

Nº 3

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

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDUE

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



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
Nº 3**

Directora:

CORAL ARANGÜENA FANEGO
(Universidad de Valladolid)

Subdirectora:

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
(Universidad de Vigo)

Secretaria:

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
(Universidad de Valladolid)

tirant lo blanch

Valencia, 2021

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

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

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

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

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

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

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

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

ÍNDICE

REQUISITOS PROCESALES PARA LA ADMISIÓN DE RECURSOS DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS: PRINCIPALES CRITERIOS JURISPRU- DENCIALES	8
<i>FELIPE ALONSO MURILLO</i>	
O NOVO ESTATUTO DO MAIOR ACOMPANHADO NO SISTEMA PORTUGUÊS - ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS	79
<i>LURDES VARREGOSO MESQUITA</i>	
VÍCTIMAS VULNERABLES: ESPECIAL REFERENCIA AL ESTATUTO DEL MENOR A LA LUZ DE LA LO 8/2021 DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA	108
<i>ANA BELTRÁN MONTOLIU</i>	
EL ARBITRAJE MARÍTIMO EN LONDRES TRAS EL BREXIT	150
<i>LETICIA FONTESTAD PORTALÉS</i>	
LA ESTRUCTURA Y FASES DEL PROCESO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	188
<i>JULIO MUERZA ESPARZA</i>	
COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. PARTE GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. LA DETEN- CIÓN	226
<i>JOSÉ MARÍA ASECIO MELLADO</i>	
LA ORDEN DE PROTECCIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIA- MIENTO CRIMINAL	256
<i>RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES</i>	
EL ESTATUTO DE LA PERSONA ENCAUSADA EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM	291
<i>ALICIA ARMENGOT VILAPLANA</i>	

LAS PARTES ACUSADORAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE NOVIEMBRE DE 2020	330
<i>José MARTÍN PASTOR</i>	
EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA Y LAS PARTES CIVILES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	368
<i>RICARDO JUAN-SÁNCHEZ</i>	
LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	399
<i>MARIEN AGUILERA MORALES</i>	
EL PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	438
<i>ALICIA BERNARDO SAN JOSÉ</i>	
MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	491
<i>CORAL ARANGÜENA FANEGO</i>	

REQUISITOS PROCESALES PARA LA ADMISIÓN DE RECURSOS DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS: PRINCIPALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Procedural requirements for the admission of contentious-administrative casational appeals: main jurisprudential criteria

Felipe ALONSO MURILLO

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Valladolid.

Ex letrado coordinador en el Gabinete Técnico de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo
felipe.alonso@uva.es

SUMARIO: I. PROEMIO. II. ESCRITO DE PREPARACIÓN. 1. Forma. 1.1. Extensión máxima y otras condiciones extrínsecas. 1.2. Forma legalmente exigida. 2. Plazo. 3. Legitimación. 4. Contenido y estructura. 4.1. Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados. 4.1.1. Recurribilidad de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados. 4.1.2. Recurribilidad de los autos. 4.2. Identificar las normas o la jurisprudencia infringidas. 4.3. Acreditar la petición de subsanación de la falta o transgresión en la instancia, cuando la infracción determinante de indefensión verse sobre actos o garantías procesales. 4.4. Justificar que las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes del fallo. 4.5. Justificar que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del Derecho de la Unión Europea. 4.6. Fundamentar especialmente el interés casacional objetivo del recurso de casación y la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo. III. CIRCUNSTANCIAS DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO. 1. No enumeradas. 2. Enumeradas. 2.1. Contradicción con la doctrina de otros órganos jurisdiccionales. 2.2. Doctrina gravemente dañosa para el interés general. 2.3. Afección de un gran número de situaciones. 2.4. Improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad no esclarecida. 2.5. Errónea interpretación y aplicación de una doctrina constitucional. 2.6. Errónea interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea. 2.7. Resolución de un proceso en el que se impugnó una disposición general. 2.8. Resolución de un proceso en el que se impugnó un convenio entre administraciones públicas. 2.9. Resolución judicial dictada en un proceso especial de protección de derechos fundamentales. IV. PRESUNCIONES DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO. 1. Presunción *iuris et de iure*: apartamiento deliberado de la jurisprudencia existente por considerarla errónea. 2. Presunciones *iuris tantum*. 2.1. Inexistencia de jurisprudencia sobre

las normas aplicadas. 2.2. Declaración de nulidad de una disposición general. 2.3. Recursos contra actos o disposiciones de los órganos reguladores o de supervisión estatales competencia de la Audiencia Nacional. 2.4. Recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. V. TRÁMITE ANTE EL JUEZ O LA SALA *A QUO* Y ANTE LA SALA *AD QUEM*. 1. Trámite ante el Juez o la Sala *a quo*. 1.1. Auto que tenga por preparada la casación: emplazamiento ante el Tribunal Supremo y comparecencia. 1.2. Auto que tenga por no preparada la casación: recurso de queja. 2. Trámite ante la Sala *ad quem*. 2.1. Admisión del recurso de casación: auto. 2.2. Inadmisión del recurso de casación: providencia o auto y costas. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Resumen: Sólo el conocimiento de los criterios jurisprudenciales decantados sobre los requisitos procesales para la admisión a trámite de recursos de casación contencioso-administrativos permite efectuar una correcta valoración del modelo *sui generis* de *certionari* legalmente previsto, que vincula la admisión a la presencia de “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia”.

Cabe destacar que el legislador ha mantenido el trámite de preparación del recurso de casación contencioso-administrativo ante el Juzgado o la Sala *a quo*, lo que exacerba su acusado formalismo, además de alargar y entorpecer la decisión sobre la admisión o inadmisión del recurso que corresponde en último término al Tribunal Supremo.

Abstract: Only the knowledge of the jurisprudential criteria established on the procedural requirements to the admission for processing of contentious-administrative cassational appeals allows a correct assessment of the *sui generis certionari* model legally foreseen, which links the admission to the presence of ‘objective cassational interest for the formation of jurisprudence’.

It should be noted that the legislator has maintained the process of preparing the contentious-administrative cassational appeal before the Court or the Chamber *a quo*, which exacerbates its accused formalism, in addition to lengthening and hindering the decision on the admissibility or inadmissibility of the appeal, that ultimately corresponding to the Supreme Court.

Palabras clave: Recurso de casación contencioso-administrativo. Escrito de preparación. Interés casacional. Admisión a trámite. Requisitos procesales.

Keywords: Contentious-administrative cassational appeal. Writ of preparation. Cassational interest. Admission for processing. Procedural requirements.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

CE: Constitución española.

CENDOJ: Centro de Documentación Judicial.

ECLI: *European Case Law Identifier* (Identificador Europeo de Jurisprudencia).

FJ/FFJJ: Fundamento Jurídico/Fundamentos Jurídicos.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LOPJ:	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOTG:	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
ROJ:	Repositorio Oficial de Jurisprudencia.
RQ:	recurso de queja.
RC:	recurso de casación.
TC:	Tribunal Constitucional.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

I. PROEMIO

Los apartados uno y dos de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ, en adelante), dieron una nueva redacción a la Sección 3ª, “Recurso de casación”, y suprimieron las Secciones 4ª, “Recursos de casación para la unificación de doctrina”, y 5ª, “Recursos de casación en interés de la ley”, del Capítulo III, “Recursos contra resoluciones procesales”, del Título IV, “Procedimiento contencioso-administrativo”, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA, en lo sucesivo), con dos objetivos esenciales, como se lee en los párrafos penúltimo y último del apartado XII del Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ: el primero, “*intensificar las garantías de la protección de los derechos de los ciudadanos*”, “*reforza[ndo] el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho*”, y el segundo, “*que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica*”.

Es claro, por tanto, que la vigente regulación de este recurso extraordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa, que entró en vigor el 22 de julio de 2016, persigue potenciar la protección del ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo, y la consecución de la uniformidad en la interpretación y la aplicación judicial del Derecho (*ius constitutionis*), otorgándole una mayor prevalencia de la que ya tenía sobre la protección de los derechos e intereses de los litigantes, es decir, sobre el Derecho subjetivo (*ius litigatoris*)¹. Dicho de otro modo, como atinadamente sostiene HUELIN MARTÍNEZ DE

¹ Sin perjuicio de que, como certeramente observa RUIZ LÓPEZ, M.A.: “*tradicionalmente la casación ha respondido a la defensa del ius constitutionis mediante la protección o salvaguardia de la norma (función nomofiláctica) y mediante la propensión a la unidad en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico para lograr su unidad (función uniformadora). La defensa del derecho y del interés de los justiciables (ius litigatoris) se ha contemplado como meramente instrumental en la consecución*”

VELASCO (2017), “*tienen derecho al recurso de casación y pueden acceder al Tribunal Supremo, que ha de suministrarles una respuesta razonada y fundada en Derecho (ius litigatoris), quienes, al ejercitar sus pretensiones, facilitan la labor nomofiláctica y unificadora de la jurisprudencia (ius constitutionis)*”².

La “*especial trascendencia constitucional*”, que determina la admisibilidad de los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional ex artículo 50.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional³ [LOTC, en lo sucesivo], y el “*interés casacional*”, que determina la admisión a trámite de los recursos de casación civil ex artículo 477.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante)⁴, constituyen los antecedentes más cercanos en el ordenamiento

de aquel otro objetivo”. Véase, *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 97, nota a pie 97.

² HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: “La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 24, 2017, p. 6.

³ El artículo 50 de la LOTC dispone: “1. *El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49. b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. 2. Cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución. 3. Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna. 4. Cuando en la demanda de amparo concurren uno o varios defectos de naturaleza subsanable, se procederá en la forma prevista en el artículo 49.4; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno*”.

⁴ El artículo 477 de la LEC establece: “1. *El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. 2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: 1º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional. 3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente*”.

jurídico español al “*interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia*” exigido en su vigente regulación para la admisión a trámite del recurso de casación contencioso-administrativo.

Esta configuración legal de la casación, que ha dejado de ser un sistema reglado para convertirse formalmente en un sistema parcialmente reglado o parcialmente discrecional según se mire⁵, y funcionar materialmente como un sistema discrecional, a la vista de cómo ha sido aplicado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, no sería problemática, desde el punto de vista del autor de este trabajo⁶, si realmente evitara que este recurso extraordinario se convierta en una “*tercera instancia*”, como el legislador afirma, puesto que esa hipotética posibilidad supondría la existencia de dos instancias jurisdiccionales previas, pero esto no es así siempre. No le faltaba razón a TORRES-FERNÁNDEZ NIETO (2016) al sostener que “[l]a nueva regulación configura un sistema desequilibrado en el que, inmensas parcelas del ordenamiento jurídico, muy relevantes, se van a resolver en una sola instancia, mientras que otros casos, no tan relevantes, pueden tener hasta tres sentencias”⁷. Tempranamente advirtieron QUINTANA CARRETERO, CASTILLO BADAL y ESCRIBANO TESTAUT (2016) que “[l]a coherencia del sistema habría sido mucho mayor si junto a la regulación del nuevo recurso de casación volcado en el “*interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia*” [...] se hubiera abordado una reforma de la estructura de la Jurisdicción que permitiera la apelación de las sentencias dictadas por los órganos inferiores del Orden contencioso-administrativo”⁸.

El problema apuntado no era meramente teórico sino práctico y de difícil solución —no parece que haya otra mejor que la pertinente reforma legislativa—, si se entendiera necesaria una doble instancia jurisdiccional

⁵ Esta calificación le otorga, por ejemplo, HUALDE LÓPEZ, I.: “El *certionari* norteamericano como inspiración de la reforma”, en la obra colectiva coordinada por CAZORLA PRIETO, L.Mª., y CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., *Estudios sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 226.

