, debe precisarse que la denuncia del particular («whistle-blower») como instrumento político-criminal para destapar y perseguir posibles infracciones en una organización no puede colocarse como el método prioritario ni mucho menos único para descubrir delitos, pero sí debe educarse a la ciudadanía en la responsabilidad y el bien común<sup>11</sup>, sin dar cabida a argumentos del tipo que el delator estaría incurriendo en una vulneración del deber de lealtad, pues no cabe lealtad a quien infringe las normas, de ser así podría tornarse en complicidad.

Como medida de protección al delator, nos referiremos a la denuncia anónima. El art. 9 de la Directiva en cuestión concede un margen discrecional a cada estado para que decida, según su Derecho nacional, si resulta oportuno y garantista la iniciación del proceso mediante una denuncia anónima. Repárese en que el uso del anonimato en los canales de denuncia se puede convertir en un arma de doble filo; por una parte, ciertamente permite asegurar una plena protección frente a represalias u otro tipo de consecuencias negativas, pero, por otra, podría servir a fines espurios y utilizarse para abrir la «caja de Pandora» a la comunicación de datos falsos encaminados a la descalificación pública y el descrédito social del denunciado. Esta cuestión sobre el anonimato del denunciante, desde un punto de vista procesal, entraña un peligro manifiesto para las garantías del acusado, al colocarlo en una posición de indefensión por verse conculcado su derecho de defensa en tanto este tipo de denuncia imposibilita o dificulta la confrontación de la información obtenida.

## **2. La admisibilidad de la denuncia anónima como mecanismo de protección al *whistleblower***

### **2.1. Estado de la Cuestión**

Respecto al encaje de la denuncia o alerta anónima en el proceso penal, en principio, se antoja inviable en atención al art. 266 LECrim. Esto no obstante, es preciso tener en cuenta que esta figura no sólo resulta útil por preservar la identidad del denunciante, e impermeabilizarlo frente a posibles represalias, sino que también lo es a efectos de averiguación y persecución del delito.

---

11 A este respecto, debate y reflexiona OLAIZOLA NOGALES, para quien en principio, la participación y la responsabilidad ciudadana son en sí mismos valores positivos y por tanto protegibles. Considera que una educación que valore positivamente la denuncia de infracciones en un Estado de Derecho puede ayudar a un mejor funcionamiento de las instituciones y a una comprensión de lo público como patrimonio de todos y que nos afecta a todos. *Vid.* OLAIZOLA NOGALES, I.: «La protección de los denunciantes: algunas carencias de la Directiva (UE) 2019/1937» en *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower* desde las perspectiva penal, procesal, laboral y administrativo-financiera. Ed. Aranzadi, p. 34, 2021.

En este sentido, el Considerando número tres de la Directiva 2019/1937, establece que «en determinados ámbitos, las infracciones del Derecho de la Unión, con independencia de si el Derecho nacional las clasifica como administrativas, penales o de otro tipo, pueden provocar graves perjuicios al interés público, en el sentido de que crean riesgos importantes para el bienestar de la sociedad. Cuando se detecten deficiencias de aplicación en esos ámbitos, y los denunciantes suelen encontrarse en una posición privilegiada para revelar la existencia de infracciones, es necesario potenciar la aplicación del Derecho introduciendo canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros y garantizando la protección efectiva de los denunciantes frente a represalias».

Un paso decisivo en la protección del denunciante lleva al anonimato, al impedir que el propio órgano encargado de la tramitación de las denuncias conozca su identidad. A este respecto, el legislador europeo, consciente de que el tratamiento de la denuncia anónima es completamente distinto en un Estado o en otro<sup>12</sup>, adopta una postura prudente y abierta al establecer que la decisión de exigir o no, tanto en el sector público como privado, la aceptación de denuncias anónimas, es una facultad de los Estados miembros<sup>13</sup>.

El Tribunal Supremo también ha abordado la viabilidad de las denuncias anónimas formuladas ante las autoridades que tienen la obligación de inves-

12 Como ocurre, por ejemplo, si pensamos en el tratamiento procesal de la denuncia anónima previsto por el sistema español y el sistema norteamericano. En este último, con frecuencia, las fuentes de información, con independencia de su procedencia, despliega sus efectos para la consecución de un acuerdo entre la acusación y las defensas; mientras que, en el proceso penal español, rige una serie de garantías, en términos de tutela judicial efectiva y derecho de defensa, que impiden que cualquier información pueda surtir efectos en el proceso penal, de tal modo que la denuncia, para configurarse como tal, requiere de la identificación del informante —art. 268 LECrim— (así no se vulnera el derecho de defensa), de tal modo que si no se identifica el alertador, la información suministrada queda estrictamente circunscrita al ámbito de la noticia criminis. Para un mayor abundamiento de la comparativa entre el tratamiento procesal de la denuncia anónima en el sistema judicial español y norteamericano, *Vid.* GIMENO BEVIÁ, J.: «Whistleblowing y proceso penal: una lectura desde las garantías procesales» en *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower...op. cit.* p. 164.

13 En este sentido, el Estado español avanza hacia el reconocimiento de las denuncias anónimas, y ello lo podemos ver tanto en el ámbito privado, como público. En el primero, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 24, establece que «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 (...)». Respecto al ámbito público, el fenómeno del compliance está avanzando y se empieza a implementar en las Administraciones Públicas. Una vía de lucha contra el fraude, desde hace unos años, se viene haciendo a través de las Oficinas y Agencias Antifraude, las cuales solicitan la colaboración ciudadana, tanto confidencial como anónima

tigar delitos, desde la necesaria salvaguarda del derecho de defensa de los investigados<sup>14</sup>. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo viene admitiendo que las denuncias anónimas sirvan de base para el inicio de una investigación penal, aunque rechaza que puedan ser tenidas como prueba de cargo ni como fundamento para la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales<sup>15</sup>. La posibilidad de investigar denuncias anónimas se erige en la excepción y no la regla, pues, tal y como rezan sentencias del Supremo «un sistema que rindiera culto a la delación y que asociaría cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentando la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle» (STS 318/2013 de 11 de abril; RJ 2013, 5933).

En este sentido, continúa señalando la referida sentencia que «la lógica prevención frente a la denuncia anónima no puede llevarnos a conclusiones contrarias al significado mismo de la fase de investigación. Se olvidaría con ello que el art. 308 de la LECrim referido al sumario ordinario, obliga a la práctica de las primeras diligencias «inmediatamente que los Jueces de instrucción (...) tuvieran conocimiento de la perpetración de un delito». Es indudable que ese conocimiento puede serle proporcionado por una denuncia en la que no consta la identidad del denunciante. Cuestión distinta es que ese carácter anónimo de la denuncia refuerce el deber del Juez instructor de realizar un examen anticipado, provisional y, por tanto, en el plano puramente indiciario, de la verosimilitud de los hechos delictivos puestos en su conocimiento. Ante cualquier denuncia — sea anónima o no — el Juez instructor puede acordar su archivo inmediato si el hecho denunciado «...no revistiere carácter de delito» o cuando la denuncia «...fuera manifiestamente falsa» (art. 269 LECrim ).

Con ello se infiere que nuestro sistema no prevé un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso penal, pero sí permite una vez «reforzadas todas las cautelas jurisdiccionales, convertir ese documento en la fuente de conocimiento que, conforme al art. 308 de la LECrim, hace posible el inicio de la fase de investigación».

---

14 Y ello principalmente porque la admisión y seguimiento de denuncias anónimas sobre hechos supuestamente delictivos puede comprometer el derecho de defensa de la persona afectada por la denuncia, al enfrentarse a una investigación en la que desconoce la identidad de quien le acusa y la procedencia de la evidencia que contra él se aporta. En este sentido, más ampliamente, *Vid.* MARTÍNEZ SALDAÑA, D; ABRIL MARTÍNEZ, J; RODRÍGUEZ CELADA, E; REYES RICO, I.: «La protección del whistleblower tras la directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos» en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, ISSN:1578-956X, 53-2019, p. 52

15 *Vid.* STS de 11 de abril de 2013, 6 de noviembre de 2017 y 6 de febrero de 2019, entre otras

En conclusión, de acuerdo al criterio jurisprudencial, la información obtenida anónimamente se aleja del concepto estricto de denuncia y se circunscribe al ámbito de la *notitia criminis*<sup>16</sup> donde encuentra mejor acomodo. Estos órganos deben actuar con suma cautela, y comprobar la veracidad de la información obtenida por medios menos dudosos, para que puedan ordenar diligencias que comprometan y limiten derechos fundamentales.

## 2.2. Propuestas para preservar la identidad del *whistleblower* en el transcurso de un proceso penal

La Directiva 2019/1937 impone, en el art. 16.1, el deber de los Estados miembros de velar por que no se revele la identidad del denunciante sin su consentimiento expreso a ninguna persona que no sea un miembro autorizado del personal competente para recibir o seguir denuncias. De forma contradictoria, el apartado siguiente exceptúa esta regla, al establecer que dicha identidad podrá revelarse cuando constituya una obligación necesaria y proporcionada impuesta por el Derecho de la Unión o nacional en el contexto de una investigación llevada a cabo por las autoridades nacionales o en el marco de un proceso judicial, en particular para salvaguardar el derecho de defensa de la persona afectada.

Por tanto, la cuestión que procede es si la confidencialidad se aplicará en términos reales a nivel jurisdiccional. En otras palabras, cabe preguntarse si la transposición de la Directiva supondrá la modificación de leyes procesales que protejan debidamente la identidad del alertador dentro de un proceso judicial, evitando que en sede judicial pueda llegar a ser conocida la identidad de este. Esta cuestión no es baladí, ya que al igual que ocurre con la Directiva, el Anteproyecto de LECrim de 2020, si bien prevé en su art. 528.6 la obligatoriedad de que el órgano receptor de la denuncia, que a su vez la pone a disposición judicial, mantenga el anonimato del alertador (siempre que esta delación se haya sustanciado o en un procedimiento de denuncia interno), estará obligado a relevar la identidad del denunciante si fuese especialmente requerido para hacerlo.

De lo expuesto se deduce que tanto la Directiva 2019/1937 como el actual Anteproyecto LECrim prevén una protección aparente en tanto, si en el marco del proceso se solicita su revelación, la regla excepcional parece habilitar dicha circunstancia.

16 Recuerda en este sentido MAGRO SERVET que las denuncias anónimas no constituyen técnicamente denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciante, como exige el art. 268 LECrim, puede ser un medio de recepción de la «notitia criminis» que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma». *Vid.* MAGRO SERVET, V.: «¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa?» en *Diario La Ley*, n.º 9586, 2020.

Por ello, la futura Ley de transposición de la Directiva whistleblower constituye, a todas luces, un reto a la par que una oportunidad para que el legislador determine la categoría procesal bajo la cual debe actuar el whistleblower en el transcurso de un proceso penal, de tal manera que se reserve su identidad, y el temor a las represalias no produzca un efecto disuasorio y le impida denunciar y luchar contra el delito.

Dicho lo anterior, en lo sucesivo arrojamos algunas propuestas de categoría procesal bajo la cual podría operar el whistleblower anónimo.

Como primera opción, podríamos considerar la modificación de la legislación, de tal modo que esa denuncia confidencial se convierta en anónima a efectos del proceso penal, siempre y cuando el alertador se encuentre representado por un Abogado quedando su identidad oculta bajo el secreto profesional<sup>17</sup>.

Otra posible pero arriesgada opción consistiría en legislar sobre la figura del confidente como medio de investigación. Esta figura, de regulación prácticamente nula, se caracteriza por pertenecer a un ambiente cercano a la trama delictiva que se está estudiando o tiene facilidad para acceder y obtener información de la misma y, por consiguiente, la información que llega a ofrecer es información de gran valor<sup>18</sup>, y permite a la policía judicial conocer el hecho delictivo por primera vez, o continuar con las diligencias de investigación necesarias para esclarecer los hechos. Esta categoría procesal parece idónea, pues no sólo traslada la noticia criminis, sino que además preserva la identidad de colaborador, que no estaría obligado a testificar en el juicio oral como prueba de cargo. Esta figura no obstante plantea dificultades, pues como bien sostiene la Fiscalía del Tribunal Supremo, en Auto del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2011, el precio de la ocultación es la imposibilidad de contar con el confidente como prueba: «Su uso es muy frecuente. Más allá del cuestionamiento doctrinal por vía de principio teórico de su legitimidad —cuestionamiento sin eco en la práctica y operatividad habitual en los Estados democráticos—, está claro que legalmente no hay obstáculo para utilizar esa fuente de información en la investigación» que sólo se convertirá en prueba si el confidente es traído al proceso como testigo, en su caso, con las garantías que arbitra la Ley de Protección de testigos de 23 de diciembre de 1.994. Pero no son utilizables como base de una condena —sí para abrir una investigación— las informaciones que haya podido facilitar si no son traídas al proceso de manera directa para traspasar el cedazo del principio de contradicción. No es compatible mantener oculto al confidente y querer introducir su testimonio por vía de referencia como elemento probatorio». Por tanto, debe revisarse con cautela la posibilidad de

---

17 A mayor abundamiento, *Vid.* GIMENO BEVIÁ, J.: «Whistleblowing y proceso penal: una lectura desde las garantías procesales» en *Análisis de la Directiva UE 2019/1937... op. cit.* p. 165.

18 MARCHAL GONZÁLEZ, A. N.: *El confidente en el proceso penal, Tesis Doctoral*, 2017, p. 19.

que el whistleblower actué en calidad de confidente, pues también su interés en colaborar con la Justicia podría obedecer a motivos espurios, como evitar su propia condena, engañar a las autoridades o incluso podría darse el caso de que éste fuera enviado por la propia organización.

Otra alternativa es que el alertador actúe en calidad de testigo, pero tendría que ratificar su testimonio en juicio oral y su identidad sería reconocida.

Por otra parte, cabría la posibilidad de que el whistleblower actuase bajo la categoría de testigo protegido, lo cual resultaría lógico toda vez que ambas figuras se caracterizan por disponer de información relevante y privilegiada, pero sin embargo optan por no colaborar con la justicia por miedo a sufrir represalias. A este respecto, el artículo 1 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, establece que para que «sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, (...)». Luego, no parece sencillo otorgar al whistleblower la calidad de testigo protegido, ya que el legislador exige la apreciación de un peligro grave para la persona. Además, el artículo 2 permite al procesado invocar su derecho de defensa y contradicción, por lo que la protección de la identidad del testigo tendría un alcance muy limitado.

Por otro lado, cabe pensar en la figura del alertador que haya participado previamente en las conductas objeto de denuncia. Nos referimos a la figura del arrepentido, prevista en nuestro ordenamiento, concretamente en relación con los delitos de tráfico de droga (art. 376 CP) y de terrorismo (art. 579 CP). Se trata de individuos pertenecientes a un grupo criminal, pero que deciden por propia voluntad acudir ante las autoridades penales para ofrecer una confesión sobre sus delitos y colaborar con la justicia mediante el suministro de información, con la finalidad de obtener un beneficio punitivo y protección de su integridad personal. A este respecto, nos remitimos a lo ya concluido supra, y es que si bien se trata de una figura útil a efectos de política-criminal, lo cierto es que existen móviles espurios que pueden llevar al coimputado a colaborar con la justicia, además de que, si se le dispensa el estatuto procesal del coimputado, difícilmente su identidad podrá quedar intacta.

En síntesis, todo lo anteriormente expuesto pone de manifiesto una necesaria revisión de nuestro actual Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y de la transposición de la Directiva 2019/1937, de tal manera que se encuentre una propuesta de ley ferenda que conjugue un equilibrio entre la necesidad de proteger al alertador —mediante su anonimato en el trascurso del proceso penal— y la salvaguarda del derecho de defensa. O como bien señala GARCÍA-MORENO DE LA GALANA<sup>19</sup>, quizá es momento de replantearnos la idoneidad de incorporar a nuestra legislación procesal penal un estatuto procesal autónomo del whistleblower anónimo.

19 GARCÍA-MORENO DE LA GALANA, B.: *Del Whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.



### 3. Conclusiones

1.- Parece fuera de toda discusión que las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciante (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad. Sin embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, 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.

2.- Esta colaboración privada no siempre ha tenido connotaciones positivas, pero si se mide desde la perspectiva del interés público, el beneficio que pueden aportar los informantes es con mucho superior al daño que causan. Ahora bien, no se interprete la idoneidad o conveniencia de contar con la colaboración privada en la investigación del delito con una absoluta dejación de las funciones del Estado, pues es preciso preservar un procedimiento garantista y bien articulado, de tal modo que la comunicación de la infracción conlleve una investigación correcta y respetuosa con los derechos del acusado por parte de los poderes públicos. Esto, además, ha de conciliarse con un marco jurídico que proteja a los delatores de manera eficaz frente a posibles represalias.

3.- Como medida de protección al delator, hemos hablado sobre la admisibilidad de la denuncia anónima, prevista por la Directiva whistleblowing. Al respecto, tras una revisión legislativa y jurisprudencial, detectamos que nuestro sistema no prevé un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso penal, pero sí permite una vez reforzadas todas las cautelas jurisdiccionales, convertir ese documento en la fuente de conocimiento que, conforme al art. 308 de la LECrim, hace posible el inicio de la fase de investigación. Compartimos sin reservas el criterio jurisprudencial, según el cual si bien la información obtenida anónimamente se aleja del concepto estricto de denuncia, ésta sí se circunscribe al ámbito de la noticia criminis donde encuentra mejor acomodo.

4.- Por último, finalizar señalando que tenemos la absoluta certeza de que el legislador español, en el momento de la transposición de la Directiva, extremará las medidas y regulará bien toda la casuística, de tal modo que los órganos actúen, antes de admitir cualquier «soplo» anónimo, con suma cautela, y comprueben la veracidad de la información obtenida «por medios menos dudosos», revelando, cuando así lo disponga la Ley, la identidad del informante cuando constituya una obligación necesaria y proporcionada en



el contexto de una investigación llevada a cabo por las autoridades nacionales o en el marco de un proceso judicial, en particular para salvaguardar el derecho de defensa de la persona afectada.

## 4. Bibliografía

**ALCÁCER GUIRAO, R.:** «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidación como límite a la vigilancia empresarial» en *Diario La Ley*, n.º 8053, 2013.

**GARCÍA-MORENO DE LA GALANA, B.:** *Del Whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

**GIMENO BEVIÁ, J.:** «Protección del denunciante y garantías procesales» en *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 337-354.

**GIMENO BEVIÁ, J.:** «Whistleblowing y proceso penal: una lectura desde las garantías procesales» en *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Ed. Aranzadi, pp. 161-178.

**MAGRO SERVET, V.:** «¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa?» en *Diario La Ley*, n.º 9586, 2020.

**MARCHAL GONZÁLEZ, A. N.:** *El confidente en el proceso penal*, Tesis Doctoral, 2017, p. 19.

**MARTÍNEZ SALDAÑA, D; ABRIL MARTÍNEZ, J; RODRÍGUEZ CELADA, E; REYES RICO, I.:** «La protección del whistleblower tras la directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos» en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, ISSN:1578-956X, 53-2019, pp. 24-68.

**OLAIZOLA NOGALES, I.:** «La protección de los denunciantes: algunas carencias de la Directiva (UE) 2019/1937» en *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Ed. Aranzadi, pp. 27-51.

**RAGUÉS I VALLÉS, R.:** «¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal» en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, n.º 3, 2006, pp. 1-19.

**RAGUÉS I VALLÈS, R.:** «¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?» en *Diario La Ley*, Madrid, n.º 9003, 19 de junio de 2017.

**SÁEZ LARA, C.:** *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 15.

## CAPÍTULO XXII

---

# REFLEXIONES SOBRE LA IDEA DE SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

**Paulo Ramón Suárez Xavier**

*Investigador Posdoctoral Margarita Salas – Universidad de Málaga  
Observatorio de Bioética y Derecho /Cátedra UNESCO – Universidad de Barcelona  
ramonsuarez@ub.edu/ramonsuarez@uma.es*

**RESUMEN:** Los recientes cambios y propuestas legislativas en curso en la actualidad en España y en el resto de los países del entorno europeo, especialmente relacionados con la creciente demanda por eficiencia en la Administración de Justicia, han levantado discusiones acerca de la idea, no tan actual, de la justicia como un servicio público. En este breve trabajo, examinaremos dicho concepto y sus fundamentos, con vistas a hacer algunas reflexiones en torno de las diferentes concepciones que involucra, todo con vistas a comprender su pertinencia o no en el ámbito procesal.

**PALABRAS CLAVE:** justicia, servicio público, administración de justicia, garantías procesales, tutela judicial efectiva.

**ABSTRACT:** The recent changes and legislative proposals currently underway in Spain and in the rest of the countries of the European environment, especially related to the growing demand for efficiency in the Administration of Justice, have raised discussions about the idea, not so of justice as a public service. In this brief work, we will examine this concept and its foundations, with a view to making some reflections on the different conceptions that it involves, all with a view to understanding its relevance or not in the procedural field.

**KEYWORDS:** justice, public service, administration of justice, procedural guarantees, effective access to justice.

## 1. Introducción

Las más recientes reformas legislativas propuestas en nuestro ordenamiento han introducido la no novedosa, pero controvertida idea de servicio público de justicia, generando embates entre la doctrina acerca de este concepto.

Por un lado, parte de los procesalistas, especialmente los que entienden que la denominada perspectiva administrativa de la jurisdicción no es parte del ámbito de estudios del derecho procesal, entiende que la idea de servicio público no puede subsumirse a la configuración jurídico-constitucional de la jurisdicción.

Sin embargo, hay otra parte que entiende que no solamente es posible subsumir la jurisdicción a dicha perspectiva, como también es necesario hacerlo para comprender los cambios que se están introduciendo por el avance de las nuevas tecnologías y su implementación en la Administración de Justicia, así como por los efectos del denominado proceso de Smartificación o de Algoritmización de la Administración de Justicia.

En este sentido, considerando ambas perspectivas, intentaremos averiguar la compatibilidad o no de la idea de servicio público de justicia dentro de la dogmática procesal, partiendo de la propia configuración de los argumentos expuestos por ambas corrientes.

Comenzaremos analizando las corrientes que abogan por la idea de servicio público de justicia para, luego, detenernos en los argumentos que presenta la doctrina que se opone a dicha idea, con vistas a comprender los desdoblamientos de la aceptación o no de tales argumentos.

## 2. El carácter prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva como argumento central a la idea de servicio público de justicia

Desde la perspectiva constitucional, se consagran en el texto de nuestra Carta Fundamental algunos derechos que son la base de la organización social, ya que representan los valores que vinculan no solamente al Estado, sino que toda la sociedad.

En dicho sentido, predicar una función jurisdiccional, reflejo de un poder soberano del Estado trae como corolario la existencia de un derecho de acceso a estos tribunales que ha comportado distintas amplitudes en las diferentes formaciones que se han concretado cada forma de Estado.

Pero no se puede confundir el derecho de acceder a los tribunales con el derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, algunos autores como Cappelle-

tti defienden que la garantía de este derecho, que en nuestro ordenamiento se prevé en el artículo 24 de la Constitución, demanda una serie de actuaciones, dentro y fuera de la Administración de Justicia<sup>1</sup>.

En este sentido, cabe aclarar que el artículo 24 de nuestra Constitución determina que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*.

De dicho precepto emana una serie de consecuencias. La primera de ellas es que el derecho a la tutela judicial efectiva es, antes, un derecho a la tutela judicial, que debe servir a la finalidad de hacer frente al ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y cada una de estas conclusiones tiene una especial relevancia para determinar el alcance y efectos de dicho canon.

Por otro lado, el concepto de tutela judicial efectiva impone no solamente al intérprete del precepto inscrito en el artículo 24 de la Constitución Española, sino que a las autoridades públicas el reconocimiento del sistema de tutela judicial conocido como sistema multipuertas<sup>2</sup>, en el que se reconozca la efectividad de los distintos medios de resolución de conflictos.

Desde de dicha comprensión, se podría afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva, comporta una serie de derechos que van más allá de la mera prohibición ochocentista del *non liquet*, o la obligación de decidir con arreglo a la ley, prescindiendo del elemento fundamental de la justicia: el ciudadano.

Significa, otrosí, abandonar la perspectiva que analiza el derecho a la tutela judicial efectiva teniendo por base una exegesis del texto constitucional que no se refleja en términos de una reinterpretación de las normas de naturaleza infra constitucional. En suma, se trata de reinterpretar a los llamados microsistemas de justicia<sup>3</sup> teniendo por base la Constitución y los Derechos Fundamentales.

Dicho de otra forma, «el derecho a justicia, muestra una nueva faz de la justicia, (...) que habría de asentarse sobre el sustrato de ofrecer un abanico de alternativas completo (de naturaleza judicial y extrajudicial) en sintonía

1 CAPPELLETTI, MAURO. *El acceso a la justicia*. Ed. Colegio de Abogados del Departamento de la Plata. La Plata, 1983, p. 84 y ss.