⁶ Esta posición en absoluto es unánime en la doctrina, por ejemplo, DELGADO PIQUERAS, F., entiende que “[s]i ya de por sí la legislación sustantiva está cada vez más plagada de prerrogativas a favor de los poderes públicos, la reforma que comentamos acentúa una jurisdicción contencioso-administrativa al gusto de los gobernantes, puesto que el interés casacional se inclina hacia esa perspectiva”. Véase su trabajo “Luces y sombras de la reforma del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa”, dentro del libro homenaje al Profesor Tomás de la Cuadra-Salcedo Fernández del Castillo, coordinado por PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 751.

⁷ “Régimen legal de la admisión e inadmisión en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”. Fuente: <http://www.abogacia.es/2016/04/22/regimen-legal-de-la-admision-e-inadmision-en-el-nuevo-recurso-de-casacion-contencioso-administrativo/>

⁸ *Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 159.

contencioso-administrativa para enjuiciar las sanciones administrativas por infracciones administrativas graves, que es precisamente lo que ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la reciente sentencia de 30 de junio de 2020, *Asunto Saquetti Iglesias versus España*, al exigir la aplicación de la garantía del doble grado de revisión jurisdiccional, prevista en el artículo 2 del Protocolo nº 7 anejo al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁹, frente a las sanciones administrativas que por su gravedad merecen el calificativo de penales a los efectos del artículo 6, “*Derecho a un proceso equitativo*”, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹⁰.

En autos de 18 de marzo de 2021 (RC 8158/2020, ES:TS:2021:2906A) y 15 de abril de 2021 (RRC 8159/2020; ES:TS:2021:4695A, y 8156/2020; ES:TS:2021:4678A), la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha admitido ya tres recursos de casación para dilucidar la siguiente cuestión con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia: “*determinar la eventual incidencia de la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2020, en el asunto Saquetti Iglesias c. España (Demanda nº 50514/13) —sobre la exigencia de una doble instancia de revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas graves— en el vigente sistema de recursos contencioso-administrativos, cuando, como aquí acaece [...], corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer su enjuiciamiento en única instancia*”.

No hay duda, por tanto, de la necesidad de matizar el primero de los cuatro criterios que a continuación se mencionan, consolidados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con sustento en la doctrina del Tribunal Constitucional¹¹ y con incidencia en el tema objeto de estudio:

⁹ Artículo 2. *Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal*. “1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución”.

¹⁰ Véanse los trabajos de COBREROS MENDEZONA, E., “El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 118, pp. 46 y 47, y LOZANO CUTANDA, B.: “La sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, nº 213, pp. 205 a 207.

¹¹ Confróntense, en particular, las sentencias del Tribunal Constitucional 7/2015, de 22 de enero (ES:TC:2015:7), FFJJ 2.A) y 3, y 120/2002, de 20 de mayo (ES:TC:2002:120), FJ 2.

Primero. En materia contencioso-administrativa no existe un derecho constitucional a la doble instancia *ex artículo 24 de la Constitución Española* (CE, en lo sucesivo)¹².

Segundo. El principio *pro actione* no exige la existencia de recursos devolutivos en este orden jurisdiccional ni tampoco impone el resultado hermenéutico más favorable a la admisión en la interpretación del régimen legal del recurso de casación.

Tercero. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE no impide que un recurso de casación se inadmita por aplicación de alguna de las causas de inadmisión legalmente previstas.

Cuarto. Los requisitos de acceso al recurso de casación son aspectos de legalidad ordinaria cuya elucidación corresponde esencialmente al propio Tribunal Supremo.

Valgan los criterios expuestos para evidenciar la importancia de conocer la doctrina de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sobre los requisitos procesales para la admisión a trámite de los recursos de casación.

El objetivo principal de este trabajo es precisamente ese: dar a conocer al lector una visión completa e integrada del procedimiento de admisión de los recursos de casación contencioso-administrativos, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, con una selección de aquellos pronunciamientos más relevantes que la sustentan.

¹² Recuérdese el tenor literal de los artículos 10.2 [*“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*], y 24 [*“1. 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. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”*] CE, así como el del artículo 5 bis LOPJ [*“Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”*].

II. ESCRITO DE PREPARACIÓN

La vigente regulación del recurso de casación contencioso-administrativo ha mantenido y potenciado la fase de preparación ante el Juez o la Sala *a quo*.

El mantenimiento de esta fase de preparación fue duramente criticado por la doctrina administrativista nada más aprobarse la reforma. A título de ejemplo, FERNÁNDEZ FARRERES (2015) consideró que *“se ha conservado un trámite que bien podría haber sido suprimido, [...] por cuanto sólo sirve para alargar la decisión final sobre la admisión del recurso, lo que no se compadece con la eficiencia pretendida, y constituye exclusivamente un obstáculo más que sólo parece alimentar la ilusión de que disuadirá a quienes pretendan recurrir”*¹³; y, en el mismo sentido pero con mayor contundencia, SANTAMARÍA PASTOR (2015) afirmó que *“el mantenimiento que la reforma hace del trámite de preparación del recurso, así como su contenido, han de calificarse sencillamente de incomprensibles”*, pues *“supone un esfuerzo doblemente inútil: primero, porque priva prácticamente de sentido al posterior escrito de interposición del recurso [...] Y segundo, porque es perfectamente innecesario obligar a los recurrentes a confeccionar un escrito lleno de una larga y minuciosa serie de requisitos formales (la mayor parte de ellos, obvios), con el objeto de propiciar la inadmisión en los casos de ausencia o error, cuando la admisión a trámite del recurso viene a ser, en virtud del certiorari, una decisión prácticamente libre de la Sala”*¹⁴.

Ciertamente, la utilidad práctica de la fase de preparación resulta discutible, no lo sería tanto si sirviera para recabar, en todo caso, la fundada opinión del Juez o la Sala *a quo* sobre el interés casacional del recurso de casación para la formación de la jurisprudencia (aunque ni siquiera así sería imprescindible, porque siempre se podría obligar al recurrente a comunicar al Juez o la Sala *a quo* la interposición del recurso de casación, acompañando copia del correspondiente escrito, para que pudiera emitir su opinión sobre el interés casacional del recurso de casación¹⁵), pero tampoco sirve

¹³ “Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación ‘para la formación de la jurisprudencia’”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 174, octubre-diciembre 2015, p. 9 (consultada en formato electrónico).

¹⁴ “Una primera aproximación al nuevo sistema casacional”, *Revista de Administración Pública*, nº 198, septiembre-diciembre de 2015, p. 25.

¹⁵ En el modelo de casación sugerido en el “Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el anteproyecto de 4 de abril de 2014 de la LOPJ”, que prescindía del trámite de preparación, se sugería incluir un precepto que *“dispusiera: ‘Al interponerlo, el recurrente acreditará que comunicó la interposición del recurso al órgano jurisdiccional que dictó la sentencia recurrida y que, al hacerlo, acompañó copia del escrito de interposición. Recibida ésta, dicho órgano jurisdiccional, si lo entiende*

a tal fin¹⁶. Sea como fuere, transcurridos casi cinco años desde la entrada en vigor la reforma, el recurso de casación contencioso-administrativo sigue conservando el trámite de preparación ante el Juez o la Sala *a quo*¹⁷, con carácter general, lo que exacerba su acusado formalismo, además de alargar y entorpecer la decisión sobre la admisión o inadmisión del recurso que corresponde en último término al Tribunal Supremo, por más que sea una suerte de “freno procesal” a la “desmedida” utilización de este recurso extraordinario, aunque, como bien sostiene ÁLVAREZ MENÉNDEZ (2018), “*la eliminación de la fase de preparación no supondría una gran carga adicional de trabajo para nuestro Tribunal Supremo, pues [...] este termina comprobando el buen hacer del órgano a quo en la denegación de la preparación a través del recurso de queja*”¹⁸, lo que se constata al verificar que una buena parte de los criterios jurisprudenciales decantados por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se encuentran en autos que resuelven recursos de queja. En definitiva, la corrección de la “desmedida” utilización de recurso de casación sería más eficaz con la generalización de la segunda instancia en este orden jurisdiccional, porque lo que no procede en ningún caso, como atinadamente observa BERBEROV AYUDA (2017), “*es convertir el recurso de casación en un remedio o antídoto para superar las ineficiencias del sistema y poder ofrecer así, “segunda opinión”, en este caso, desde el propio Tribunal Supremo*”¹⁹.

Buena prueba de que la desaparición del trámite de preparación resulta posible es el nuevo artículo 87 *ter* LJCA, introducido por el artículo 15.3

oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de la jurisprudencia, que se remitirá a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de veinte días a contar desde aquella comunicación”. Fuente: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Informe-del-Tribunal-Supremo-al-Anteproyecto-de-LOPJ> Véase su p. 29.

¹⁶ Tal y como dije en ALONSO MURILLO, F.: *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en materia tributaria*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Monografía nº 9, Madrid, diciembre de 2016, pp. 80 y 81.

¹⁷ Desgraciadamente no se ha cumplido, al menos de momento, el siguiente augurio de RUIZ LÓPEZ (2016): “[p]uede que en el futuro el legislador opte por suprimir este trámite, tan innecesario como perturbador, pues nada más contrario a la eficiencia que proclama el legislador que el retorno a un formalismo rancio, absolutamente injustificado, en la interpretación restrictiva de los requisitos procesales; máxime considerando que la pieza central de la nueva casación es el interés casacional, al que debería subordinarse la efectividad de la tutela judicial”. Véase, RUIZ LÓPEZ, M.A.: *La reforma de la casación contencioso-administrativa*, ob. cit., p. 76.

¹⁸ ÁLVAREZ MENÉNDEZ, E.: *El recurso de casación en materia tributaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, p. 503.

¹⁹ BERBEROV AYUDA, D.T.: “El Tribunal Supremo y la nueva casación contencioso-administrativa: desafíos y retos ante el nuevo escenario legal, procesal y gubernativo”, en la obra colectiva coordinada por CAZORLA PRIETO, L.M^a., y CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., *Estudios sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 329.

del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 [“RD-ley 8/2021”, en adelante], que lo elimina cuando se trate de recursos de casación contra los autos incluidos en el artículo 87.1 *bis* LJCA, precepto este último introducido por el artículo 15.1 del mismo RD-ley 8/2021. Del contenido de esta reforma se dará breve cuenta al examinar la recurribilidad de los autos en el subapartado 4.1.2 de este mismo apartado del trabajo.

Sobre la importancia que tiene el escrito de preparación en la vigente regulación del recurso de casación contencioso-administrativo se puede decir, parafraseando a MEDIAVILLA CABO (2017), que *“los recurrentes deben, valga la expresión, utilizar toda su artillería argumental, desde el inicio en este escrito sin guardarse nada en la chistera para reservarlo al escrito de interposición. Superar la fase de admisión, tanto ante el órgano jurisdiccional de instancia como ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, va a depender exclusivamente del escrito de preparación por lo que el recurrente debe ser extremadamente cauteloso a la hora de su formalización, cumpliendo todos los requisitos legalmente contemplados para el mismo”*²⁰.

En el análisis que se va a realizar del escrito de preparación, cuya regulación legal se encuentra en el artículo 89 LJCA, conviene diferenciar la forma que ha de tener, el plazo para formalizarlo y presentarlo, los legitimados para hacerlo, el contenido propio de dicho escrito y la estructura a la que debe responder.

1. FORMA

A la forma legalmente exigida para este escrito procesal por el artículo 89.2 LJCA se añade la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas determinadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, al amparo del artículo 87 *bis*.3 LJCA.

²⁰ MEDIAVILLA CABO, J.V.: “Los escritos de preparación e interposición del recurso de casación. Visión del recurrente”, dentro del libro colectivo coordinado por NAVARRO VEGA, M^a.B., *Recientes reformas de la jurisdicción contencioso-administrativa. El recurso de casación y la ejecución de las sentencias de derribo*, XV Curso sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 80.

1.1. Extensión máxima y otras condiciones extrínsecas

En uso de la habilitación conferida por el artículo 87 bis.3 LJCA²¹, dicha Sala de Gobierno adoptó el 20 de abril de 2016 un acuerdo sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo²², que no sólo afecta al escrito de interposición del recurso de casación y al escrito de oposición a la casación interpuesta, pues también afecta al escrito de preparación y al escrito de oposición a la admisión a trámite de la casación preparada.

Todas las instrucciones y recomendaciones acordadas tienen una doble finalidad, según confiesa la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en dicho acuerdo: (i) facilitar la lectura, análisis y decisión por parte de la Sala Tercera de los escritos que se le presenten, y (ii) establecer una estructura y formato uniformes con vistas a su presentación telemática o a su posterior tratamiento digital, permitiendo una rápida localización del propósito del escrito y de los datos de identificación necesarios.

No es criticable, *per se*, que el acuerdo se extienda a otros escritos procesales distintos del escrito de interposición y del escrito de oposición a los que explícitamente alude el artículo 87 bis.3 LJCA, siempre que, como así se ha hecho, las reglas referidas a esos dos y las referidas a los demás escritos procesales tengan una distinta eficacia jurídica; de ahí que en el acuerdo de la Sala de Gobierno se diferencien las “normas”, que rigen los escritos de interposición y de oposición, de los “criterios orientadores”, que orientan los demás escritos procesales.

En cualquier caso, resulta indudable que el rigorismo formal que la regulación legal impone a los escritos procesales en el recurso de casación contencioso-administrativo se incrementa con estas previsiones y recomendaciones, pero de ahí a defender que vulneran el derecho a la defensa va un trecho, si se interpreta que su eventual incumplimiento será subsanable, conforme a lo dispuesto en el artículo 138 LJCA²³, para los escritos

²¹ “La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el “Boletín Oficial del Estado”, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación”.

²² Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Boletín Oficial del Estado de 6 de julio de 2016, Sección III, p. 47.539.

²³ “1. Cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente Ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime per-

de interposición y de oposición a la casación interpuesta, e inocuo, por más que no sea recomendable, para los escritos de preparación del recurso y de oposición a su admisión, como así se ha hecho.

Los escritos de preparación y de oposición a la admisión del recurso de casación preparado, conforme a dicho acuerdo de la Sala de Gobierno, deben tener una extensión máxima de 35.000 “*caracteres con espacio*”, equivalente a 15 folios escritos solo por una cara (anverso), y el formato de esos escritos y la carátula informativa que debe precederles serán las previstas para los escritos de interposición y oposición, respectivamente, con los mínimos ajustes por tratarse de un trámite procesal previo.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Alto Tribunal ha mantenido sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas del escrito de preparación lo que sigue: por un lado, que la ausencia de carátula no supone un vicio sustancial, porque se trata de una mera recomendación y constituye un simple defecto de forma subsanable, conforme al artículo 138 LJCA²⁴; y, por otro lado, que como son criterios orientadores, no cabe anudar a su incumplimiento la denegación del trámite que les da contenido, menos aún si no se concede la posibilidad de subsanación, conforme al artículo 138 LJCA²⁵, de modo que el hecho de que la parte que anuncia el recurso de casación no los siga no puede dar lugar, por sí sólo, a la denegación de la preparación²⁶.

Lógicamente, si la extensión máxima y las otras condiciones extrínsecas previstas en el acuerdo de la Sala de Gobierno no tienen carácter vinculante, nada impide a la parte sobrepasar la extensión recomendada para el escrito de preparación, cuando las circunstancias del caso lo exijan²⁷.

tinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. 2. Cuando el Juzgado o Tribunal de oficio aprecie la existencia de algún defecto subsanable, el Secretario judicial dictará diligencia de ordenación en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia. 3. Sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto”.

²⁴ Autos del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2017 (RQ 255/2017; ES:TS:2017:5973A) y 4 de julio de 2017 (RQ 301/2017; ES:TS:2017:6869A).

²⁵ Autos del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2017 (RQ 445/2017; ES:TS:2017:10653A) y 4 de julio de 2017 (RQ 301/2017).

²⁶ Auto del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2018 (RQ 589/2017; ES:TS:2018:4992A).

²⁷ Véanse, entre otros, los autos del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2019 (RQ 135/2019; ES:TS:2019:4570A), 7 de febrero de 2020 (RQ 570/2019; ES:TS:2020:1371A) o 28 de septiembre de 2020 (RC 1630/2020; ES:TS:2020:7738A).

1.2. Forma legalmente exigida

La forma legalmente exigida para el escrito de preparación deriva de la literalidad del artículo 89.2 LJCA, precepto que impone un rígido formalismo; a saber:

“El escrito de preparación deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan:

- a) Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna.*
- b) Identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas.*
- c) Acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello.*
- d) Justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir.*
- e) Justificar, en el caso de que ésta hubiera sido dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.*
- f) Especialmente, fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo”.*

Son muy numerosos los autos que confirman en queja la denegación de la preparación por incumplimiento de los requisitos formales del escrito de preparación tan claramente establecidos por el legislador²⁸, y, en particular, por el incumplimiento de la letra f) del artículo 89.2 LJCA²⁹.

Casuísticamente la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo puede aceptar que alguno de los seis apartados legalmente exigidos se entienda cumplimentado, incluso si no consta de forma separada, cuando el contenido íntegro del escrito de preparación ponga de manifiesto claramente su existencia³⁰, pero ese “atemperamiento” del rigor formal legalmente exigido al escrito de preparación no puede su-

²⁸ Autos del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2018 (RQ 301/2018; ES:TS:2018:13108A), 5 de marzo de 2021 (RQ 33/2021; ES:TS:2021:2726A) o 17 de marzo de 2021 (RQ 284/2020; ES:TS:2021:3697A), por poner sólo tres ejemplos.

²⁹ Autos del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 (RQ 261/2020; ES:TS:2020:8067A) o 7 de febrero de 2020 (RQ 570/2019), entre los recientes.

³⁰ Véanse los autos del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2017 (RRQ 195/2017; ES:TS:2017:12551A, y 339/2017; ES:TS:2017:12552A)], 18 de junio de 2018 (RQ 130/2017; ES:TS:2018:6827A) y 2 de noviembre de 2018 (RQ 251/2018; ES:TS:2018:11943A), entre otros.

poner su “reconstrucción”, supliendo la deficiente técnica procesal de quien anunció el recurso de casación³¹.

El Juez o la Sala *a quo* puede y debe tener por no preparada la casación, si el escrito de preparación obvia la estructura exigida por el artículo 89.2 LJCA³² o, si la sigue, pero entremezclando confusamente consideraciones incluíbles en los distintos apartados legalmente requeridos³³.

2. PLAZO

El artículo 89.1 LJCA establece que “*el recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre*”.

Conviene recordar: (i) que las solicitudes de aclaración, rectificación, subsanación o complemento de la resolución judicial recurrida paralizan el cómputo del plazo para el recurso que sea procedente, siempre que dicho plazo no hubiera expirado cuando se formalizó la solicitud, plazo en este caso de preparación de la casación que se comenzará a contar desde el inicio una vez que se resuelvan tales solicitudes³⁴; (ii) que la errónea indicación por el Juez o la Sala *a quo* del recurso procedente o del plazo para su formulación no debe perjudicar a la parte recurrente³⁵, y, en fin, (iii) que la

³¹ Autos de 20 de febrero de 2018 (RQ 493/2017; ES:TS:2018:2287A) y 1 de octubre de 2018 (RQ 201/2018; ES:TS:2018:10275A), por ejemplo.

³² Auto del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2018 (RQ 435/2018; ES:TS:2018:12342A), por ejemplo.

³³ Auto del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2018 (RQ 397/2018; ES:TS:2018:13102A), verbigracia.

³⁴ Así se desprende, tanto del artículo 267.9 LOPJ [*“Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento y, en todo caso, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto o decreto que reconociera o negase la omisión del pronunciamiento y acordase o denegara remediarla”*], como del artículo 215.5 LEC [*“No cabrá recurso alguno contra los autos o decretos en que se completen o se deniegue completar las resoluciones a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia, auto o decreto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del Tribunal o Letrado de la Administración de Justicia. Los plazos para estos recursos, si fueren procedentes, se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, continuando el cómputo desde el día siguiente a la notificación de la resolución que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla”*], que resulta de aplicación en la jurisdicción contencioso-administrativa con carácter supletorio conforme a lo establecido en la disposición final primera LJCA [*“En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil”*].

³⁵ Como se lee, por ejemplo, en el FJ 4 de la sentencia del Tribunal Constitucional 47/2014, de 7 de abril (ES:TC:2014:47): *“en relación con los errores inducidos por los órganos judiciales, dijimos en la STC 241/2006, de 20 de julio, FJ 3, respecto de la instrucción de recursos, que “la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales, dada la auctoritas que corresponde a quien la hizo constar (STC 26/1991, de 11 de febrero, FJ 1), es susceptible de inducir a un error a la*

ausencia del denominado “*pie de recurso*” no libera al recurrente de promover en tiempo y forma el que sea procedente³⁶.

Si el escrito de preparación no se presenta en el plazo previsto, el artículo 89.3 LJCA dispone que “*la sentencia o auto quedará firme, declarándolo así el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. Contra esta decisión sólo cabrá el recurso de revisión regulado en el artículo 102 bis de esta Ley*”. El auto que resuelva dicho recurso de revisión no será recurrible en casación, porque esta categoría de autos no está entre las contempladas en el artículo 87 LJCA.

El plazo del artículo 89.1 LJCA es un plazo de caducidad, que no es susceptible de interrupción ni de rehabilitación, y su incumplimiento tampoco puede ser subsanado por mor de lo dispuesto en el artículo 128.1 LJCA³⁷, salvo en casos de fuerza mayor ex artículo 134 LEC³⁸, precepto aplicable supletoriamente en la jurisdicción contencioso-administrativa³⁹.

El escrito de preparación se debe presentar ante el Juez o la Sala *a quo* que dictó la sentencia o el auto que se pretende recurrir. La presentación errónea del escrito de preparación ante el Tribunal Supremo y la posterior presentación extemporánea ante el Juez o Sala *a quo* no excluye la extemporaneidad, porque, “*según doctrina jurisprudencial constante la presentación extemporánea de un escrito de parte, como este que ahora nos ocupa, ante el Tribunal competente,*

parte litigante, que hay que considerar en todo caso excusable ‘dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial’ (SSTC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 2; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 3), pues ‘si la oficina judicial [ha] ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables... el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia’ (ibidem)”.

³⁶ Como se lee, verbigracia, en el FJ 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional 175/2014, de 3 de noviembre (ES:TC:2014:174): “*es doctrina de este Tribunal que la omisión de la llamada instrucción de recursos “no supone necesariamente vulneración de derechos fundamentales” (STC 160/2009, de 29 de junio, FJ 2), pues la simple omisión de la instrucción, a diferencia de la instrucción errónea, “al ser fácilmente detectable debe producir normalmente la puesta en marcha de los mecanismos ordinarios para que sea suplida por la propia diligencia procesal de la parte, especialmente si tiene asistencia letrada” (STC 160/2009, FJ 2)*”.

³⁷ “*Los plazos son improrrogables, y una vez transcurridos el Secretario judicial correspondiente tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. No obstante, se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique la resolución, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos*”.

³⁸ “*1. Los plazos establecidos en esta Ley son improrrogables. 2. Podrán, no obstante, interrumpirse los plazos y demorarse los términos en caso de fuerza mayor que impida cumplirlos, reanudándose su cómputo en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la interrupción o demora. La concurrencia de fuerza mayor habrá de ser apreciada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto, de oficio o a instancia de la parte que la sufrió, con audiencia de las demás. Contra este decreto podrá interponerse recurso de revisión que producirá efectos suspensivos*”.