2 Sobre la cuestión del sistema multipuerta de solución de conflicto, o el Tribunal Multipuertas, véase SOLETO MUÑOZ, HELENA. *La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos*. *Revista de Medicación*, vol. 10, año 2017, n.º 02. ISSN: 2340-9754, pp. 1-6.

3 Algunos autores defienden que este fenómeno es fruto del proceso que retira el Código Civil del centro de los sistemas jurídicos, siendo a la vez desplazado por la Constitución y por distintos microsistemas de justicia, en un fenómeno que Natalino Irti denomina Edad de la Descodificación. Para más, véase IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Ed. Bosh. Madrid, 1992.

con los nuevos recursos de gestión personal de los derechos (acceso a nuevas tecnologías de la información y la comunicación) y la cultura vigente de la autogestión y el gran margen de discrecionalidad de una expansiva utilización de la autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico personal e individual (salvo en casos excepcionales). Modelo que además podría llegar a deparar una diferente concepción general de la Administración de la justicia, plasmada en la reconversión de los actuales «Juzgados y Tribunales» en *Domus Iustitiae* o «Tribunales Multipuertas» en los cuales se acogerían institucional y materialmente todas las opciones que facilitarían el derecho a justicia al ciudadano, ubicando en una misma sede los diferentes mecanismos procesales para la resolución de conflictos admitidos legalmente (proceso judicial, arbitraje, mediación, conciliación, etc.) en línea con las experiencias y funcionamiento de los ya establecidos en algunos países del mundo anglosajón<sup>4</sup>.

Surge, por ende, la idea de que, asociados a dichos derechos fundamentales, deben ser prestados un conjunto de servicios y actuaciones por parte del Estado, visando satisfacer a estos derechos que la Constitución no solamente proclama, sino que garantiza.

### **3. La idea de servicio público como reflejo del mandato general de eficiencia**

El artículo 53 de la Constitución determina que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, lo que conduce a la idea de que la perspectiva constitucional de la jurisdicción la comprende, más que como potestad, como servicio público.

Por ello, algunos autores, como Canales Aliende<sup>5</sup>, defienden que dicha comprensión se fundamenta en tres distintas razones. La primera de ellas, por la necesaria obligación de comprender que la cuestión de la organización de la justicia dentro del aparato del Estado no representa un fenómeno aislado, sino que comprende un contexto mucho más amplio, que es el de la modernización del Estado y de las instituciones, debido a la exigencia de la calidad en los servicios públicos.

Dicha discusión, que es inicial y no incidental, conlleva el cuestionamiento acerca de la eficacia del artículo 31, bien como del artículo 103 de la Constitución a la Administración de Justicia.

---

4 MARTIN DIZ, FERNANDO. «El Derecho Fundamental a Justicia: Revisión Integral e Integradora del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva». *Revista de Derecho Político*. n.º 106, septiembre-diciembre de 2019, p. 27

5 Véase CANALES ALIENDE, JOSÉ-MANUEL. *El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas*. *Cuadernos Política y Sociedad*. n.º 20. Madrid, pp. 63-70.

En efecto, la disposición del artículo 31.2 de la Constitución, en el sentido de que el gasto público se programará atendiendo a los criterios de eficiencia y economía, indica de forma indudable que no solamente la Administración Pública considerada desde la función ejecutiva, sino que los demás poderes, es decir, el Judicial y el Legislativo se encuentran vinculados por dicho precepto.

Por ello, su actuación debe basarse en dichos principios, buscando llegar al mayor grado de eficiencia, con el menor gasto posible. La omisión de la expresión público es deliberada, ya que, al tratarse de un derecho fundamental, tampoco se podría predicar un menor gasto público en detrimento de la economía de los justiciables<sup>6</sup>.

En este sentido, se podría predicar que la eficiencia como mandato general dirigido a los poderes públicos del artículo 31.2 de la Constitución difiere del mandato constitucional dirigido, podríamos decir a la Administración Pública —i.e., al Poder Ejecutivo— primero, porque el precepto del artículo 103 se encuentra en el Título IV del texto constitucional, dirigido a regular el Gobierno y la Administración como función ejecutiva y, segundo, porque los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho no se aplicarían de forma idéntica a la Administración o ni siquiera se aplicarían a la Administración de Justicia, como es el caso de la jerarquía.

De hecho, es indiscutible que los jueces y magistrados gozan de independencia en el ejercicio del *munus* que configura la función jurisdiccional, por lo que no se les aplicaría en el ejercicio de la función jurisdiccional el principio de la jerarquía, pero reducir un mandato macro a un aspecto micro de la regulación no nos parece la forma adecuada de afrontar a la cuestión.

Un análisis sistémico del texto constitucional nos concluye hacia una ineludible interpretación de la Administración de Justicia como la forma organizativa adoptada por el poder público encargado de dictar justicia por medio de la función jurisdiccional, lo que no es lo mismo que considerar la Administración de Justicia y la jurisdicción como expresiones sinónimas.

En este sentido, Canales Aliende y parte de la doctrina que apoya la idea de servicio público de justicia parece defender una interpretación constitucional de la función jurisdiccional consistente, antes que nada, en visitar la idea de Poder Judicial como institución, que presta unos servicios públicos y que, por ello, debe atender a unos requisitos de eficiencia y calidad, en el sentido comprender que lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, más que garantizar el derecho de acción como forma de acceso a los tribunales, garantice que el servicio público por ellos prestado sea acorde con las exigencias del estado actual de cosas en la sociedad, tomado desde una perspectiva sociológica, económica y política.

---

6 En este sentido, SUÁREZ XAVIER, PAULO RAMÓN. *Transformación Digital de la Administración de Justicia: viejos paradigmas, nuevos horizontes*. Ed. Colex, La Coruña, 2021, p. 56.

## 4. La justicia como servicio público y el servicio público de justicia

Por otro lado, si nos centramos en el segundo aspecto al cual se refiere Canales Aliende<sup>7</sup>, verificaremos que parece una práctica común y difundida identificar la justicia con los actores que actúan en el seno de la función jurisdiccional, es decir, los jueces y magistrados, que cumplen un papel fundamental para la justicia, como también lo hacen los abogados, procuradores y fuera de la función jurisdiccional *stricto sensu*, también los conciliadores, árbitros, mediadores y las propias partes.

Este matiz confunde el fondo con la forma. Es decir, el hecho de que los jueces como autoridades con un régimen de garantías suficiente para garantizar su independencia, actúen en la prestación del servicio público de justicia no implica que haya que comprender una automática subordinación jerárquica, o bien que la Justicia pase a estar vinculada al Poder Ejecutivo<sup>8</sup>.

En tercer lugar, defiende Canales Aliende que dicha consideración —de la justicia como un servicio público— se debe al hecho de que *el poder judicial y la justicia no es un fin en sí mismo, sino que es un medio, ya que en última instancia su justificación y finalidad, como la de cualquier otro servicio público, es la satisfacción de las demandas de los ciudadanos*<sup>9</sup>.

Tal idea emerge de una comprensión amplia y realística del Estado, del Poder del Estado y de los poderes políticos. Porque ya no se puede comprender la función jurisdiccional como mecanismo arbitral público, dotado de unas características especiales y en un grado de equidistancia a los demás poderes públicos.

En este sentido, Niklas Luhmann sostiene una triple diferenciación entre política, administración y público, que trasciende más allá de una representación bidimensional de la realidad política, hacia una comprensión tridimensional de la realidad política, que afecta de forma sustantiva la división de poderes, a la vez que resignifica el sistema de frenos y contrapesos<sup>10</sup>.

Estos cambios en las relaciones de poderes y en el seno de la organización del Estado Moderno exige una relectura no solamente del contenido y

---

7 *Idem*, p. 63.

8 Todo ello cuando en el sistema actual efectivamente lo está en gran medida. Esencialmente, en lo que se refiere a su gestión material, es decir, en la llamada «Administración de la Administración de Justicia». En este sentido, véase: SUÁREZ XAVIER, PAULO RAMÓN. *Transformación Digital de la Administración de Justicia: viejos paradigmas, nuevos horizontes*. Ed. Colex, La Coruña, 2021, p. 62.

9 *Idem*, p. 63.

10 Para más véase LUHMANN, NIKLAS. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1993, p. 62-63.



expresión de los poderes públicos, sino también en la forma de su legitimación. No cabe más comprender la justicia como expresión de la voluntad de la ley, transcendida por medio de una declaración de la autoridad legitimada, es decir, los jueces. También la justicia, la jurisdicción debe ser comprendida desde el punto de vista de la legitimidad<sup>11</sup>, sin disociar, en palabras de Canales Aliende, pero sintetizando lo normativo y lo fáctico, la legalidad y la eficacia<sup>12</sup>.

Por ello, se comprende que la transición desde la jurisdicción como expresión formal de un Poder Judicial supuestamente neutral y alejado de la realidad política y social hacía la jurisdicción como servicio público, supuso comprender al Poder Judicial como exponente máximo del servicio público de la jurisdicción, que se integra con los demás poderes bajo los imperativos de la legalidad e interactúa pautado por los valores de la eficiencia y de la eficacia con los distintos actores que integran la vida pública y el sistema de justicia.

No se trata de una cuestión resuelta, sino más bien todo lo contrario. La cuestión actual, y lo tomamos de este modo porque los problemas que afligían la justicia en fines de los años noventa son bastante equiparables a los actuales, viene a ser establecida desde tres distintos aspectos.

Primero, el servicio público de justicia parece seguir careciendo de legitimidad, como también ocurre con los otros poderes públicos, lo que se manifiesta en una doble perspectiva de medios y de resultados, ya que se concreta en la satisfacción de los usuarios del sistema de justicia, pero también de la justeza del sistema, lo que nos conduce a una discusión casi metajurídica, ya que se depara con las limitaciones impuestas por el sistema de *civil law* que adoptamos.

Por otro lado, y hacemos referencia a la segunda cuestión fundamental, la Administración de Justicia, por su caracterización histórica, pero también por las dificultades formales y limitaciones legales, tiene altamente restringida la participación ciudadana, más allá del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, motivo por el que entendemos que tampoco parece significativa la adopción de pactos de Estado, como defiende Canales Aliende. A nosotros nos parece que la cuestión fundamental se sienta en el sistema de multipuertas, que en nuestro sistema jurisdiccional no se encuentra basado de forma a favorecer los acuerdos antes que la *litis*.

---

11 La idea de legitimidad es tan amplia cuanto la cantidad de teorías que la representan. Algunos la comprenden como un fruto del poder comunicativo, que es la calidad que difiere las personas y las cosas, la capacidad de consenso, como bien la define Hannah Arendt. O bien como un consenso que se basa en unos parámetros delimitados por la ética del discurso, como defiende Jürgen Habermas. También podría entenderse la legitimidad como fruto de una supremacía social y legalmente aceptada, como parecen defender Lyra Filho. Para más véase ARENDT, HANNAH. *Sobre la violencia*. Alianza Editorial. Madrid, 2018. HABERMAS, JÜRGEN. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Ed. Trotta. São Paulo, 2010. LYRA FILHO, ROBERTO. *O que é Direito*. Ed. Brasiliense. Brasília, 2017.

12 *Op. cit.* p. 64.

De ahí mismo que el procedimentalismo haya centrado todas sus fuerzas en el proceso como principal forma de resolución de conflictos y que algunos actores lleguen a excluir otras formas heterocompositivas como el arbitraje del concepto de jurisdicción.

Por otro lado, demanda comprender la legitimidad como compromiso material de eliminar a los problemas que afrontan los derechos fundamentales a los cuales la justicia debe salvaguardar, dotando a las partes de los mecanismos procesales, pero también pre-procesales que permitan favorecer la autocomposición o el recurso a la heterocomposición, de manera informada y con consciencia de los riesgos y limitaciones.

Se trata de presentar la justicia a los justiciables como un servicio público, una herramienta cuyo empleo implica ciertos costes, ciertos procedimientos y tiempos, que pueden o no ser positivos para la satisfacción de sus demandas y, en este sentido, ofrecer medios alternativos, sin dejar a un lado la necesidad de evolución y perfeccionamiento del aparato a servicio de la justicia.

En este escenario, el proceso pierde espacio para la jurisdicción tomada en sentido amplio, pero gana importancia como instrumento de información, limitación y concreción de los derechos procesales.

Por ello, parece que la cuestión acerca de las limitaciones y de la legitimación de los sistemas de justicia parece una cuestión acerca de la disposición de las personas al cargo de este servicio público, de su disposición entre lo que se quiere y lo que no se quiere hacer.