³⁹ Autos del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2018 (RQ 697/2017; ES:TS:2018:2555A) o 29 de octubre de 2018 (RQ 374/2018; ES:TS:2018:11320A).

*no deja de ser eso, extemporánea, por mucho que, por error de la propia parte, antes se hubiese presentado el mismo escrito en tiempo en otro órgano judicial distinto del competente; dado que el plazo es de caducidad y por tanto no resulta susceptible de interrupción o rehabilitación, salvo en circunstancias excepcionales que aquí no concurren (pues la presentación del escrito de preparación ante órgano judicial inadecuado por incompetente se debió únicamente a la falta de diligencia de la parte recurrente)*⁴⁰.

Pueden coexistir la preparación de la casación estatal ante el Tribunal Supremo y de la casación autonómica ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente⁴¹, puesto que no es descartable que una resolución judicial recurrible pueda incurrir tanto en infracciones del Derecho estatal o del Derecho de la Unión Europea como en infracciones del Derecho autonómico, lo que ha de ser tenido en cuenta a la hora de prepararlos en el plazo legalmente previsto.

Con carácter general, si la decisión que pudiera adoptar el Tribunal Supremo en la casación “estatal” condiciona la casación “autonómica”, se suspenderá la tramitación de la “autonómica” hasta que exista un pronunciamiento firme del Tribunal Supremo; en otro caso, se dará preferencia a la tramitación de la casación “autonómica”. La determinación de cuándo concurre esta conexión y el alcance de la misma es una decisión que dependerá de las circunstancias de cada caso, y son la parte recurrente y el tribunal *a quo* los que, al conocer mejor la cuestión debatida en el litigio de instancia y la planteada en casación, se encuentran en condiciones de establecer ese juicio con mayor fundamento. Por ello, el recurrente ha de reflejar en el escrito de preparación cuál es su pretensión concreta respecto de la preferen-

⁴⁰ Autos del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2017 (RQ 308/2017; ES:TS:2017:9538A) y 18/04/2018 (RC 71/2016; ES:TS:2018:4132A), por ejemplo.

⁴¹ No estorba subrayar que la insuficiente y descuidada regulación del vigente recurso de casación autonómico ha permitido cuestionar incluso su propia existencia, así como también las resoluciones judiciales recurribles o la composición de la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia encargado legalmente de su resolución, dando lugar a un número relevante de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que han venido a ratificar la existencia del recurso de casación autonómico, la constitucionalidad de la composición de la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo encargada legalmente de su resolución, la aplicabilidad supletoria de la paralela regulación del recurso de casación estatal y la recurribilidad de las mismas resoluciones judiciales recurribles en el recurso de casación estatal, respetando lógicamente el ámbito competencial del correspondiente Tribunal Superior de Justicia. Véanse: el auto 41/2018, de 16 de abril (ES:TC:2018:41A); la sentencia 128/2018, de 29 de noviembre (ES:TC:2018:128), cuyo criterio reiteran las sentencias 18/2019 (ES:TC:2019:18), de 11 de febrero, y 26/2019, de 25 de febrero (ES:TC:2019:26), y, finalmente, las sentencias 98/2020 (ES:TC:2020:98) y 99/2020 (ES:TC:2020:99), de 22 de julio, que matizan el criterio sentado en el auto 41/2018 y cuyo criterio reiteran las sentencias 106/2020 (ES:TC:2020:106), 107/2020 (ES:TC:2020:107), 108/2020 (ES:TC:2020:108) y 109/2020 (ES:TC:2020:109), de 21 de septiembre, 136/2020, de 6 de octubre (ES:TC:2020:136) y 144/2020, de 19 de octubre (ES:TC:2020:144).

te tramitación de uno u otro recurso de casación, pero es el tribunal *a quo*, que dictó la resolución judicial recurrida, al que le corresponde resolver, y si esa decisión supone la suspensión del “estatal” será recurrible en queja ante el Tribunal Supremo⁴².

En auto del 29 de abril de 2019 (RQ 97/2019; ES:TS:2019:4572A), la Sección Primera ratificó que el recurso de casación estatal y el recurso de casación autonómico pueden coexistir, pero advirtió de que no se pueden promover a la vez en el mismo escrito, sino que se han de articular de forma separada, esto es, en escritos distintos, al ser diferentes el órgano judicial encargado de su respectiva resolución y el Derecho concernido en cada uno. Sin embargo, en auto de 22 de enero de 2021 (RQ 491/2020; ES:TS:2021:709A) la Sección Primera ha matizado esa doctrina excesivamente formalista, como sigue: *“Puede incluso admitirse la posibilidad de articular ambos recursos en unidad de acto y en el mismo escrito, ahora bien, siempre y cuando quede perfectamente clarificado y delimitado, formal y materialmente, uno y otro cauce impugnatorio, de manera que a través de la lectura del documento de la parte quede evidenciado sin margen para la duda lo que es el recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, por un lado, y lo que es el recurso de casación autonómico, por otro. En cambio, resulta procesalmente inaceptable entremezclar en el mismo escrito preparatorio consideraciones relativas a uno y otro recurso, sin distinguir formal y sustantivamente, con toda claridad, una y otra esfera, ni razonar con la debida separación conceptual uno y otro ámbito”*.

3. LEGITIMACIÓN

No existe una noción de legitimación casacional distinta o autónoma de la legitimación regulada en los artículos 19 y siguientes LJCA para la relación jurídico-procesal de instancia. Están habilitados para preparar recurso de casación, *“quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido”* (artículo 89.1 LJCA).

Tal y como interpretó la jurisprudencia con la regulación del recurso de casación pre-vigente, quienes se personen tardíamente en el proceso, una vez dictada la sentencia (por no haber sido emplazados o por no haber comparecido en su momento a pesar de haber sido debidamente emplazados), y manifiesten su intención de recurrirla en casación, están legitimados para

⁴² Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2017 (RC 1271/2017; ES:TS:2017:8011A) y 18 de abril de 2018 (RC 71/2016).

hacerlo con dos límites: (i) preparar el recurso de casación dentro del plazo conferido a las partes personadas y (ii) no articular cuestiones nuevas⁴³.

La parte que obtiene una sentencia judicial favorable a sus pretensiones no está legitimada para recurrirla en casación, porque el recurso ha de pretender la revocación de la parte dispositiva y no solo de sus argumentos, en otro caso el proceso quedaría convertido en un mecanismo de resolución de consultas o de rectificación de declaraciones teóricas, y no de resolución de pretensiones⁴⁴.

Esa consolidada doctrina jurisprudencial no cambia. El recurso de casación vigente refuerza la prevalencia del *ius constitutionis*, de la protección del ordenamiento jurídico y de la consecución de la uniformidad en la aplicación e interpretación judicial del derecho, respecto del *ius litigatoris*, de la protección de los legítimos derechos e intereses de los litigantes, pero no puede ser concebido como un cauce para plantear en abstracto cuestiones interpretativas del ordenamiento jurídico.

4. CONTENIDO Y ESTRUCTURA

El análisis del contenido y la estructura del escrito de preparación va a seguir lo previsto en el artículo 89.2 LJCA, cuyo tenor literal ha sido reproducido en el subapartado 1.2 de este mismo apartado II del trabajo, al exponer la forma legalmente exigida para el mismo.

4.1. *Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados*

El escrito de preparación debe acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución judicial que se impugna [artículo 89.2.a) LJCA].

Acreditar el cumplimiento de dichos requisitos reglados no es afirmar apodípticamente su cumplimiento: se debe reseñar, al menos, cuándo se notificó la resolución judicial recurrida, qué incidencia procesal posterior ha de ser tomada en cuenta a tal efecto, siempre que la hubiere, y por qué se está legitimado. Lógicamente, la extensión de los argumentos debe responder a la mayor o menor dificultad para su apreciación.

⁴³ Autos del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (RQ 264/2017; ES:TS:2017:5314A), 6 de marzo de 2018 (RQ 20/2018; ES:TS:2018:2809A) o 18/07/2018 (RQ 179/2018; ES:TS:2018:8568A), entre otros.

⁴⁴ Autos del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2018 (RQ 191/2018; ES:TS:2018:8334A), 3 de octubre de 2018 (RQ 298/2018; ES:TS:2018:10292A) o 2 de noviembre de 2018 (RQ 192/2018; ES:TS:2018:12285A), verbigracia.

Acreditar la recurribilidad de la resolución judicial que se impugna exige demostrar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 86, apartados 1, 2 y 4, LJCA⁴⁵, cuando se trate de sentencias, y en el artículo 87 LJCA, apartados 1 y 2⁴⁶, cuando se trate de autos.

Merecen particular atención la recurribilidad casacional de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados y la de los autos, por las restricciones a las que se someten, a diferencia de la recurribilidad casacional de las sentencias dictadas en única instancia o apelación por las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

⁴⁵ “1. Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. En el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos”.

“2. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales”.

“4. Las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento”. La doctrina de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sobre la recurribilidad casacional de las resoluciones del Tribunal de Cuentas se formuló en los autos del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017 (RC 60/2017; ES:TS:2017:7069A), 15 de junio de 2017 (RC 223/2017; ES:TS:2017:6199A) y 21 de junio de 2017 (RC 220/2017; ES:TS:2017:6598A), y ha sido profusamente reiterada después: “1. Son recurribles en casación —además de los autos referidos en el artículo 81.2, apartados 2º y 3º de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas— las sentencias definitivas pronunciadas por las Salas del Tribunal de Cuentas en apelación o en única instancia en materia de responsabilidad contable con independencia de la cuantía del procedimiento en el que se hubieran dictado. 2. El recurso de casación que se prepare contra aquellas sentencias deberá ajustarse a las exigencias previstas en el actual artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que haya de fundarse en los motivos previstos en el artículo 82.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas”.

⁴⁶ “1. También son susceptibles de recurso de casación los siguientes autos dictados por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, con la misma excepción e igual límite dispuestos en los apartados 2 y 3 del artículo anterior: a) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación. b) Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares. c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta. d) Los dictados en el caso previsto en el artículo 91. e) Los dictados en aplicación de los artículos 110 y 111”.

“2. Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en el apartado anterior, es requisito necesario interponer previamente el recurso de súplica”.

4.1.1. Recurribilidad de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados

En el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados, sean Provinciales o Centrales, el artículo 86.1 LJCA contiene una relevante limitación: “únicamente serán susceptibles de recurso las que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos”. Ambas circunstancias deben concurrir de forma cumulativa, no basta una sola de ellas⁴⁷.

Para saber cuándo una doctrina se puede reputar como “*gravemente dañosa para los intereses generales*” resulta de utilidad la jurisprudencia recaída sobre el concepto jurídico indeterminado “*gravemente dañosa para el interés general*” que utilizaba el artículo 100.1 LJCA para el derogado recurso de casación estatal en interés de la ley⁴⁸, de la que se extraen los siguientes criterios: (i) efecto multiplicador de la doctrina contenida en la sentencia impugnada, (ii) entidad de la cuantía a que pudiera ascender el eventual perjuicio económico o (iii) número de posibles afectados. Es carga del recurrente justificar y razonar la presencia de ese grave daño de forma concreta y precisa; no basta afirmar su existencia o aludir a hipotéticos perjuicios⁴⁹.

Para saber qué sentencias son “*susceptibles de extensión de efectos*” se ha de atender a las que se encuentren en las situaciones reguladas en los artículos 110 y 111 LJCA⁵⁰; esto es: (i) sentencias que resuelvan cuestiones tributarias, de personal al servicio de las administraciones públicas o de unidad de mercado, que estimen el recurso y que reconozcan una situación jurídica individualizada (artículo 110.1 LJCA⁵¹), y (ii) sentencias estimato-

⁴⁷ Autos del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2017 (RC 265/2017; ES:TS:2017:5315A), 15 de noviembre de 2018 (RQ 369/2018; ES:TS:2018:12878A), 10 de diciembre de 2018 (RQ 466/2018; ES:TS:2018:13405A), 14 de junio de 2019 (RQ 171/2019; ES:TS:2019:6536A) o 30 de abril de 2020 (RQ 512/2019; ES:TS:2020:3376A), entre otros.

⁴⁸ Auto del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 (RC 38/2017; ES:TS:2017:4034A).

⁴⁹ Autos del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2017 (RQ 36/2017; ES:TS:2017:2106A) y 28 de febrero de 2017 (RRQ 37/2017; ES:TS:2017:2086A, y 40/2017; ES:TS:2017:2107A), entre otros.

⁵⁰ Autos del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2017 (RQ 462/2017; ES:TS:2017:9541A) o 17 de marzo de 2021 (RQ 61/2021; ES:TS:2021:3655A), entre otros muchos.

⁵¹ “*En materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo. b) Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada. c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notifica-*

rias dictadas en pleitos testigos, cuyos efectos también pueden ser objeto de extensión (artículo 111 LJCA⁵², en relación con el artículo 37.3 LJCA⁵³).

Las sentencias desestimatorias dictadas en única instancia por los Juzgados no son recurribles en casación, porque no reconocen ninguna situación jurídica individualizada susceptible de extensión de efectos⁵⁴, y por la misma razón tampoco las sentencias estimatorias en parte, respecto de la parte desestimatoria del fallo⁵⁵.

Sin haber formulado cuestión de inconstitucionalidad, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sostiene que tal restricción legal no es inconstitucional, con dos argumentos: (i) el legislador podría haber excluido por completo la recurribilidad de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados, sin vulnerar el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, y (ii) la recurribilidad casacional de estas sentencias no viene condicionada por razones subjetivas ni tampoco por la posición procesal de las partes en la instancia, sino por el eventual efecto expansivo y multiplicador de una doctrina gravemente dañosa para el interés general que legalmente puede ser extendida a otros casos, por lo que el recurrente puede no ser una Administración pública, aun cuando normalmente lo será; de ahí que tal circunstancia no suponga una limitación discriminatoria en favor de la administración pública⁵⁶.

ción de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste”.

⁵² “Cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2, una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el pleito que se hubiere tramitado con carácter preferente, el Secretario judicial requerirá a los recurrentes afectados por la suspensión para que en el plazo de cinco días interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del recurso. Si se solicitase la extensión de los efectos de aquella sentencia, el Juez o Tribunal la acordará, salvo que concurra la circunstancia prevista en el artículo 110.5.b) o alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contempladas en el artículo 69 de esta Ley”.

⁵³ “Una vez firme, el Secretario judicial llevará testimonio de la sentencia a los recursos suspendidos y la notificará a los recurrentes afectados por la suspensión a fin de que en el plazo de cinco días puedan interesar la extensión de sus efectos en los términos previstos en el artículo 111, la continuación del procedimiento o bien desistir del recurso”.

⁵⁴ Autos del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2017 (RQ 143/2016; ES:TS:2017:3360A), 9 de febrero de 2018 (RQ 749/2017; ES:TS:2018:1875A), 5 de julio de 2019 (RQ 243/2019; ES:TS:2019:7577A), 26 de junio de 2020 (RQ 140/2020; ES:TS:2020:5169A) o 7 de abril de 2021 (RQ 43/2021; ES:TS:2021:4291A).

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, los autos del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2020 (RQ 512/2019) y 9 de octubre de 2020 (RQ 144/2020; ES:TS:2020:8908A).

⁵⁶ Autos del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2017 (RQ 684/2017; ES:TS:2017:12524A), 16 de octubre de 2018 (RQ 329/2018; ES:TS:2018:11073A), 21 de junio de 2019 (RQ 202/2019; ES:TS:2019:7268A), 30 de abril de 2020 (RQ 512/2019), 26 de junio de 2020 (RQ 140/2020) o 7 de abril de 2021 (RQ 43/2021), entre otros.

En el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados Provinciales o Centrales, el juez debe verificar: (i) que la sentencia es susceptible de extensión de efectos, tanto por razón de la materia, cuando sea de aplicación el artículo 110 LJCA, como por el sentido de su fallo, y (ii) que se ha argumentado por qué la sentencia contiene una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales⁵⁷, si efectivamente lo es o no incumbe decidirlo al Tribunal Supremo⁵⁸.

En fin, no es aceptable que el recurrente invoque en queja la competencia de la Sala y la incompetencia del Juzgado, cuando anteriormente no suscitó esta cuestión, para eludir las restricciones a la recurribilidad en casación de estas sentencias⁵⁹, y desborda el margen de conocimiento del recurso de queja, centrado en la recurribilidad de una sentencia dictada por un juzgado unipersonal, el análisis de la competencia objetiva del tribunal *a quo* para conocer del litigio⁶⁰.

4.1.2. Recurribilidad de los autos

Son recurribles en casación: (i) los autos enumerados en el artículo 87.1 LJCA⁶¹, enumeración que coincide con la de la regulación pre-vigente, salvo en un particular extremo, los autos dictados en aplicación de los artículos 110 y 111 LJCA han dejado de ser recurribles “*en todo caso*”, y (ii) los autos enumerados en el artículo 87.1 bis LJCA⁶², que serán “*susceptibles de recurso de casación, en todo caso*”⁶³.

⁵⁷ Autos del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2018 (RQ 193/2018; ES:TS:2018:11950A) o 10 de octubre de 2018 (RQ 557/2017; ES:TS:2018:10504A), entre otros muchos.

⁵⁸ Autos del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2017 (RQ 40/2017) y 21 de septiembre de 2017 (RQ 123/2017; ES:TS:2017:8565A), entre otros.

⁵⁹ Auto del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2017 (RQ 354/2017; ES:TS:2017:12900A).

⁶⁰ Auto del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2018 (RQ 749/2017; ES:TS:2018:1875A).

⁶¹ “1. También son susceptibles de recurso de casación los siguientes autos dictados por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, con la misma excepción e igual límite dispuestos en los apartados 2 y 3 del artículo anterior: a) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación. b) Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares. c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta. d) Los dictados en el caso previsto en el artículo 91. e) Los dictados en aplicación de los artículos 110 y 111”.

⁶² “[L]os autos dictados en aplicación del artículo 10.8 y del artículo 11.1.i) de esta ley”.

Artículo 10.8 LJCA: Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia “[c]onocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”.

La enumeración de autos recurribles en casación opera como un *numerus clausus*⁶⁴, de manera que sólo son impugnables los que encajan con propiedad en alguno de los supuestos allí mencionados⁶⁵.

Aunque no son recurribles en casación los autos que inadmiten un recurso de apelación, pues no encajan en el artículo 87.1.a) LJCA⁶⁶, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha admitido un recurso de casación contra un auto dictado por una Sala de apelación que inadmitió por defecto de cuantía el recurso de apelación promovido contra otro auto dictado en primera instancia por un Juzgado, que había inadmitido a su vez el recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación de la actora, porque se niega, en definitiva, el acceso a la jurisdicción, que constituye el núcleo de la tutela judicial efectiva⁶⁷.

Artículo 11.1.i) LJCA: “1. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia: i) De la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria estatal considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”.

⁶³ Esta segunda categoría de autos recurribles en casación ha sido introducida por el artículo 15.Uno RD-ley 8/2021. En el apartado II, *in fine*, de su Preámbulo se justifica tanto la reforma [“con esta reforma del recurso de casación se persigue el objetivo de posibilitar que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo pueda entrar a conocer sobre los autos adoptados por las referidas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional en esta materia y pueda, además, fijar doctrina legal, con intervención de las administraciones públicas autonómica y estatal, además de la del Ministerio Fiscal, sobre el alcance de la legislación sanitaria en relación con las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos impuestas por las autoridades sanitarias, y todo ello en un plazo muy breve de tiempo, que es lo que requiere una situación sanitaria tan grave y extraordinaria como la que obliga a esas autoridades a tener que adoptar esta clase de medidas y para la que no resultan eficaces los dilatados plazos que precisa el recurso de casación ordinario”] como la extraordinaria y urgente necesidad que justifica su aprobación mediante Real Decreto-ley [“La modificación del recurso de casación prevista en este real decreto-ley no puede ser aprobada mediante el procedimiento ordinario de tramitación parlamentaria, pues ello implicaría que, finalizado el estado de alarma y hasta la aprobación de tales reformas legislativas, las distintas interpretaciones y aproximaciones judiciales al marco sanitario estatal aplicable se seguirán produciendo, sin posibilidad de que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo pueda entrar a conocer de las mismas y pueda fijar jurisprudencia sobre las cuestiones suscitadas en los procedimientos de autorización y ratificación judicial de las medidas sanitarias restrictivas o limitativas de derechos fundamentales. Ello explica la extraordinaria y urgente necesidad de acometer con inmediatez una modificación de la actual regulación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que introduzca la posibilidad de interponer, contra los autos recaídos en dichos procedimientos, un recurso de casación extremadamente ágil y de tramitación preferente, que permita a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo pronunciarse con gran celeridad en esta materia y posibilite la aplicación uniforme de dicho marco normativo en todo el territorio nacional”].

⁶⁴ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2017 (RQ 343/2017; ES:TS:2017:9980A) y 18 de abril de 2018 (RC 161/2017; ES:TS:2018:4147A).

⁶⁵ Auto del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2019 (RQ 71/2019; ES:TS:2019:4398A).

⁶⁶ Auto del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018 (RQ 53/2018; ES:TS:2018:8339A).

⁶⁷ Auto del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2018 (RQ 107/2018; ES:TS:2018:11949A).

El recurso de casación contra el auto dictado en la pieza de medidas cautelares, incluido en el artículo 87.1.b) LJCA, queda desprovisto de objeto cuando haya recaído sentencia en los autos principales o la tramitación de los autos principales haya concluido de otro modo, por lo que por pérdida sobrevinida de objeto procede su archivo sin imposición de costas⁶⁸.

El Juez o la Sala *a quo* denegará la preparación de la casación cuando de manera evidente el auto que se pretende recurrir, al amparo del artículo 87.1.c) LJCA, no encaje en ninguna de las dos posibilidades que contempla dicho precepto, “*resuelva cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia ejecutada*” o “*contradiga los términos del fallo que se ejecuta*”⁶⁹, porque en el ámbito de ejecución de sentencias lo recurrible es casación es la contradicción entre la sentencia y lo ejecutoriado⁷⁰.

Si bien el recurso de apelación contra el auto dictado por un Juzgado en ejecución de sentencia deba ser resuelto mediante sentencia, porque el artículo 85.9 LJCA sólo contempla la sentencia para resolver los recursos de apelación contra sentencias o autos apelables de los Juzgados, el recurso de casación anunciado contra esa sentencia de apelación debe ser formalizado, analizado y valorado con arreglo a las pautas y criterios específicos que suministra el artículo 87.1.c) LJCA, referido a la casación contra autos dictados en ejecución de sentencia, porque lo resuelto y fallado en la sentencia ejecutada por el Juzgado es un dato intangible que no se puede volver a cuestionar⁷¹.

Con la particularidad que acaba de ser expuesta, la paradójica situación que produce la consolidada doctrina jurisprudencial es la que sigue⁷²: las sentencias de las Salas que resuelven recursos de apelación contra autos de los Juzgados⁷³, precisamente porque revisten forma procesal de sentencia

⁶⁸ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2017 (RC 2927/2017; ES:TS:2017:9791A) y 26 de noviembre de 2018 (RC 1895/2018; ES:TS:2018:14319A).