En otras palabras, la discusión fundamental se refiere a la contraposición entre una justicia que se asume como Poder del Estado y como tal obligado a prestar unos servicios públicos de calidad, más allá del simple dictado de sentencias, o de una postura conformista, que ignora la necesidad de las sociedades de seguir avanzando en el desarrollo de los servicios y de los derechos. Volveremos a esta discusión cuando tratemos de la perspectiva administrativa de la jurisdicción.

Por último, se sostiene que este escenario reclama una nueva configuración del Consejo General del Poder Judicial, para que asuma ciertas competencias que actualmente son del Ministerio de Justicia<sup>13</sup>, bien como reclama una revisión de los sistemas de su nombramiento.

Nosotros discordamos frontalmente de dicha concepción. Y discordamos por diversos motivos. Primero, porque entendemos que los avances en esta senda no son responsabilidad exclusiva de los organismos judiciales, sino que dependen de un conjunto de factores para los cuales la Administración del Estado está claramente más preparada.

---

13 CANALES ALIENDE, JOSÉ-MANUEL. «El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas». *Cuadernos Política y Sociedad*. n.º 20. Madrid, p. 67.

En segundo lugar, porque esperar de organismos que tradicionalmente estaban dirigidos a tareas poco relacionadas con la planificación de medios, actuación y revisión de políticas significa depositar todas las esperanzas de un cambio profundo de la realidad en una institución que no se encuentra preparada para hacerlo.

Por último, discordamos por el hecho de que confiar el papel de vanguardia de todo un sistema de justicia a un único organismo representa una contradicción en la propia lógica antes planteada, ya que se trata más que nada de la elaboración de un conjunto de acciones transversales que busquen dar respuestas efectivas a problemas complejos que se estructuran dentro de una estructura compleja, que es la de la administración pública y los sistemas de justicia.

Esta es otra discusión que reservaremos para cuando tratemos la perspectiva administrativa de la jurisdicción.

En síntesis, lo que debe quedar claro, para que posamos seguir a delante, es que el artículo 24 de la Constitución, al tratar de la tutela judicial efectiva, no se restringe a un mero conjunto de actuaciones procesales, más reclama un conjunto de actuaciones extraprocesales, que se reflejen en la necesidad de correspondencia entre el gasto público y los criterios de eficiencia y economía, establecidos para el gasto público en el artículo 31.2 de la Constitución, por lo que no solamente se puede, como se debe considerar que la jurisdicción, más allá de un concepto jurídico-procesal, es un servicio público, pautado por la eficiencia, eficacia, control de gastos y demás exigencias del artículo 103.1 que por ende se les pueda predicar, ya que, sabemos, los tres poderes del Estado ejercen en diferentes medidas las tres funciones del Poder Estatal que es único e indivisible.

Dicha función, o servicio público, como nos hemos referido, no solamente se define por la constitución, como goza de unos caracteres constitucionales, estos si ampliamente tratados por la doctrina y la jurisprudencia<sup>14</sup>.

## **5. ¿La justicia no puede ser o no es un servicio público?**

Al margen de todo lo antes afirmado, parte de la doctrina persiste en defender que la justicia no puede ser considerada como un servicio público, sino que debe resumirse a la concepción clásica del ejercicio de la función jurisdiccional, como si dichos conceptos fuesen, del todo, incompatibles.

---

14 En este sentido: LÓPEZ GUERRA, LUIS MARÍA. «La modernización de la justicia cómo servicio público». *Revista de derecho político*, 2000, n.º 47, p. 11-26; TAJADURA TEJADA, JAVIER. «Reflexiones en Torno a la Configuración de la Justicia como Servicio Público». *Teoría y realidad constitucional*, 2001, n.º 8, p. 177-200; entre otros.

En efecto, antes de profundizar en estas cuestiones, tal y como hemos señalado con antelación, parte sustantiva de la doctrina actual se opone a la idea de que la Justicia pueda ser considerada un servicio público. El argumento fundamental esgrimido por este sector defiende que, con base en el concepto de servicio público<sup>15</sup>, lo que haría que la misma configurase «un sector más de la Administración General del Estado», lo que «convertiría a los jueces en meros funcionarios, lo que resulta del todo imposible en virtud del art. 117.1 CE»<sup>16</sup>.

Por otro lado, y dentro de la misma corriente, otros autores, como Bujosa Vadell, entienden que no se puede entender la Administración de Justicia como un servicio público, visto que se estaría abriendo la puerta para la intromisión del Poder Ejecutivo en un ámbito cuya razón de ser es la independencia de los jueces y magistrados, sosteniendo que una cosa es un servicio público y otra es estar al servicio del público<sup>17</sup>.

Estos, en líneas generales, son los principales argumentos llevados a efecto por parte de los procesalistas, que entienden que considerar la justicia como un servicio público implica someterla al Poder Ejecutivo.

Sin embargo, no es así. Tal y como hemos señalado, la idea de servicio público de justicia que antes hemos expuesto y que se refleja en parte en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, parte de una idea de modernización de la Administración de Justicia e incorporación de la idea de eficiencia, lo que no implica vincular el Poder Judicial y el ejercicio de la función jurisdiccional al Poder Ejecutivo.

Tampoco se pretende menoscabar la independencia judicial o reconfigurar el régimen de garantías que emanan del artículo 117, apartado 1 de la Constitución Española, más sí configurar un ecosistema que permita al ciudadano, dentro del marco general de su autonomía de la voluntad, optar por la solución que más se adecue a la solución de su conflicto. Ello incluye también romper con la denominada cultura del conflicto<sup>18</sup>.

---

15 Lamentablemente, y con la debida venia, la mayor parte de estos ni siquiera llega a comprender el moderno concepto de servicio público y se aferran a la idea de servicio público del Siglo XIX, vinculando la idea de servicio público de forma exclusiva al Derecho Administrativo y al Poder Ejecutivo, o bien a la teoría de la función pública del proceso, en lo más de las veces en escuetas explicaciones que no terminan ni siquiera de comprender que ni siquiera en Derecho Administrativo se aplican estas ideas en la actualidad. Más bien sin comprender la diferencia entre servicio público en sentido amplio —que es el sentido que empleamos— y servicio público en sentido subjetivo (y que ni siquiera en estos casos sigue aplicando la clásica conceptualización económica o el binomio continuidad y permanencia). En este sentido, y por todos, véase PÉREZ ESTRADA, MIREN JOSUNE. «La justicia, ¿un servicio público?». *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 57, p. 5.

16 PÉREZ ESTRADA, MIREN JOSUNE. «La justicia, ¿un servicio público?». *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 57, p. 5.

17 Véase BUJOSA VADEL, LORENZO. PALOMO VÉLEZ, DIEGO. «Mediación Electrónica: perspectiva europea». *Revista Ius et Praxis*, Año 23, n.º 2, 2017, p. 52.

18 SUÁREZ XAVIER, PAULO RAMÓN. *Gobernanza, Inteligencia Artificial y Justicia Predictiva*:

Se trata, en nuestra humilde opinión, de una perspectiva que no considera una revisión de paradigmas del propio concepto (en sentido amplio) de servicio público, que la doctrina procesal desde hace mucho ha tenido en consideración como una concepción de Estado liberal<sup>19</sup>, buscando una igualdad efectiva de las partes en el «servicio de justicia», tal y como defendía Echandía<sup>20</sup>.

Otros autores, como Couture, ya mencionaban la idea de la justicia como servicio público, al mencionar la incidencia de las costas procesales<sup>21</sup>, pero nos parece que lo esencial de esta concepción es la búsqueda de construcción de un sistema enfocado en el ciudadano, permeado por una concepción integradora del derecho a la tutela judicial efectiva y que, en ningún caso, puede ser confundido con la noción substantiva o estricta de servicio público.

Por todo ello, parece adecuado concluir que las limitaciones adoptadas por parte de la doctrina al defender que la justicia no es ni puede ser considerada un servicio público parten de una perspectiva equivocada, que vincula la idea de servicio público de forma inexorable a un concepto ya superado de servicio público y que no responde a la concepción actual, aplicable no apenas al Poder Ejecutivo, sino más bien a todos los Poderes del Estado, incluyendo el Judicial. Por lo que no cabría considerar que su implementación fuese capaz de menoscabar la independencia judicial, ni menos de vincular el ejercicio de la función jurisdiccional al Poder Ejecutivo.

## 6. Conclusiones

En este escueto trabajo, hemos visto que la idea de servicio público de justicia atiende a una necesidad fundamental: innovar en justicia, sin perder de mira las garantías procesales conquistadas a lo largo de siglos y comprendiendo que el ciudadano es el centro del sistema de justicia.

Se trata de una tarea compleja y que demanda de la doctrina procesal la suficiente apertura para comprender que las nuevas tecnologías y la necesidad de legitimación democrática del poder judicial, con la participación ciudadana y la implementación de una perspectiva de acceso a la justicia basada en la autonomía del ciudadano y el apoyo por parte del Estado con las herramientas, las prestaciones capaces de hacer efectivo el acceso al sistema multipuertas de justicia.

---

*Los retos de la Administración de Justicia ante la Sociedad en Red. Tesis doctoral.* Universidad de Málaga, 2020, p. 311.

19 En este sentido, CALAMANDREI, PIERO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europe-América, Buenos Aires, 1996, p. 177.

20 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 57.

21 COUTURE, EDUARDO JUAN. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I*. Ed. EDIAR, Buenos Aires, p. 312

La revisión de estos conceptos clásicos del derecho procesal no implica una absorción del derecho procesal por el derecho administrativo, ni tampoco representa, como hemos podido apreciar, una vinculación jerárquica entre la Administración de Justicia y la Administración General del Estado.

Más bien se refiere a la introducción de una serie de obligaciones relacionadas con la eficiencia procesal, a la dotación de nuevas prestaciones a los ciudadanos y al propio sistema de justicia capaces de permitir el acceso a la justicia con más eficiencia, economía, transparencia y responsabilidad, pero sin perder de mira las garantías procesales y la conformación clásica de la Administración de Justicia, especialmente en lo que se refiere al ejercicio de la potestad jurisdiccional y las garantías que vinculadas a esta actividad.

## 7. Bibliografía

- ARENDE, H.**, *Sobre la violencia*. Alianza Editorial. Madrid, 2018.
- BUJOSA VADEL, L. M., PALOMO VÉLEZ, D.**, «Mediación Electrónica: perspectiva europea». *Revista Ius et Praxis*, año 23, n.º 2, 2017, p. 52.
- CALAMANDREI, P.**, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1996, p. 177.
- CANALES ALIENDE, J. M.**, «El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas». *Cuadernos Política y Sociedad*. n.º 20. Madrid, pp. 63-70.
- CAPPELLETTI, M.**, *El acceso a la justicia*. Ed. Colegio de Abogados del Departamento de la Plata. La Plata, 1983, p. 84 y ss.
- COUTURE, E. J.**, *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I*. Ed. EDIAR, Buenos Aires, p. 312
- DEVIS ECHANDÍA, H.**, *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 57.
- HABERMAS, J.**, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Ed. Trotta. São LYRA FILHO, ROBERTO. *O que é Direito*. Ed. Brasiliense. Brasília, 2017.
- IRTI, N.**, *La edad de la descodificación*, Ed. Bosh. Madrid, 1992.
- LÓPEZ GUERRA, L. M.**, «La modernización de la justicia cómo servicio público». *Revista de derecho político*, 2000, no 47, p. 11-26.
- LUHMANN, N.**, *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1993, p. 62-63.

- MARTIN DIZ, F.**, «El Derecho Fundamental a Justicia: Revisión Integral e Integradora del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva». *Revista de Derecho Político*. n.º 106, septiembre-diciembre de 2019, p. 27
- PÉREZ ESTRADA, M. J.**, «La justicia, ¿un servicio público?». *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 57, p. 5.
- SOLETO MUÑOZ, H.**, «La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos». *Revista de Medicación*, vol. 10, año 2017, n.º 02. ISSN: 2340-9754, pp. 1-6.
- SUÁREZ XAVIER, P. R.**, *Gobernanza, Inteligencia Artificial y Justicia Predictiva: Los retos de la Administración de Justicia ante la Sociedad en Red*. Tesis doctoral. Universidad de Málaga, 2020, p. 311.
- SUÁREZ XAVIER, P. R.**, *Transformación Digital de la Administración de Justicia: viejos paradigmas, nuevos horizontes*. Ed. Colex, La Coruña, 2021, p. 56.
- TAJADURA TEJADA, J.**, «Reflexiones en Torno a la Configuración de la Justicia como Servicio Público». *Teoría y realidad constitucional*, 2001, n.º 8, p. 177-200.