⁶⁹ Auto del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 (RQ 68/2017; ES:TS:2017:4030A).

⁷⁰ Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2019 (RQ 2/2019; ES:TS:2019:1430A).

⁷¹ Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2019 (RQ 2/2019; ES:TS:2019:1430A).

⁷² Véanse, por todos, el auto del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 (RQ 570/2020; ES:TS:2021:3971A) y los que en el mismo se citan.

⁷³ De acuerdo con el artículo 80 LJCA: “1. Son apelables en un solo efecto los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, en procesos de los que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos: a) Los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares. b) Los recaídos en ejecución de sentencia. c) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación. d) Los recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 y en los artículos 9.2 y 122 bis. e) Los recaídos en aplicación de los artículos 83 y 84. 2. La apelación de los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en los

ex artículo 85.9 LJCA, tienen potencialmente abierto el camino de la casación con arreglo al artículo 86.1 LJCA⁷⁴, mientras que los autos dictados por las Salas únicamente tienen abierto el recurso de casación, tanto si se han dictado en instancia única como en apelación, cuando versen sobre las materias específicamente enumeradas, a modo de *numerus clausus*, en el artículo 87.1 LJCA.

La impugnación en casación de un auto de los enumerados en el artículo 87.1 LJCA requiere, en todo caso, haber recurrido en reposición el auto de que se trate ante el Juez o la Sala de lo Contencioso-administrativo *a quo*, incluso si antes se pidió la subsanación o complemento del auto que se pretende impugnar⁷⁵, y como dicho recurso también se resuelve mediante auto, inmediatamente surge la siguiente duda: ¿Cuál de los dos autos es el recurrible en casación?

La doctrina jurisprudencial sobre la cuestión planteada es la siguiente⁷⁶: el auto recurrible en casación será el inicial cuando resulte confirmado en reposición, al ser el recurso de reposición un mero requisito de procedibilidad, mientras que será el auto que resuelve el recurso de reposición cuando en éste se haya estimado en todo o en parte el recurso de reposición. Ahora bien, si el auto que resuelve el recurso de reposición confirma el auto inicial, el recurso de casación no será inadmisibile si se dirige contra el auto que resuelve el recurso de reposición, pues en él está presente el auto primeramente dictado, y tampoco lo será si se dirige contra ambos autos.

La impugnación en casación de autos enumerados en el artículo 87.1 *bis* LJCA no requiere la previa interposición de recurso de reposición [artículo 87.2 LJCA, en su redacción por el artículo 15.Dos RD-ley 8/2021⁷⁷]. En el Preámbulo del RD-ley 8/2021 se explica que esta excepción, inspirada en

supuestos de los artículos 110 y 111, se regirá por el mismo régimen de admisión de la apelación que corresponda a la sentencia cuya extensión se pretende. 3. La tramitación de los recursos de apelación interpuestos contra los autos de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo se ajustará a lo establecido en la sección 2ª de este capítulo”.

⁷⁴ Este precepto dispone, en su primer inciso y por lo que aquí importa, lo siguiente: “Las sentencias dictadas [...] en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo”.

⁷⁵ Véase el auto del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2019 (RQ 31/2019; ES:TS:2019:3141A).

⁷⁶ Véase, por todos, el auto del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2020 (RQ 450/2019; ES:TS:2020:478A).

⁷⁷ “2. Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en el apartado 1, es requisito necesario interponer previamente el recurso de reposición. Sin embargo, no será requisito necesario interponer previamente recurso de reposición en los recursos de casación contra los autos a que se refiere el apartado 1 bis.”

los principios de preferencia y sumariidad, busca garantizar la celeridad del recurso de casación, para que el control mediante sentencia del Tribunal Supremo surta eficacia al producirse con inmediatez a la decisión jurisdiccional de instancia.

Con esa misma finalidad e inspiración, el nuevo artículo 87 *ter* LJCA, introducido por el artículo 15.Tres RD-ley 8/2021, contempla una serie de disposiciones procesales específicas para los recursos de casación contra los autos enumerados en el artículo 87.1 *bis* LJCA; a saber:

Primera. Prescinde de la fase de preparación del recurso de casación ante la Sala *a quo*.

El recurso de casación se iniciará mediante escrito presentado ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en el que las partes comparecerán e interpondrán directamente el recurso de casación [artículo 87 *ter.1* LJCA].

El mismo día en que interponga el recurso, la parte recurrente presentará escrito ante la Sala de instancia poniendo en su conocimiento el hecho de la interposición, debiendo dicha Sala, en el día siguiente hábil a esa comunicación, remitir el testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento en que se dictó el auto recurrido a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo [artículo 87 *ter.2* LJCA].

Segunda. Acorta muy significativamente los plazos procesales y permite habilitar días inhábiles para la tramitación y resolución del recurso de casación interpuesto.

El escrito de comparecencia y de interposición debe ser presentado en el plazo de tres días hábiles contados desde la fecha de notificación del auto impugnado y, con acompañamiento de testimonio de dicho auto, expondrá los requisitos de procedimiento, señalando la cuestión de interés casacional sobre la que se interesa se fije doctrina y las pretensiones relativas al enjuiciamiento del auto recurrido [artículo 87 *ter.3* LJCA].

Cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario y, en todo caso, cuando la demora en la resolución pueda causar perjuicios irreversibles, las partes podrán solicitar en el escrito de interposición que se habiliten los días inhábiles para la tramitación y resolución del recurso de casación. Contra la decisión que deniegue la habilitación solicitada no cabrá recurso [artículo 87 *ter.5* LJCA].

Presentado el escrito será turnado de inmediato a la Sección competente para la tramitación y decisión, que lo tramitará preferentemente, dando

traslado al Ministerio Fiscal y a las partes para que comparezcan y formulen alegaciones por plazo común de tres días [artículo 87 *ter.6* LJCA].

Transcurrido el plazo de alegaciones, y sin que resulte de aplicación lo previsto en el artículo 128.1 LJCA sobre la declaración de caducidad⁷⁸, la Sección competente para la tramitación y decisión fijará doctrina y resolverá sobre las cuestiones y pretensiones planteadas, en el plazo de los cinco días siguientes [artículo 87 *ter.7* LJCA].

El artículo 87 *ter* LJCA incluye dos disposiciones más de índole procesal: el apartado 4, donde prevé que también tendrá legitimación activa a la Administración General del Estado, cuando el objeto de la autorización o ratificación judicial haya sido una medida adoptada por una autoridad sanitaria de ámbito distinto al estatal en cumplimiento de actuaciones coordinadas en salud pública declaradas por el Ministerio de Sanidad, en su caso previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y el apartado 8, donde aclara que se aplicarán a todos los escritos procesales los requisitos de extensión máxima y normas de estilo establecidas por la Sala en cumplimiento del artículo 87 *bis.3* LJCA.

Para cerrar esta telegráfica síntesis del artículo 87 *ter* LJCA son convenientes tres conclusiones vinculadas de algún modo con el objeto de este trabajo:

La primera es que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo carece de competencia alguna en los recursos de casación contra los autos enumerados en el artículo 87.1 *bis* LJCA.

La segunda es que el artículo 87 *ter* LJCA guarda absoluto silencio sobre si la Sección competente para su tramitación y decisión puede inadmitir el recurso de casación interpuesto contra los autos enumerados en el artículo 87.1 *bis* LJCA y, sin embargo, el plazo de interposición, la legitimación para recurrir o la recurribilidad de los concretos autos recurridos constituyen, sin duda, normas de orden público procesal cuyo incumplimiento debería motivar la inadmisión del recurso de casación.

La tercera y última es que el escrito de interposición de esta clase de recurso de casación deberá (i) respetar los requisitos de extensión máxima y normas de estilo establecidas por la Sala en cumplimiento del artículo 87 *bis.3* LJCA, por mor de lo establecido en el artículo 87 *ter.8* LJCA, pero

⁷⁸ “Los plazos son improrrogables, y una vez transcurridos el Secretario judicial correspondiente tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. No obstante, se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique la resolución, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos”.

también (ii) incluir todos los extremos previstos en el artículo 87 *ter.3* LJCA y (iii) no olvidar lo dispuesto en el artículo 92.3 LJCA, salvo en lo que respecta a las alusiones al escrito de preparación, pues en este caso no existe. Si el escrito de interposición incumple tales exigencias, a falta de una norma expresa en sentido contrario, entraría en juego la subsanación prevista en el artículo 138 LJCA⁷⁹.

4.2. Identificar las normas o la jurisprudencia infringidas

El escrito de preparación debe identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas [artículo 89.2.b) LJCA].

“*Identificar con precisión*” no permite una mera alusión global y genérica a las normas o la jurisprudencia presuntamente infringidas⁸⁰, exige determinar en el recurso de casación estatal⁸¹: (i) las normas del Derecho estatal o del Derecho de la Unión Europea, no sólo la disposición sino también el artículo/s, apartado/s y subapartado/s, así como la redacción aplicable *ratione temporis*, que se consideran infringidas por la resolución judicial recurrida; y (ii) la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸², cuando menos el/ los pronunciamientos del Alto Tribunal que se consideran infringidos por la resolución judicial recurrida en casación, precisando las sentencias o autos

⁷⁹ “1. Cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente Ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.

2. Cuando el Juzgado o Tribunal de oficio aprecie la existencia de algún defecto subsanable, el Secretario judicial dictará diligencia de ordenación en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia.

3. Sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto”.

⁸⁰ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2017 (RQ 318/2017; ES:TS:2017:6192A), 14 de mayo de 2018 (RQ 151/2018; ES:TS:2018:4997A), 11 de octubre de 2019 (RQ 341/2019; ES:TS:2019:10579A), 2 de marzo de 2020 (RQ 67/2020; ES:TS:2020:2118A) o 22 de mayo de 2020 (RQ 142/2020; ES:TS:2020:3066A).

⁸¹ Idénticas exigencias *mutatis mutandi* para el recurso de casación autonómico.

⁸² A priori en el sentido del artículo 1.6 del Código Civil [“*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”], tal y como deriva de los autos del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2018 (RC 3847/2018; ES:TS:2018:10971A), o 29 de octubre de 2020 (RC 560/2020; ES:TS:2020:10431A), pero sin descartar que una única sentencia conforme al régimen casacional vigente sea considerada jurisprudencia.

que los contienen⁸³, la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que dictó dichas sentencias o autos, la fecha en que lo hizo, la clase de recurso y el nº, el ECLI o ROJ [CENDOJ], así como el fundamento o los fundamentos de derecho en que se encuentran.

El Juez o la Sala *a quo* puede y debe denegar la preparación del recurso de casación si el escrito de preparación no indica con precisión las normas y/o jurisprudencia que considera infringidas⁸⁴.

Las infracciones de la doctrina del Tribunal Constitucional [sentencias, autos, nº, fecha, ECLI, fundamentos jurídicos] y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del Tribunal General de la Unión Europea [sentencias, autos, fecha, nombre, asunto, ECLI, apartados] se deben vincular con las infracciones de las normas constitucionales y de las normas europeas que interpretan. Lo propio se ha de hacer con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando su valor interpretativo de los derechos y libertades fundamentales previstos en la Constitución Española, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, reproducido en nota a pie dentro del apartado I de este trabajo.

Es posible denunciar en el escrito de preparación vicios *in procedendo* y *vicios in iudicando*, pero no plantear cuestiones fácticas, porque están excluidas del recurso de casación [artículo 87 bis.1 LJCA⁸⁵], ni de forma directa ni indirecta, enmascarando como cuestiones de derecho lo que realmente son cuestiones de hecho o haciendo supuesto de la cuestión, y, por ende, la posibilidad de denunciar la valoración ilógica, irracional o arbitraria de la prueba resulta aún más restrictiva y excepcional que con la anterior regulación del recurso de casación⁸⁶. Si con toda evidencia el escrito de preparación suscita únicamente cuestiones de hecho, el Juez o la Sala *a*

⁸³ Véase, verbigracia, el auto del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2019 (RC 4346/2018; ES:TS:2019:909A).