## CAPÍTULO XXIII

---

# EMOTIONAL BIOMETRICS: A PRELIMINARY ANALYSIS OF CRITICAL ASPECTS CONCERNING THE USE OF THE LAST AI FRONTIER IN CRIMINAL PROCEDURE

**Giulia Cascone**

*Phd candidate Luiss Guido Carli University (Roma) – Visiting researcher  
Universidad Complutense (Madrid)  
gcascone@luiss.it*

**ABSTRACT:** This work deals with the critical implications of the possible implementation of emotional biometric techniques based on artificial intelligence in criminal proceedings, with a particular focus on their use for assessing the reliability of declarations given by witnesses and defendants. The introduction of such technology in criminal trials would raise problematic issues for multiple aspects of the criminal procedure, many of them unprecedented compared to those related to other already known similar instruments. In the past, lawyers and scholars have already confronted with techniques such as polygraph or Functional Magnetic Resonance Imaging (fMRI), highlighting the problems related to their use in a criminal trial. However, emotional biometric techniques based on artificial intelligence exacerbate these problems and pose new ones. The aim of this work is to develop a preliminary analysis of issues and perspectives of the use of such kind of software under three viewpoints: the possible impact on the declarant's moral freedom; the incidence on the effectiveness of the adversarial principle; the impingement on the legitimacy of the judge.

Este trabajo aborda algunas de las implicaciones de la posible implementación de técnicas biométricas de detección de emociones basadas en inteligencia artificial en el proceso penal, y en especial su uso para evaluar la fiabilidad de las declaraciones de testigos y acusados. La introducción de esta tecnología en el juicio plantearía cuestiones problemáticas sobre múltiples aspectos del proceso penal, muchas de ellas inéditas en comparación con

otros instrumentos similares, como el polígrafo o la Resonancia Magnética Funcional (fMRI). El objetivo de este trabajo es desarrollar un análisis preliminar de los problemas y de las perspectivas de la utilización de este tipo de *software* bajo tres puntos de vista: el posible impacto sobre la libertad moral del declarante; la incidencia en el despliegue efectivo del principio contradictorio; la afectación de la legitimidad del juez.

**KEYWORDS:** emotion recognition; artificial intelligence; moral freedom; adversarial principle; judge's legitimacy.

**PALABRAS CLAVES:** reconocimiento de emociones; inteligencia artificial; libertad moral; principio contradictorio; legitimidad del juez.

## 1. Introduction

The use of scientific tools in order to assess the truthfulness of witnesses and defendants' declarations during a criminal proceeding is not new. The natural inclination of criminal trial to search — or rather, to reconstruct — the truth<sup>1</sup> has led to a cyclic re-emergence of the debate on this subject, revived by each new «discovery» of more or less scientifically solid lie-detecting methods<sup>2</sup>. It was therefore only a matter of time for the new artificial intelligence techniques to bring the dispute back to the scene.

The latest artificial intelligence<sup>3</sup> applications<sup>4</sup> seem to be able to infer the emotional state of a person on the base of the analysis of elements such as

---

1 On the subject of relationship between truth, evidence and criminal trial in general, see for all Ferrua, *La prova nel processo penale*, Giappichelli, 2017; Taruffo, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, n.º 4, 1305 ss.; Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, 2005.

2 On the the methods of lie-detecting that could be used in criminal proceedings in general see, Villamarín López, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal: el Uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015.

3 Hereinafter, also «AI».

4 On the concrete functioning of these techniques, see EPRS, *Person identification, human rights and ethical principles. Rethinking biometrics in the era of artificial intelligence*, available at [https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/EPRS\\_STU\(2021\)697191](https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/EPRS_STU(2021)697191), which explicates that emotion recognition relies on machine learning and that «the algorithms used for emotion recognition are often trained with data from databases in which individuals pose, representing manifestations of specific emotions. It is sometimes amalgamated with 'facial expression analysis', understood as 'systems that attempt to automatically analyze and recognize facial motions and facial feature changes from visual information'. In addition to or instead of faces as such, could be analysed for the purposes of emotion recognition body movements or voice tone, for instance. Emotion recognition is indeed not necessarily connected to the visual reading of body expressions but may also occur through sound». Also see Dirin, *AI-based Facial Recognition in Emotional Detection*, research paper, June 2019, 3; EDPS-TechDispatch # 1\_2021, *Facial Emotion Recognition*,

the movements of the facial muscles and of the body, the tone of voice and other biometric signals<sup>5</sup>.

In this scenario, the new proposal for a European regulation put forward by the Commission in April 2021<sup>6</sup>, which aspires to a common European regulation on artificial intelligence, makes some preliminary reflections on the subject especially relevant and quite urgent.

The proposal classifies the technologies used in the field of law enforcement to scrutinize the emotional state of a person as «high risk» AI. This means that, in order to circulate in the market, this kind of software must comply with a series of technical requirements that ensure, among other things, the reliability, traceability and therefore the verifiability of the results. However, there are no specific procedural rules and guarantees related to the use of similar systems in criminal proceedings.

---

European Data Protection Supervisor, 1; Buolamwini, Vicente Ordóñez, Morgenstern, & Learned-Miller, Facial recognition technologies: a primer, May 29, 2020, 8, at [https://global-uploads.webflow.com/5e027ca188c99e3515b404b7/5ed1002058516c11edc66a14\\_FRTsPrimerMay2020.pdf](https://global-uploads.webflow.com/5e027ca188c99e3515b404b7/5ed1002058516c11edc66a14_FRTsPrimerMay2020.pdf); ARTICLE 19, Emotional Entanglement: China's emotion recognition market and its implications for human rights, 2021, 15; Ko, A Brief Review of Facial Emotion Recognition Based on Visual Information, Sensors (Basel, Switzerland) vol. 18,2 401. 30 January 2018, 3; Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Biometric Recognition and Behavioural Detection Assessing the ethical aspects of biometric recognition and behavioural detection techniques with a focus on their current and future use in public spaces, August 2021, available at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL\\_STU\(2021\)696968](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)696968).

- 5 The first important studies on emotion recognition techniques were conducted by Paul Ekman (see Ekman & Friesen *Unmasking the Face. A Guide to Recognizing Emotions from Facial Clues*, Malor Books Los Altos, CA, 2003). The conclusions reached by the scientist regarding the possibility of detecting human emotions are based on the assumption that emotions are expressed in an almost universal way. In recent years, multiple studies have shown that the assumption is incorrect. Particularly known and accredited are the conclusions of Professor Lisa Feldman Barrett, who claim that there is no single way to express emotions and that the perception of the latter depends on an unpredictable combination of environmental, social, cultural and relational factors, as well as on the previous experiences of the subject who «decodes» the emotion expressed by the interlocutor. See Feldman Barrett, Adolphs, Marsella, Martinez, Pollak, Emotional Expressions Reconsidered: Challenges to Inferring Emotion From Human Facial Movements, *Psychol Sci Public Interest*, 2019. See also Schwartz, Don't look now: why you should be worried about machines reading your emotions, *The Guardian*, 2019, available at <https://www.theguardian.com/technology/2019/mar/06/facial-recognition-software-emotional-science>. On the scientific validity of neuroscientific techniques in the criminal trial, see Nieva Fenoll, *Neurociencia y juicio jurisdiccional: pasado y presente. ¿Futuro?*, in *Civ. Proc. rev.*, vol. 7, n.º 3, 2016, 128 ss.
- 6 European Commission, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts, Brussels, 21.4.21, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

It is largely known that techniques of this kind pose multiple problems when it comes to their implementation at trial<sup>7</sup>. An analysis of the scientific and legal literature on this point reveals that, up to now, the greatest obstacle to a generalization of the use of similar techniques in the criminal trial has been the low reliability of their results<sup>8</sup>. Anticipating the conclusions that will be reached at the end of this work, it seems that the same problem concerns the new emotional detection techniques based on artificial intelligence<sup>9</sup>. Nonetheless, this conclusion is given at the state of the art, thus it is not unchangeable. Nothing excludes — on the contrary, it is likely — that a refinement of similar techniques will lead to a greater scientific solidity in the coming years. For this reason, regardless of the debate related to their reliability, a reflection on the possible impact of these instruments on essential coordinates of the criminal proceedings can no longer be postponed.

Moreover, even if many of the abovementioned problematic aspects had already emerged in relation to the «traditional» lie-detecting techniques (think of the polygraph or the FMRI techniques), the peculiar characteristics of the biometric recognition of emotions pose new challenges and thus require an update of the debate.

The purpose of this work is to lay the foundations for a deeper reflection on three of the many critical aspects of the implementation of emotional biometric techniques based on IA in the criminal trial: the impact on declarant's moral freedom; the alteration of the effective unfolding of the adversarial principle in the evaluation of evidence; the implications on the legitimacy of the judge.

## **2. The impact of the use of emotional biometric techniques on the declarant's moral freedom**

In some legal systems, the fact that the lie-detecting techniques so far known could violate or restrict the moral freedom of the declarant has represented one of the main arguments to exclude the legitimacy of their

---

7 Just to name a few, the already mentioned scientific validity of the method (therefore, the reliability of the results); the assessment standards to be applied in the evaluation of the evidence acquired through AI techniques; the impact on the privacy rights of individuals, especially when they are based on the use of big data; the impact on the presumption of innocence and the accused's right to silence. In recent years, one of the most debated issues has been the impact of facial recognition techniques on individuals' privacy rights. see Neroni Rezende, Facial recognition in police hands: Assessing the 'Clearview case' from a European perspective, in *New Journal of European Criminal Law* 11(3), 375-389.

8 See Camon, *Le Prove*, in *VV.AA., Fondamenti di procedura penale*, Cedam, 2021, 297. In the Spanish case law, e.g., see **STS 4957/2010, 29<sup>th</sup> of September**.

9 See footnotes 41 and 42.

use and, as a consequence, the admissibility of their probative results<sup>10</sup>. This conclusion is based on the simple idea that being visibly and physically connected to a machine during the declaration places the subject in a state of impaired freedom, constraining his ability to self-determine in providing answers.

In our case, however, the same outcome does not seem to be so easily supportable: for the first time, we are facing with techniques that can be used without any physical involvement of the declarant<sup>11</sup>. In other words, it is perfectly possible that this last has no idea to be filmed by a video camera connected to an artificial intelligence that scans his physical movements to «guess» his emotions. If and in which way, then, these techniques could impact on the moral freedom of those who are being questioned.

If we refer to moral freedom only as freedom from external manipulations of the psyche, the evidence in question must be excluded from the boundaries of the category. This issue assumes current importance in legal systems, such as for example the Italian one, in which excluding the impact of such kind of evidence on the moral freedom of the declarant essentially means excluding the applicability of the related exclusionary rule<sup>12</sup>. It could certainly be argued that the evidence in question could affect other fundamental rights, such as the right to privacy; but unlike what happens, for example, in the Spanish system, in the Italian one this right has neither the same rank, nor the statutory protection that the Constitution grants to moral freedom<sup>13</sup>.

---

10 Notoriously, it happened in the Italian legal system. See, e.g., Sabatini, *Poligrafo e libertà morale*, in *Giust. pen.*, 1962, I, c. 9; Cordero, *Procedura penale*, 9a ed., Giuffrè, 2012, 472.

11 Buolamwini, Vicente Ordóñez, Morgenstern, & Learned-Miller, *Facial recognition technologies: a primer*, *op. cit.*, 8.

12 I am referring to art. 189 Codice di procedura penale, which establishes that when a mean of proof is not regulated by the law, the judge can admit it if it is suitable for ascertaining the facts and does not affect the moral freedom of the person. Concerning the Spanish legal system, the evidence in question could be traced back to the category of those that impact on the moral integrity of the declarant, protected by art. 15 CE. This, at least, if we mean by «moral integrity» also the prohibition of transforming the human being into a mere object. For this interpretation of the concept, see Rebollo Vargas, *Delitos contra la integridad moral*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 60, f. 1, 2007, 212. Anyway, it would probably be a hazardous conclusion.

13 In the Spanish legal system, art. 53 CE ensures that only means of evidence provided by law can legitimately impact on a fundamental right. There is no such constitutional provision in the Italian system. This has led to the emergence of a long, and not yet resolved, debate regarding the existence of the category of so-called «unconstitutional evidence», that is, evidence acquired in violation of a fundamental right protected by the Constitution. This would happen for example, in the event that an atypical (i.e. not provided by law) evidence impact on a fundamental right that the Constitution expressly protects through the rule of law. In this case, in fact, the restriction of the fundamental right should be regulated by the parliamentary law. Some sentences of Constitutional Court and many legal scholars admit the existence of this category, assuming the impossibility to use as evidence the probative

This explains the exegetical attempt to extend its boundaries to include the inviolability of the psyche, with the consequent prohibition of the use of tools that allow its indiscriminate exploration<sup>14</sup>.

Given the preliminary nature of these few reflections on the subject and the complexity of the matter, taking a position on this point would probably be premature. Nonetheless, it seems to be possible to immediately highlight that, following the approach just mentioned, it could be argued that strict interpretations of the concept of «moral freedom», according to which its effective restriction presuppose the use of techniques capable of «artificially deforming the natural processes of self-determination of the individual» — as stated in a note sentence of the Italian Constitutional Court of 1962<sup>15</sup> —, should be considered outdated. And, in the light of the impressive scientific progress over the last 50 years, this conclusion does not seem so hazardous.

It is true that we are not faced with techniques of manipulation and alteration of psychic processes but, on closer look, the use of these methods actually acts upstream, preventing *tout court* the subject under scrutiny from placing any barrier to the indiscriminate exploration of his mind. Fifty years ago, reducing moral freedom to liberty from external conditioning and manipulation of the psyche was obvious in the absence of technologies, such as those that are being developed nowadays, which promise, in a few years, to make possible the access to the innermost spheres of the human mind.

The problem under discussion is likely to be perceived differently according to the single legal systems and the different exclusionary rules they provide. There is no doubt, however, that in those legal systems in which an adequate statute of protections of technology-linked legal rights is lacking, an updated interpretation of existing fundamental rights is necessary. The only alternative to this would be a modification of the fundamental rights' catalog, so that the protection of individuals before these disruptive technologies can be effective.

---

results acquired in violation of the constitutional rules safeguarding fundamental rights. While, however, moral freedom has strong protection in the Italian Constitution, based on rule of law (see art. 13 Italian Constitution), the right to privacy is not expressly enshrined in the Constitution and is historically inferred from art. 2 Italian Constitution, which does not provide for specific limitations in order to restrict the fundamental right in question. See Grevi, Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche, in *Giur. cost.*, 1973, 341; Vigoriti, Prove illecite e Costituzione, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 64 ss.; Nuvolone, Le prove vietate nei paesi di diritto latino, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 474. For the case law, see *Sez. un.*, 13<sup>th</sup> of July 1998, Gallieri and *C. cost.*, 6<sup>th</sup> of April 1973, n.° 34.

14 With regard to the examination of the defendant, Giuliano Vassalli underlined that it must take place without suggestion or intrusion of external tools of evaluation and that «inconcepibile è sottoporre il soggetto inquisito ad un interrogatorio che, sia pure con il suo consenso, si svolga mentre è possibile sorvegliare tecnicamente, e misurare, le sue reazioni», Vassalli, I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona, in *Riv. pen.*, 1972, 415. Also see, in this sense, Cordero, *Procedura penale*, op. cit, 472.

15 *C. cost.*, 27<sup>th</sup> of March 1962, n.° 60.

After all, technological progress experienced by artificial intelligence techniques does will not stop. On the contrary, it will have an exponential development due to the inevitable convergence with other existing technologies<sup>16</sup> — especially with the more and more massive use of big data.

The Chilean legislator demonstrated to be perfectly aware of this, being the first to recognize those that are modernly defined as «neuro-rights» in the latest constitutional reform of that country<sup>17</sup>. European institutions do not seem to have the same awareness. As pointed out about the proposed European regulation mentioned in the introduction, «AI Act outlines a robust and innovative framework for AI governance. However, we argue that it fails to regulate practices that attempt to reveal information about a person’s mind as high-risk by default».

### **3. The repercussions on the «physiological» unfolding of the adversarial principle in the evaluation of the evidence**

A second problematic aspect on which a serious critical reflection appears to be essential is the possible limitation of correct functioning of confrontation between the parties on the probative value of the declaration.

16 PÉREZ ESTRADA, «La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español», en *Rev. bras. dir. proc. pen.*, 2021, vol. 7, n.º 2, 1389.

17 See Ley 21383, 25<sup>th</sup> of October 2021, that modified art. 19, n.º 1 of the Constitution, providing that «Scientific and technological development will be at the service of people and will be carried out with respect for life and physical and mental integrity. The law will regulate the requirements, conditions and restrictions for its use on people, especially protecting brain activity, as well as the information deriving from it», available at <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983>. For an explicit call for a new set of neuro-rights within the European Union framework, see Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, *Biometric Recognition and Behavioural Detection*, cit., 10. In the sense that the use of emotional biometric techniques based on artificial intelligence could violate human dignity, see EDPB-EDPS, *Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, available at [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-06/edpb-edps\\_joint\\_opinion\\_ai\\_regulation\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-06/edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_en.pdf). A strong encouragement for the introduction and recognition of the so-called «neuro-rights» also comes from the scientific community. See, for example, the Neuro-right Foundation project, created by Rafael Yuste, an internationally renowned neuroscientist. The foundation aims to raise awareness of «United Nations, regional organizations, national governments, companies, entrepreneurs, investors, scientists, and the public at large to raise awareness about the human rights and ethical implications of neurotechnology», as can be read on the foundation’s web page, available at <https://plum-conch-dwsc.squarespace.com/mission>. In particular, the project identifies five neuro-rights whose recognition appears to be undelayable: mental privacy; free will; personal identity; fair access to mental augmentation; protection from bias.

Also in this case, the peculiarities of this technology entail the need to update the terms of the debate that has marked the so far known lie-detecting tools on this point. I am referring to the opacity that characterizes the forms of artificial intelligence based on machine learning. Even if the companies that develop AI software made public the algorithms that the machines use to operate their calculations, it is very often the own IT architecture that does not allow, not even programmers, to reconstruct the statistical associations on the basis of which a certain result was provided<sup>18</sup>. Many authors have highlighted how the opacity of the algorithm violates the defense rights<sup>19</sup> or the principle of equality of arms, as the prosecutor generally has access to more conspicuous resources, on a technological and professional level, to challenge the probative value of the acquired result<sup>20</sup>. This is certainly true, but it only concerns what we could define the subjective aspect of the essence of adversarial principle. Even before the correct balance between the positions

- 
- 18 As explained by Bonsignore Fouquet, *Sobre Inteligencia Artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación*, in *Teoría & Derecho. Rev. pens. Jur.*, 2021, n.º 29, 264, the opacity can be of three types: first of all, it can derive from the industrial secret that could cover to the algorithms that support the functioning of the machine; secondly, the it could depend on the judge's lack of technical skills in understanding the inferences conducted by artificial intelligence, given its high technological character; finally, it could be an opacity in the strict sense. This is the most marked form of opacity, since it concerns the same functioning of machine learning, which is based on the development of new statistical criteria to match dates that are directly developed by the machine and whose reconstruction appears impossible even for some programmers. On the topic, also see Pérez Estrada, *La inteligencia artificial como prueba*, *op. cit.*, 1392; Contissa & Lasagni, *When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters: In Search of an Effective Remedy*, in *European Journal Of Crime, Criminal Law And Criminal Justice*, 2020, vol. 28, 281.
- 19 Beriain, & Pérez Estrada, *La inteligencia artificial en el proceso penal español: un analisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados*, in *Rev. Der. Uned*, 552. Also see Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, 2018, 102, who claims that the opacity could also affect the right to appeal and revise the judgment, which will have a more assertive argumentation, making more difficult to challenge the result of the AI.
- 20 In this sense, Schumann Barragan, *La inteligencia artificial aplicada al proceso penal desde la perspectiva de la UE*, VV. AA., *Investigación y proceso penal en el siglo XXI: nuevas tecnologías y protección de datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 530; Quattrocolo, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rev. italo-española der. proc.*, 2019, n.º 1, 118; Hoyos Sancho, *El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como «sector de riesgo»*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 2021, 23. The conclusion is compliant with the jurisprudence of the European Court of Human Rights, which constantly repeated that, in order to respect the right to a fair trial, it is necessary that each party has effective knowledge of the allegations and arguments of the other party and has the concrete possibility of testing and falsifying them. In reverse, «an indirect and purely hypothetical possibility for an accused to comment on prosecution argument» does not satisfy the conventional parameter. See ECHR, *Brandstetter v. Austria*, 28<sup>th</sup> of August 1991, application no. 11170/84; 12876/87; 13468/87; ECHR, *Bykov v. Russia*, 10<sup>th</sup> of March 2009, application no. 4378/02.



of the parties, however, it is the objective dimension of the adversarial method itself to be affected. I am referring to the cognitive mechanism of falsification<sup>21</sup> on which modern procedural systems found the verification of the facts and in which the role of criticism expressed by the development of confrontation between the parties is precisely to minimize the risk of error<sup>22</sup>. In a system based on free assessment of evidence, the dialectic and critical opposition of the parties is not only a reflection of the exercise of the defense right, but also a precious tool for the judge, insofar as it builds a cognitive platform from which the legal truth can be built in a rational way.

When knowledge is not subjected to a critical scrutiny, it is exposed to the risk of error<sup>23</sup>. In this sense, Bellavista claimed that the criminal trial is the place par excellence dominated by doubt, because the judgment never has a predefined result and the judge never knows the «truth» until the end of the trial. Therefore, in order for the process to take place according to a rational cognitive dynamic, it is more than ever necessary that the ascertainment of truth starts from a state of doubt and the best way to insinuate the doubt in the judge's conscience is precisely represented by the confrontation between the parties<sup>24</sup>. In the light of what has just been said, the problem is not much that the parties do not have the same possibility of «contradicting» and confronting each other, but that they do not have it at all. And the judge would be in the same condition of blindness.

Moreover, even assuming that the algorithm was «transparent» and that the way in which it makes its inferences could be perfectly reconstructed, the risk of a «fideistic» approach<sup>25</sup> of the judge on the result of the AI remains high and

---

21 For all, see Popper, *The logic of scientific discovery*, Basic Books, 1959.

22 In this sense, see Caianiello, Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development, in Eur. Journ. crim., *Criminal Law and Criminal Justice*, 2019, 267, who underlines that «This approach to criminal proceedings, that we can synthetically define as inspired by the art of doubt, seems nowadays under attack, because of the recent developments at the scientific and technological levels, and of their implication to fact-finding models at trial. In particular, in a cultural and legal framework showing a decreasing sensitivity to the rights of the defence, the «doubt-based» or Socratic traditional approach seems defied by three factors: the digital revolution; the raise and spreading use of neurosciences; and the increasing employment of artificial intelligence in adjudicating cases».

23 Ferrua, La prova nel processo penale, *op. cit.*, 5.

24 Bellavista, Lezioni di diritto processuale penale, Giuffrè, 1965, 184. On the right to confrontation in the US system and its different scope in European continental legal systems, see BACHMAIER WINTER, Principio de intermediación y confrontación: paralelismos, diferencias y tendencias, in *Fundamentos de Derecho Probatorio*, eds. Ambos/Malarino, Tirant lo Blanch, 2019, 279-339.

25 See Quattrocchio, Equo processo penale e sfide della società algoritmica, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.º 1, 2019, 141; Contissa & Lasagni, When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters, *op. cit.*, 293; Caianiello, Criminal Process faced with the Challenges, *op. cit.*, 2019, 267.

would probably bring him to ignore or undervalue the arguments of the parties. It is known that the same problem has already arisen, in general, with reference to scientific evidence, but in this field a generic reference to the principles of the *Daubert* jurisprudence<sup>26</sup> could be insufficient. All the critical issues that have emerged with reference to scientific evidence<sup>27</sup>, in fact, are destined to exacerbate due to the relatively new nature of these scientific acquisitions and the very high level of computer engineering on which they are based.

## 4. Is the legitimacy of the judge at risk?

Since the adversarial principle is a pillar that informs the entire procedural dynamics, its alteration produces some further systematic effects, including that relating to the legitimacy of the judge.

The source of the legitimacy of the judicial power is generally indicated in the popular sovereignty<sup>28</sup>, in whose name, as many Constitutions foresee, justice is administered. This reconstruction, however, is partial and to some extent misleading.

In one of his essays, Ferrajoli wrote that the legitimacy of judicial power cannot reside in popular consent, because this would imply subjecting to the logic of the majority a power that must remain free and independent<sup>29</sup>. In this sense, the effective equality of everyone before the law presupposes the impartiality<sup>30</sup> and independence of judgment, the former being an unattainable objective if the latter is not equally ensured in its dimension of submission of the judge to the sole law. But the picture would be incomplete if we did not mention the one that probably constitute the main source, even if less cited,

---

26 See U.S. S. Court, *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 1993.

27 See, in general, Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, 2005. For a comparative perspective, see BACHMAIER WINTER, *Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de Norteamérica y Alemania*, in *Jueces para la Democracia*, 2009, n.º 66, 118 ss.

28 Vadillo Ruiz, *El poder judicial: artículo 117*, in *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. by Óscar Alzaga Villaamil, Cortes Generales, 1996-1999, 297.