⁸⁴ Véase, por todos, el auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 (RQ 176/2018; ES:TS:2018:9822A).

⁸⁵ “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 93.3 [‘En la resolución de la concreta controversia jurídica que es objeto del proceso, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder’], el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho*”.

⁸⁶ Véanse, por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020 (RC 6732/2018; ES:TS:2020:4308) y 19 de noviembre de 2020 (RC 420/2018; ES:TS:2020:3956) y las sentencias y los autos a los que estas remiten.

quo puede tener por no preparada la casación⁸⁷, pero no podrá si también plantea otras cuestiones estrictamente jurídicas⁸⁸, incluso referidas a la actividad probatoria⁸⁹.

Tampoco cabe plantear cuestiones nuevas en casación, como deriva de la jurisprudencia sentada con la anterior regulación del recurso, porque subsisten las dos razones en que apoya dicha proscripción: (1^a) resulta lógicamente imposible que la resolución judicial impugnada incurra en las infracciones denunciadas por la parte recurrente, respecto de una cuestión que no fue considerada en el pleito de instancia, y (2^a) con la admisión de cuestiones nuevas en casación se afectaría gravemente al derecho de defensa de la parte recurrida, pues carecería de las posibilidades de alegación y prueba que corresponden a la instancia⁹⁰. El Juez o la Sala *a quo* puede tener por no preparado el recurso de casación si suscita una cuestión nueva, sin perjuicio de que tal decisión pueda ser reconsiderada por el Tribunal Supremo a través del recurso de queja⁹¹.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo puede acudir a la integración de hechos probados, al amparo del artículo 93.3 LJCA, para evidenciar la mera posibilidad de que concurran las infracciones denunciadas en el escrito de preparación, siempre que considere, claro está, que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia⁹². En el bien entendido⁹³ de que la invocación del artículo 93.3 LJCA, ni libera a la parte de cumplir todos los requisitos establecidos para el escrito de preparación en el artículo 89.2 LJCA, incluido el recogido en el apartado f), ni permite prescindir de la regla general del artículo 87 bis.1 LJCA⁹⁴.

Junto a la precisa identificación de las normas o de la jurisprudencia que se consideran infringidas, el artículo 89.2.b) LJCA exige “*justificar que*

⁸⁷ Autos del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2017 (RQ 8/2017; ES:TS:2017:2701A), 5 de diciembre de 2017 (RQ 269/2017; ES:TS:2017:11473A) o 4 de julio de 2019 (RQ 169/2019; ES:TS:2019:7569A), entre otros.

⁸⁸ Auto del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2019 (RQ 44/2019; ES:TS:2019:6244A).

⁸⁹ Auto del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2019 (RQ 116/2019; ES:TS:2019:5165A).

⁹⁰ Autos del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2017 (RC 203/2016; ES:TS:2017:719A), 5 de abril de 2017 (RC 628/2017; ES:TS:2017:2754A), 9 de julio de 2018 (RQ 496/2017; ES:TS:2018:7751A) o 2 de marzo de 2020 (RQ 579/2019; ES:TS:2020:1822A), entre otros.

⁹¹ Autos de 2 de marzo de 2020 (RQ 579/2019) y 17 de enero de 2020 (RQ 403/2019; ES:TS:2020:194A).

⁹² Autos del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 (RC 680/2017; ES:TS:2017:3970A) y 19 de julio de 2017 (RC 1903/2017; ES:TS:2017:8002A).

⁹³ Auto del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2020 (RQ 36/2019; ES:TS:2020:661A).

⁹⁴ “[...] *el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho*”.

*fueron alegadas en el proceso, tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas”, lo que debe estar detallado en el escrito de preparación⁹⁵. Aunque esta justificación normalmente no exigirá un gran esfuerzo argumentativo —salvo en el último supuesto, “que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas”, lo que se habrá de fundar en el principio *iura novit curia*—, no basta con una mera afirmación apodíptica y autojustificativa del tipo: “se constata de forma ineludible de los términos de la propia demanda de esta parte, así como de los términos de la propia sentencia...”⁹⁶.*

4.3. Acreditar la petición de subsanación de la falta o transgresión en la instancia, cuando la infracción determinante de indefensión verse sobre actos o garantías procesales

El escrito de preparación debe acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello [artículo 89.2.c) LJCA].

Como las infracciones de normas o jurisprudencia relativas a actos o garantías procesales deben haber producido indefensión y no será fácil saber en muchas ocasiones si la decisión adoptada durante el proceso por el Juez o la Sala *a quo* producirá o no posterior indefensión en la resolución judicial con la que termine, y como se exige haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, la prudencia aconseja a las partes intentar siempre dicha subsanación en el oportuno momento procesal, pues de otro modo verán cegada la posibilidad casacional.

Acreditar que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia no es afirmar apodípticamente que así fue, se requiere argumentar cuándo y cómo. El Juez o Sala *a quo* puede y debe denegar la preparación de la casación si el escrito de preparación anuncia una infracción *in procedendo* causante de indefensión, pero no acredita haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia⁹⁷.

⁹⁵ Autos del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2017 (RQ 450/2017; ES:TS:2017:10805A), 6 de abril de 2018 (RQ 73/2018; ES:TS:2018:3687A) o 9 de julio de 2018 (RQ 496/2017), entre otros.

⁹⁶ Auto del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2019 (RQ 43/2019; ES:TS:2019:2123A).

⁹⁷ Autos del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2018 (RQ 119/2018; ES:TS:2018:5771A), 21 de febrero de 2020 (RQ 506/2019; ES:TS:2020:1704A), 28 de septiembre de 2020 (RC 2231/2020; ES:TS:2020:7740A) o 24 de marzo de 2021 (RC 5518/2020; ES:TS:2021:3710A), entre otros.

La incongruencia omisiva de la resolución judicial recurrida y su falta de motivación, exige intentar el trámite de subsanación o aclaración de los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC⁹⁸ antes de preparar el recurso de casación⁹⁹.

Los demás vicios *in procedendo* de la resolución judicial recurrida no exigen intentar ese trámite, porque es inhábil para su corrección. El incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241 LOPJ es el trámite que puede resultar hábil a tal fin, pero su promoción requiere que la resolución judicial “*no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario*”, por lo que se debe preparar casación y si el recurso resulta inadmitido, que será lo habitual por carencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, desde que se notifique dicha resolución de inadmisión se cumplirá la condición de “*inimpugnabilidad*” que demanda dicho precepto y se comenzará a contar el plazo para promover el incidente de nulidad de actuaciones ante el tribunal *a quo* que ha pronunciado la resolución judicial recurrida¹⁰⁰.

En la sentencia 6/2018, de 22 de enero (ES:TC:2018:6), el Tribunal Constitucional parecía cuestionar este criterio, porque admitió a trámite una demanda de amparo y estimó el recurso, pese a que la parte recurrente había promovido el incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución judicial de instancia sin intentar previamente el recurso de casación, por entender que la cuestión jurídica suscitada no presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia¹⁰¹.

En el posterior auto 65/2018, de 18 de junio (ES:TC:2018:65A), el Supremo Intérprete de nuestra Constitución corrigió la “inadvertida” posibilidad

⁹⁸ Artículo 267.5 LOPJ: “*Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla*”.

Artículo 215.2 LEC: “*Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado por el Letrado de la Administración de Justicia de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla*”.

⁹⁹ Autos del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2017 (RC 88/2016; ES:TS:2017:1450A), 7 de marzo de 2019 (RC 6835/2018; ES:TS:2019:2583A), 12 de noviembre de 2019 (RC 3422/2018; ES:TS:2019:11407A), 22 de noviembre de 2020 (RC 4491/2020; ES:TS:2020:11055A), 27 de noviembre de 2020 (RC 2720/2020; ES:TS:2020:11108A) o 24 de marzo de 2021 (RC 5518/2020), entre otros.

¹⁰⁰ Autos del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017 (RC 3711/2017; ES:TS:2017:11433A) y 21 de diciembre de 2017 (RC 4696/2017; ES:TS:2017:11731A).

¹⁰¹ Véase el antecedente de hecho 2.

abierta y avaló la exigencia de intentar la casación antes de acudir a la nulidad de actuaciones frente a la resolución judicial de instancia, porque sólo al Tribunal Supremo corresponde apreciar la presencia o ausencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia¹⁰².

Finalmente, en la sentencia 112/2019, de 3 de octubre (ES:TC:2019:112), el Tribunal Constitucional ratifica la posibilidad de promover el incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución judicial de instancia, una vez inadmitida la casación preparada por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte —como lo es su carencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia—, pero no exige promoverlo para entender agotada la vía jurisdiccional ordinaria antes de recurrir en amparo¹⁰³.

El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han dado una salida razonada y razonable a un problema jurídico generado por una clara desatención del legislador, cuando reformó la casación contencioso-administrativa, pese a que lo hizo, conviene recordarlo, en el marco de una reforma de la LOPJ, en cuyo artículo 241 está regulado el incidente de nulidad de actuaciones. Aun así, como sostiene con toda razón ÁLVAREZ MENÉNDEZ, “[u]rge reformar la regulación de este incidente y adaptarle a la ampliación de resoluciones recurribles que ha traído consigo la gran reforma casacional operada por la LO 7/2015. No tiene sentido que el Tribunal Supremo tenga que pronunciarse sobre la admisión de recursos

¹⁰² Véase el fundamento jurídico 5.

¹⁰³ Literalmente, sostiene el Tribunal Constitucional en la letra f) del FJ 3: “con el fin de garantizar la tutela judicial frente a las vulneraciones de derechos fundamentales que ocasionen los órganos judiciales cuando sus decisiones no son susceptibles de recurso, ha de interpretarse que cabe interponer este incidente también en los casos en los que el recurso interpuesto contra la resolución que se considera lesiva de derechos fundamentales ha sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte. En estos supuestos, la frustración del recurso, al no ser consecuencia de la defectuosa actuación procesal de la parte, no puede conllevar que el recurrente no pueda obtener la tutela de los derechos fundamentales que hizo valer a través del recurso intentado y por ello en estos casos, una vez inadmitido el recurso —siempre que su interposición no pueda calificarse de manifiestamente improcedente—, puede solicitar la tutela de los referidos derechos instando un incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que dictó la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales. Resulta [...] que la interposición del incidente de nulidad de actuaciones en supuestos como el que ahora se examina, al no derivarse de forma clara su procedencia del tenor del 241.1 LOPJ, no será un requisito necesario para agotar la vía judicial previa al amparo ante este Tribunal [art. 44.1 a) LOTC]; pero si se presenta ha de considerarse un cauce idóneo para obtener la tutela de los derechos fundamentales que se imputan a la resolución frente a la que se interpuso el recurso inadmitido y, por tanto, no podrá considerarse un recurso manifiestamente improcedente que pueda conllevar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargar indebidamente la vía judicial”.

que el recurrente ha interpuesto “obligado” y a los solos efectos de que pueda continuar vivo su derecho a recurrir en amparo”¹⁰⁴.

4.4. Justificar que las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes del fallo

En el escrito de preparación se debe justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir [artículo 89.2.d) LJCA].

Se trata del conocido como “*juicio de relevancia*”: las infracciones de las normas y/o de la jurisprudencia denunciadas deben haber sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución judicial que se pretende recurrir en casación.