29 Ferrajoli, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción, Reforma Judicial*, in *Rev. mex. Just.*, n.º 15-16, 2010, 14, «para la legitimidad de la jurisdicción, basada en la garantía de la verdad y de las libertades, mientras que no es necesario e incluso puede ser dañino el consenso, es posible pero no deslegitimante el disenso de la mayoría. Con la mayoría, se ha dicho, el juez se vincula solamente a través de su sujeción a la ley, a través de la cual la voluntad mayoritaria se ha expresado con anterioridad a la comisión de los hechos que se someten a juicio».

30 Precisely in this sense, for example, in a sentence of 12 July 1988, n.º 145, the Spanish TC wrote that the impartiality of the judge affects the trust that a democratic society places in its Courts.

of the legitimacy of the judicial power, that is the rational character of the judgment. If jurisdiction did not have a cognitive nature, it could hardly be perceived as legitimate by citizens insofar as these ones could barely «accept» a decision susceptible to affect their legal position — even their personal freedom — if that decision did not presuppose the ascertainment, conducted in a rational manner, of one or more facts<sup>31</sup>. Textual demonstrations of this can be found in many modern Constitutions, including the Italian and the Spanish ones: a more evident one, that is the rule according to which sentences must be motivated and the motivation must be based on rational arguments related to the reconstruction of the facts and to the recognition of the applicable legal regulations. A less obvious, but no less important one: the ascertainment of the facts is considered rational as it is conducted according to a certain method, that is, the confrontation of the parties. In this sense — as already mentioned — the lack of effective confrontation between the parties affects the legitimacy of the judge, insofar as it affects one of its cornerstones, namely the cognitive and rational character of the judgment.

These three pillars of the exercise of judicial power (impartiality, independence, rationality) are closely linked. One could not exist without the other: the rational verification of the facts implies the impartial nature of the search for truth that, in turn, requires the independence of the judge from any external conditioning<sup>32</sup>.

31 Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 3° ed., Laterza, 1996, 19 ss.; Ferrajoli, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, *op. cit.*, 5 ss. As known, to this ineliminable characteristic of the judgment Ferrajoli adds that of the necessary protection of fundamental rights. In the sense that the pivot of judicial power is constituted by rationality, see also Di Bitonto, *Neuroscienze e processo penale*, in *Prova scientifica e processo penale*, edited by Canzio & Luparia, Cedam, 2017, 746; Di Chiara, *Atipicità e sistemi probatori: linee per una fenomenologia generale*, in *VV.AA., Sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, edited by Militello & Spena, Giappichelli, 2018, 371 ss.; Ferrua, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale. II. Anamorfosi del processo penale*, Giappichelli, 1992, 47 ss.

32 In this sense, again, Ferrajoli, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, *op. cit.*, 11 ss. «la verificación de la verdad, que requiere el carácter necesariamente libre y desinteresado de la búsqueda de lo verdadero a través de pruebas y contrapruebas; la tutela de las libertades —desde la libertad personal hasta la libertad de pensamiento, desde los derechos de defensa hasta las libertades políticas—, las cuales equivalen todas a otros tantos derechos de los individuos contra el poder y los intereses de la mayoría. Ambos fundamentos requieren la separación tanto orgánica como funcional, y por tanto la independencia de los magistrados —de los jueces y del Ministerio Público— no es solamente externa, es decir frente a los poderes políticos de gobierno, sino también interna, es decir frente a vínculos jerárquicos o burocráticos». Also see Montañés Pardo, Art. 120, in *VV.AA., Comentarios a la Constitución española, Tomo II*, in *Boletín Oficial del Estado, BOE*, 2018, 690, «la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales guarda una relación directa con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para jueces y magistrados tiene la ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, como se dispone en el art. 117.1 y 3 CE» y Gutiérrez-Alviz & Víctor Moreno, *Actuaciones judiciales, artículo 120*, in *Comentarios a la*

The use of artificial intelligence techniques in order to assess the declarations of one or more declarants could infringe at least two of these assumptions: on the one hand, that of impartiality of the judgement, since it is predictable that, faced with the result of the machine, the judge may be affected by the so called confirmation bias, that is the tendency to uncritically ratify the AI's result<sup>33</sup>; on the other hand, that of the rationality of the judgment, not only because the adversarial mechanism is weakened — as already underlined —, but also because precisely that confirmation bias will determine that the motivation of the sentence proceed in reverse: the judge will tend to develop the arguments in order to confirm the starting point<sup>34</sup>. Indeed, some authors highlighted the risk that the growing reliance on AI to resolve the *res iudicanda* could decree the end of the motivational burden as we know it: the fact that the judge will tend to accept uncritically the decision of the machine could lead to a progressive thinning of the argumentative component of the decision<sup>35</sup>.

On the other hand, the judge could not even motivate the decision by reproducing the «reasoning» of the machine. In fact, being the latter based on analogies and statistical associations, it is unable to explain how it reached a

---

Constitución española de 1978, dir. by Óscar Alzaga Villaamil, Cortes Generales, 1996-1999, 403, according to which «La racionalidad y la razonabilidad del juicio de decisión constituyen elementos imprescindibles no sólo para garantizar un control endoprocesal de las resoluciones judiciales, sino también para medir la credibilidad ciudadana en la Administración de Justicia, para legitimar la actividad judicial y, finalmente, para satisfacer las expectativas sociales depositadas en la aplicación del derecho».

- 33 Nieva Fenoll and Taruffo also highlight a similar danger, underlining how impartiality, therefore the absence of prejudices of any kind, is an indispensable prerequisite for the evaluation of evidence, Nieva Fenoll & Taruffo, *La valoración de la prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, 175 ss. Also see Beriain, & Pérez Estrada, *La inteligencia artificial en el proceso penal español*, *op. cit.*, 551 according to which the free conviction of the judge in the evaluation of the evidence could be affected in a double sense: if the algorithm was not configured in an adequate form or had biases in its structure (which could well depend on the training data that are inserted in input and which could contain biases), the impartiality of the judge would be altered because his judgment would reproduce those prejudices. If, on the other hand, the machine had a high degree of reliability of the results, the impartiality of the judge would equally be affected because he would tend to conform his decisions to the result of the machine. In the sense that the increasing reliance on experts' opinions in general could lead to a loss of autonomy and independence of the judge in the appreciation of evidence, Quattrococo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal*, Springer, 2020, 94.
- 34 Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, *op. cit.*, 50.
- 35 Again, Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, *op. cit.* 102; Ubertis, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Sist. pen.*, 11<sup>th</sup> November 2020, 13. According to Contissa & Lasagni, *When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters*, *op. cit.*, 288, this would also have some negative repercussions on the right to an effective remedy.

certain result. Moreover, for the same reason, it is structurally different from the human reasoning, based on argumentation and inferences conducted according to the laws of causality<sup>36</sup>.

Given a similar scenario, some authors proposed to carry out the acquisition of the evidence based on the use in artificial intelligence through an expert evidence. This should consent a recovery of the rationality of the judgment and of the effective confrontation between the parties, providing the judge with the necessary tools to understand and estimate the result of the algorithm<sup>37</sup>. However, this solution does not appear to be conclusive.

To say that the acquisition of evidence with the aid of forms of artificial intelligence systematically requires the knowledge of an expert means to systematically deprive the judge of an incumbent — the evaluation of the evidence — that the procedural law entrusts solely and exclusively to him and for which scientific, technical and artistic skills should not be required as a default solution<sup>38</sup>. The point needs to be further explained.

By its very nature, the expert evidence is needed to compensate for the physiological lack, on the part of the judge, of specialized knowledge in fields of science other than the legal one. Exactly in this, therefore, the presence of the expert in the trial finds its *ratio* and its legitimacy: his knowledge does not overlap that of the judge because his role is not to apply the normal rules of experience (that any judge is supposed to handle). On the contrary, applying artificial intelligence algorithms to the evaluation of the reliability of the declarations collected within the trial would have exactly this effect:

---

36 Cotino Hueso, Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales, *Dilemata*, 2017, 24, 133 ss. Also see Bonsignore Fouquet, Sobre Inteligencia Artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación, *op. cit.*, 255, according to which if AI were to replace the human decision maker, it should be able to explain the reasons that have led to the decision and these reasons should also be significant for the people. Nieva Fenoll, Inteligencia artificial y proceso judicial, *op. cit.*, 28, who underlines that the legal reasoning is not always purely logical and does not only consist in the research of statistical analogy between a current case and one or more previous one, but also has a strikingly persuasive character.

37 Villamarín López, Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal, *op. cit.*, 111; Pérez Estrada, La inteligencia artificial como prueba, *op. cit.*, 1395. Contra, Quattrococo, Equità del processo penale e automated evidence, *op. cit.*, 122, who doubts that the use of an expert opinion could actually help the judge to better understand the functioning of the machine.

38 A similar position seems to be shared by a part of Spanish jurisprudence and doctrine with reference to traditional neuroscientific lie-detecting techniques. In jurisprudence, see, for example, ST, Sala de lo Penal, Sec. 1.ª, 1<sup>st</sup> February 2016, n.º 1008, according to which «se pretendería de ese modo sustituir la función de valoración de la prueba, incluida la credibilidad del acusado, competencia exclusiva y excluyente de jueces y tribunales»; ST, Sala de lo Penal, Sec. 1.ª, 29<sup>th</sup> September 2010, n.º 833. For the legal doctrine, see Hoyos Sancho, El libro blanco sobre inteligencia artificial, *op. cit.*, 23.

the expert evidence would have as its direct object the evaluation of the probative value of the declaration, so that first the artificial intelligence and then the expert would substantially replace the judge in the expression of skills and abilities that he should have and be able to use, without the need to delegate systematically such a function to third parties<sup>39</sup>.

With respect to this, it cannot even be objected that sometimes is the same procedural law to expressly provide for the possibility of acquiring the necessary evidences to evaluate the probative value of another evidence (what is normally called evidence over evidence<sup>40</sup>), as it happens both in Italian and Spanish criminal procedural law. I refer, for example, to art. 729.3 Lecrim — which allows the acquisition of evidence of any class in order to accredit circumstances that may affect the probative value of a witness's declaration — as well to art. 196 of *Codice di procedura penale*, which makes it possible to carry out checks on the witness in order to assess his ability to testify. On the contrary, it is precisely in these norms that what has just been said seems to find a formidable confirmation. Both rules, in fact, are formulated in such a way as to have a «limited» scope.

According to the rule provided for Spanish criminal procedural law, the possibility to acquire the evidence over the evidence in order to verify the credibility of a witness must be justified by specific «circumstances» concerning the case, which must be specifically indicated by the parties in order to obtain the admission of the evidence. On the other hand, the system does not contemplate a systematic and *a priori* recourse to probative acquisitions useful to assess the value of other evidence, being this possibility given only in presence of specific elements to doubt the credibility of a given witness. And the same conclusion should obviously concern as well an expert evidence aimed at assessing the credibility of a witness.

Even more interesting is the above-mentioned Italian procedural rule, which expressly provides for the case in which a scientific-technical assessment is necessary to verify the capability of a declarant to testify. From the formulation of the norm, it possible to infer that such an assessment can be carried out in the presence of circumstances that depend on pathological causes which, as such, could not be usefully ascertained by the judge, who does not have the necessary skills. Not only, therefore, does the Italian law not allow indiscriminate recourse to scientific proof to ascertain the value of a given declarative proof, but moreover it explicitly limits the use of the expert for the evaluation of the reliability of the witness to the case in which the judge does not have the necessary competence to carry out such an assessment.

---

39 For all, see Di Bitonto, *Neuroscienze e processo penale*, *op. cit.*, 754.

40 See generally, Gascon Inchausti, *El control de la fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, in *Ediciones Revista General de Derecho*, 1999, 142 ss. and 157.

## 5. Conclusions

After the proposal for a European Regulation of April 2021, the initial enthusiasm for the possible implementation of artificial intelligence techniques in law enforcement was followed by a general disenchantment due to the diffusion of many studies that questioned the reliability of AI techniques<sup>41</sup>. As regards specifically the techniques of lie-detecting based on biometrical detection of emotions, some studies commissioned among the European Union institutions have openly expressed their doubts regarding the respect of fundamental rights and, above all, the reliability of the results of these technologies<sup>42</sup>.

From this point of view, the proposal of a part of legal scholars to implement the use of AI systems in law enforcement under the condition that a «significant human intervention» is ensured does not seem decisive<sup>43</sup>. This would essentially mean subjecting the obtained evidence to corroboration through additional evidence to increase the reliability of the results and safeguard the autonomous assessment of the judge. Nonetheless, a similar solution does not seem so solid if only one thinks that the use of corroboration mechanisms makes sense insofar the result to corroborate is *per se* concretely verifiable<sup>44</sup>.

The same can be said about the solution mentioned from some legal scholars<sup>45</sup>, according to which the problems relating to the reliability of the machine's results could be solved with the creation of independent authorities in charge of certifying *a priori* the tools used by the algorithms. In fact, it would have the consequence of further releasing the responsibility of the judge with respect to the maintenance of his autonomy of judgement.

As already mentioned, however, the reliability of the results acquired through the use of biometric technique to detect emotions is a secondary problem. In light of the above considerations, it is possible to conclude

---

41 See European Parliament resolution of 6 October 2021 on artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters, available at [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_EN.html), that explicitly «calls for a ban on the use of AI and related technologies for proposing judicial decisions».

42 See AI Now Report 2021, 51, available at [https://ainowinstitute.org/AI\\_Now\\_2019\\_Report.pdf](https://ainowinstitute.org/AI_Now_2019_Report.pdf); Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Biometric Recognition and Behavioural Detection, cit., 82; EPRS, Person identification, human rights and ethical principles. Rethinking biometrics in the era of artificial intelligence, cit., 20 ss.

43 Uberty, Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo, *op. cit.*, 13; similarly, Canzio, Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale, in *Sist. pen.*, 8<sup>th</sup> January 2021, 4; Gialuz, Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa, in *Dir. pen. cont.*, 29<sup>th</sup> May 2019.

44 On this subject, see par. 3.

45 Gialuz, Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale, *op. cit.*, 13.



that even before the issue of scientific robustness of these tools, we must consider that the use of similar techniques is likely to impact on the «normal» conformation of some important procedural principles.

This commits interpreters to initiate a profound critical reflection on aspects that have so far remained in the shade of the academic debate on the use of artificial intelligence at trial, which are directly linked to the core characteristics of the criminal proceeding that we are used to know and study.

Ultimately, the question is what kind of justice we want and whether we are willing to downsize the role of the human judge in the perspective of making justice more efficient, but with the risk of altering the structural characteristics of criminal trial, starting from the idea that the only acceptable truth is the one built up through the dialectical confrontation of the parties, in front of an impartial and independent judge and with respect for fundamental rights.

## 6. Bibliography

**ARTICLE 19**, *Emotional Entanglement: China's emotion recognition market and its implications for human rights*, 2021

**BACHMAIER WINTER**, «Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de Norteamérica y Alemania», en *Jueces para la Democracia*, n.º 66

**BACHMAIER WINTER**, «Principio de intermediación y confrontation: paralelismos, diferencias y tendencias», en *Fundamentos de Derecho Probatorio*, eds. Ambos/Malarino, Tirant lo Blanch, 2019

**BELLAVISTA**, *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 1965

**BERIAIN & PÉREZ ESTRADA**, «La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados», en *Rev. Der. Uned*, 552. Also see Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, 2018

*Biometric Recognition and Behavioural Detection Assessing the ethical aspects of biometric recognition and behavioural detection techniques with a focus on their current and future use in public spaces*, study, commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs at the request of the JURI and PETI Committees, August 2021, available at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL\\_STU\(2021\)696968](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)696968)

**BONSIGNORE FOUQUET**, *Sobre Inteligencia Artificial, decisiones judiciales y vacíos de argumentación*, en *Teoría & Derecho. Rev. pens. Jur.*, 2021, n.º 29



- BUOLAMWINI, VICENTE ORDÓÑEZ, MORGENSTERN, & LEARNED-MILLER**, *Facial recognition technologies: a primer*, May 29, 2020, [https://global-uploads.webflow.com/5e027ca188c99e3515b404b7/5ed1002058516c11ed-c66a14\\_FRTsPrimerMay2020.pdf](https://global-uploads.webflow.com/5e027ca188c99e3515b404b7/5ed1002058516c11ed-c66a14_FRTsPrimerMay2020.pdf)
- CAIANIELLO**, «Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development», en *Eur. journ. crim., Criminal Law and Criminal Justice*, 2019
- CAMON**, «Le Prove», in VV.AA., *Fondamenti di procedura penale*, Cedam, 2021
- CANZIO**, «Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale», in *Sist. pen.*, 8<sup>th</sup> January 2021
- CHIARA**, «Atipicità e sistemi probatori: linee per una fenomenologia generale», in VV.AA., *Sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, edited by Militello & Spena, Giappichelli, 2018
- CONTISSA & LASAGNI**, «When it is (also) Algorithms and AI that decide on Criminal Matters: In Search of an Effective Remedy», in *European Journal Of Crime, Criminal Law And Criminal Justice*, 2020, vol. 28
- CORDERO**, *Procedura penale*, 9.º ed., Giuffrè, 2012
- COTINO HUESO**, *Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales*, Dilemata, 2017
- DI BITONTO**, *Neuroscienze e processo penale*, in *Prova scientifica e processo penale*, edited by Canzio & Luparia, Cedam, 2017
- DOMINIONI**, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, 2005
- EDPS-TECHDISPATCH # 1\_2021**, Facial Emotion Recognition, European Data Protection Supervisor
- EKMAN & FRIESEN**, *Unmasking the Face. A Guide to Recognizing Emotions from Facial Clues*, Malor Books Los Altos, CA, 2003
- EPRS**, *Person identification, human rights and ethical principles. Rethinking biometrics in the era of artificial intelligence*, available at [https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/EPRS\\_STU\(2021\)697191](https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/EPRS_STU(2021)697191)
- FELDMAN BARRETT, ADOLPHS, MARSELLA, MARTINEZ, POLLAK**, *Emotional Expressions Reconsidered: Challenges to Inferring Emotion From Human Facial Movements*, Psychol Sci Public Interest, 2019
- FERRAJOLI**, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, 3.º ed., Laterza, 1996

- FERRAJOLI**, «Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción», «Reforma Judicial», en *Rev. mex. Just.*, n.º 15-16, 2010
- FERRER BELTRÁN**, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, 2005
- FERRUA**, «Contraddittorio e verità nel processo penale», en *Studi sul processo penale. II. Anamorfosi del processo penale*, Giappichelli, 1992
- FERRUA**, *La prova nel processo penale*, Giappichelli, 2017
- GASCON INCHAUSTI**, «El control de la fiabilidad probatoria: "prueba sobre la prueba" en el proceso penal», en *Ediciones Revista General de Derecho*, 1999
- GIALUZ**, «Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa», en *Dir. pen. cont.*, 29<sup>th</sup> May 2019
- GREVI**, «Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche», en *Giur. cost.*, 1973
- GUTIÉRREZ-ALVIZ & VÍCTOR MORENO**, «Actuaciones judiciales, artículo 120», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. por ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL, *Cortes Generales*, 1996-1999
- HOYOS SANCHO**, «El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como "sector de riesgo"», en *Revista Española de Derecho Europeo*, 2021
- KO**, *A Brief Review of Facial Emotion Recognition Based on Visual Information*, Sensors (Basel, Switzerland), vol. 18,2 401. 30 January 2018
- MONTAÑÉS PARDO**, «Art. 120», en VV.AA., *Comentarios a la Constitución española, Tomo II*, en *Boletín Oficial del Estado, BOE*, 2018
- NERONI REZENDE**, «Facial recognition in police hands: Assessing the 'Clear-view case' from a European perspective», en *New Journal of European Criminal Law* 11(3)
- NIEVA FENOLL & TARUFFO**, *La valoración de la prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010
- NIEVA FENOLL**, «Neurociencia y juicio jurisdiccional: pasado y presente. ¿Futuro?», en *Civ. Proc. rev.*, vol. 7, n.º 3, 2016
- NUVOLONE**, «Le prove vietate nei paesi di diritto latino», en *Riv. dir. proc.*, 1966
- Parliament resolution of 6 October 2021 on artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters, available at [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_EN.html)

- PÉREZ ESTRADA**, «La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español», en *Rev. bras. dir. proc. pen.*, 2021, vol. 7, n.º 2
- POPPER**, *The logic of scientific discovery*, Basic Books, 1959
- QUATTROCOLO**, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal*, Springer, 2020
- QUATTROCOLO**, «Equità del processo penale e automated evidence alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo», en *Rev. italo-española der. proc.*, 2019, n.º 1
- QUATTROCOLO**, «Equo processo penale e sfide della società algoritmica», en *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.º 1, 2019
- REBOLLO VARGAS**, «Delitos contra la integridad moral», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 60, f. 1, 2007
- SABATINI**, «Poligrafo e libertà morale», en *Giust. pen.*, 1962, I, c. 9
- SCHUMANN BARRAGAN**, «La inteligencia artificial aplicada al proceso penal desde la perspectiva de la UE», VV. AA., *Investigación y proceso penal en el siglo XXI: nuevas tecnologías y protección de datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021
- SCHWARTZ**, «Don't look now: why you should be worried about machines reading your emotions», *The Guardian*, 2019, available at <https://www.theguardian.com/technology/2019/mar/06/facial-recognition-software-emotional-science>
- See AI Now Report 2021, available at [https://ainowinstitute.org/AI\\_Now\\_2019\\_Report.pdf](https://ainowinstitute.org/AI_Now_2019_Report.pdf)
- TARUFFO**, «Verità e prova nel processo», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, n.º 4
- UBERTIS**, «Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo», en *Sist. pen.*, 11<sup>th</sup> November 2020
- VADILLO RUIZ**, «El poder judicial: artículo 117», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. por ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL, Cortes Generales, 1996-1999
- VASSALLI**, «I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona», en *Riv. pen.*, 1972
- VIGORITI**, «Prove illecite e Costituzione», en *Riv. dir. proc.*, 1968
- VILLAMARÍN LÓPEZ**, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal: el Uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015





# CÓDIGOS COMENTADOS



LA  
EDITORIAL  
JURÍDICA  
DE  
REFERENCIA  
PARA LOS  
PROFESIONALES  
DEL  
DERECHO  
DESDE  
**1981**

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

[www.colex.es](http://www.colex.es)

Editorial Colex SL    Tel.: 910 600 164    [info@colex.es](mailto:info@colex.es)



# EL PROCESO EN TIEMPOS DE CAMBIO

## VII PROCESSULUS

La presente obra es fruto del *VII PROCESSULUS: ENCUENTRO DE JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO PROCESAL*, celebrado los días 19 y 20 de mayo de 2022 en la Universidad Miguel Hernández (previsto para 2020, pero aplazado por la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19). Este evento, que ya se ha organizado en ediciones anteriores en las Universidades de Salamanca, A Coruña, Santander, Cádiz y Cáceres, reúne anualmente a colegas nacionales e internacionales que se inician en la carrera académica dentro del ámbito del Derecho procesal.

La exposición pública de los trabajos seleccionados —moderados por reconocidos y consolidados procesalistas— y la reflexión sobre los mismos en el debate generado posteriormente ofrece la garantía de calidad de este libro, dirigido por la profesora ARRABAL PLATERO y coordinado por los profesores CONDE FUENTES y GARCÍA MOLINA. El lector encontrará en él estudios innovadores y rigurosos que giran en torno a los cuatro ejes temáticos del Congreso: los nuevos retos de la instrucción penal, eficacia, celeridad y resultados del proceso, los desafíos de la justicia en la sociedad digitalizada y cuestiones procesales actuales.

La edición y publicación de esta monografía se ha financiado con cargo al proyecto de investigación «RETOS Y RESPUESTAS DEL DERECHO PROCESAL (RRPROC)» concedido por el Vicerrectorado de investigación de la Universidad Miguel Hernández.

---

### DIRECCIÓN

Paloma Arrabal Platero

### COORDINACIÓN

Jesús Conde Fuentes y Pablo García Molina

### PRÓLOGO

Olga Fuentes Soriano

### AUTORES

Amara García Adán, Ana María Vicario Pérez, Andrea Jamardo Lorenzo, Ángel Santiago Tomás Pla, Antonio José Vélez Toro, Diana Marrero Guanche, Elisabet Cueto Santa Eugenia, Federico Bueno De Mata, Giulia Cascone, Irene Yáñez García-Bernalt, Isabel Micó Forte, Jaime Criado Enguix, Jéssica Naranjo Rodríguez, Jesús del Águila Martínez, Mario Neupavert Alzola, Máximo J. Pertusa Guillen, Nerea Yugueros Prieto, Paulo Ramón Suárez Xavier, Pedro Pablo Pulido Manuz, Sandra Jiménez Arroyo, Selena Tierno Barrios, Sonia Rebollo Revesado y Xénia Fuguet Carles.

ISBN: 978-84-1359-723-2



9 788413 597232