Es carga procesal de quien prepara el recurso, que no puede ser después subsanada ni tampoco suplida por la colaboración del órgano jurisdiccional, la de razonar cuidadosamente cómo, por qué y en qué forma todas y cada una de las infracciones denunciadas han sido relevantes y determinantes del fallo de la resolución judicial que se pretende recurrir en casación. Tal argumentación no se puede reducir a la mera afirmación de que así ha sido, pasa por explicar, siquiera sucintamente, el objeto del litigio, los términos del debate procesal entablado, el sentido de la decisión del Tribunal de instancia y la repercusión que en esa decisión ha tenido la inaplicación, o la interpretación o aplicación equivocada, de las normas jurídicas y/o jurisprudencia cuya vulneración se denuncia¹⁰⁵.

Este “juicio de relevancia” se debe dirigir contra la *ratio decidendi* de la resolución judicial recurrida no contra sus argumentos *obiter dicta*¹⁰⁶, y no se puede hacer de forma vaga, genérica e indiscriminada, se debe pormenorizar la incidencia sobre el sentido del fallo de las diferentes infracciones denunciadas¹⁰⁷.

Al Juez o a la Sala *a quo* no les corresponde enjuiciar el acierto jurídico de las infracciones denunciadas, tampoco efectuar un control de

¹⁰⁴ *El recurso de casación en materia tributaria*, ob. cit., p. 525.

¹⁰⁵ Autos del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2017 (RQ 396/2017; ES:TS:2017:11327A), 2 de noviembre de 2018 (RQ 399/2018; ES:TS:2018:11681A), 1 de marzo de 2019 (RQ 43/2019; ES:TS:2019:2123A), 29 de octubre de 2020 (RQ 376/2020; ES:TS:2020:9803A), 4 de diciembre de 2020 (RQ 475/2020; ES:TS:2020:11878A) o 9 de abril de 2021 (RQ 369/2020; ES:TS:2021:4240A), entre otros.

¹⁰⁶ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2018 (RQ 477/2018; ES:TS:2018:13407A) y 24 de septiembre de 2020 (RC 7295/2018; ES:TS:2020:8532A).

¹⁰⁷ Auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 (RQ 176/2018; ES:TS:2018:9822A).

fondo sobre el juicio de relevancia expuesto, pues éste le incumbe al Tribunal Supremo, pero sí verificar que escrito de preparación contiene una argumentación específica y suficiente sobre este extremo¹⁰⁸.

4.5. Justificar que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del Derecho de la Unión Europea

El escrito de preparación debe justificar, cuando la resolución judicial que se pretende recurrir en casación estatal haya sido dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea [artículo 89.2.e) LJCA].

La justificación de este requisito también se debe entender exigida en los recursos de casación estatales contra sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados Provinciales, pese al silencio legal al respecto¹⁰⁹, y resulta legalmente innecesaria, por más que no sea inoportuna, para las demás resoluciones judiciales recurribles en la casación estatal.

Toda la jurisprudencia preexistente sobre los anteriores artículos 86.4¹¹⁰ y 89.2¹¹¹ LJCA resulta aquí aplicable, de la que se desprenden los siguientes criterios fundamentales:

Primero. El recurso de casación estatal no se puede fundar en normas de Derecho autonómico y no es posible eludir esta restricción mediante la cita meramente artificiosa e instrumental de normas del Derecho estatal o del Derecho de la Unión Europea¹¹².

¹⁰⁸ Autos del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2018 (RQ 477/2018) y 12 de julio de 2019 (RQ 172/2019; ES:TS:2019:7727A), entre otros.

¹⁰⁹ Véase el auto del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2020 (RQ 86/2020; ES:TS:2020:7130A), en el que además se ratifica una doctrina jurisprudencial existente con la previa regulación del recurso de casación, conforme a la cual, “*las determinaciones de Derecho local no alcanzan a la esfera del Derecho estatal del que conoce esta Sala*”.

¹¹⁰ Este precepto literalmente establecía: “*Las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora*”.

¹¹¹ Este precepto textualmente disponía: “*En el supuesto previsto en el artículo 86.4, habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia*”.

¹¹² Autos del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017 (RQ 295/2017; ES:TS:2017:6860A), 7 de mayo de 2018 (RC 197/2017; ES:TS:2018:4921A), 1 de octubre de 2018 (RQ 67/2018; ES:TS:2018:10497A) o 29 de abril de 2019 (RQ 97/2019; ES:TS:2019:4572A), entre otros.

Segundo. El Derecho autonómico que reproduzca Derecho estatal básico puede fundar el recurso de casación estatal, porque en tales casos la asunción por una Comunidad Autónoma como Derecho autonómico propio del Derecho estatal no priva a éste de su naturaleza de legislación básica¹¹³.

Tercero. El recurso de casación se podrá fundar en la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de Derecho estatal que no tenga carácter básico de idéntico contenido al precepto del Derecho autonómico aplicable en el litigio, porque el valor de complementar el ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil otorga a la jurisprudencia no desaparece por la existencia del Derecho autonómico¹¹⁴.

El esfuerzo de justificación se debe adaptar a la concreta casación que se prepara: habrá de ser mayor cuanto menos evidente resulte que “*la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea*”. En el bien entendido de que lo relevante no es la naturaleza estatal o autonómica de las disposiciones impugnadas en la instancia sino, en relación con la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, el carácter estatal o autonómico de las normas en las que la parte recurrente pretende fundar el recurso de casación¹¹⁵.

4.6. Fundamentar especialmente el interés casacional objetivo del recurso de casación y la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo

El escrito de preparación debe especialmente fundamentar, con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA].

Es la pieza clave del escrito de preparación y se debe diferenciar nítidamente de las demás¹¹⁶: el recurso de casación preparado sólo será admitido

¹¹³ Autos del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2018 (RQ 580/2017; ES:TS:2018:2646A), 1 de octubre de 2018 (RQ 67/2018; ES:TS:2018:10497A) y 13 de noviembre de 2020 (recurso 4304/2020; ES:TS:2020:10451A), entre otros.

¹¹⁴ Autos del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2018 (RQ 580/2017) o 1 de octubre de 2018 (RQ 67/2018) y 13 de noviembre de 2020 (recurso 4304/2020), entre otros.

¹¹⁵ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2018 (RQ 250/2018; ES:TS:2018:7421A) y 18 de marzo de 2019 (RC 5720/2018; ES:TS:2019:3458A).

¹¹⁶ Autos del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2017 (RQ 109/2016; ES:TS:2017:3673A), 24 de septiembre de 2018 (RQ 304/2018; ES:TS:2018:9816A), 14 de junio de 2019 (RQ 192/2019; ES:TS:2019:6539A), 28 de junio 2019 (RQ 212/2019; ES:TS:2019:7557A) o 18 de octubre de 2019 (RQ 352/2019; ES:TS:2019:10893A), entre otros.

a trámite si, a juicio de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, salvo cuando concorra la presunción *iuris et de iure* de interés casacional objetivo del artículo 88.3.b) LJCA¹¹⁷, en cuyo caso la Sección Primera está obligada a admitirlo.

Cualquiera que sea la clase de infracción denunciada, vicio *in procedendo* o vicio *in iudicando*, y la resolución judicial recurrida, sentencia o auto, el recurso de casación preparado sólo resultará admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia y resulta conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo. No obstante, la presencia de interés casacional objetivo en el recurso de casación preparado no exige que lo tengan todas y cada una de las infracciones denunciadas, basta con que lo tenga alguna de ellas para que sea admitido a trámite.

Los términos literales empleados por el Legislador en el artículo 88.1 LJCA, “[e]l recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia”, consienten tres iniciales precisiones¹¹⁸:

Primera. El interés es “*casacional*”: debe ser del recurso de casación, no del pleito de instancia. Ahora bien, las cuestiones jurídicas planteadas en la casación han de guardar relación con los términos del debate en la instancia, porque no se puede argumentar el interés casacional mediante el ardid consistente en imputar a la sentencia un pronunciamiento que ésta no contiene, para así construir artificiosamente un supuesto de interés casacional que, en abstracto pudiera ser relevante, pero que carece de virtualidad porque realmente no guarda correlación con el exacto contenido de la resolución judicial que se dice combatir en casación¹¹⁹.

Segunda. El interés casacional del recurso ha de ser “*objetivo*”: debe inequívocamente trascender el interés “*subjetivo*” del recurrente. El recurso de casación se admitirá en pos del *ius constitutionis* no del *ius litigatoris*.

¹¹⁷ Esta presunción será analizada en el subapartado 1 del apartado IV de este trabajo, a donde ahora procede remitir.

¹¹⁸ Tal y como dejé escrito en mis trabajos: “El interés casacional como llave de acceso a la reforma casación en materia tributaria”, *Nueva Fiscalidad*, noviembre-diciembre de 2016, pp. 95 a 98, y *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, ob. cit., pp. 52 a 55.

¹¹⁹ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2019 (RQ 523/2018, ES:TS:2019:12141A) y 29 de noviembre de 2019 (RQ 420/2019; ES:TS:2019:12706A).

Son ajenas a la finalidad del vigente recurso de casación las controversias que se reducen a cuestiones puramente casuísticas y singularizadas, carentes como tales de una dimensión hermenéutica del ordenamiento que permita apreciar su proyección o repercusión, al menos potencial, sobre otros posibles asuntos¹²⁰. La función nomofiláctica del recurso de casación impide atender a situaciones concretas, particulares o patológicas, debiendo —por el contrario— considerarse situaciones generales y aplicables a un gran número de sujetos¹²¹.

Tercera. El interés casacional objetivo del recurso de casación debe ser “*para la formación de la jurisprudencia*”: bien porque no existe y se considere que ha de ser formada, o bien porque la existente deba ser matizada, precisada o concretada para realidades jurídicas distintas e incluso corregida. Si la jurisprudencia está formada y consolidada sólo la cuidadosamente justificada necesidad de matizarla, precisarla, concretarla o incluso de corregirla justificaría la conveniencia de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo¹²².

Es posible la pérdida sobrevenida de interés casacional del recurso de casación preparado, porque existiera cuando se preparó y no perdure en el trámite de admisión ante la Sección Primera, al haber sido resuelta en el *interim* por el Tribunal Supremo correspondiente la cuestión jurídica suscitada¹²³: si fue resuelta en sentido contrario al defendido por la parte recurrente, el recurso de casación preparado será inadmitido a trámite sin costas, y si lo fue en el mismo sentido defendido por la parte recurrente, el recurso de casación preparado será admitido a trámite.

Este requisito del artículo 89.2.f) LJCA exige una fundamentación “*especial*”, de modo que la mera invocación de circunstancias y/o presunciones resulta insuficiente¹²⁴, y “*con singular referencia al caso*”, por lo que no cabe realizar una fundamentación de forma abstracta o desvinculada del

¹²⁰ Autos del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (RC 1132/2017; ES:TS:2017:5073A), 26 de septiembre de 2018 (RQ 238/2018; ES:TS:2018:9787A), 19 de noviembre de 2018 (RQ 243/2018; ES:TS:2018:12316A), 31 de octubre de 2019 (RQ 374/2019; ES:TS:2019:11509A), 21 de febrero de 2020 (RQ 601/2019; ES:TS:2020:1833A), 24 de septiembre de 2020 (RQ 216/2020; ES:TS:2020:8092A) o 26 de febrero de 2021 (RQ 34/2021; ES:TS:2021:2533A), entre otros.

¹²¹ Autos del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2019 (RC 4346/2018; ES:TS:2019:909A) o 5 de diciembre de 2019 (RQ 473/2019; ES:TS:2019:13032A).

¹²² Auto del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2018 (RC 2037/2018; ES:TS:2018:6289A).

¹²³ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2018 (RC 1772/2017; ES:TS:2018:3556A), 3 de octubre de 2018 (RC 2939/2018; ES:TS:2018:10383A), 9 de julio de 2019 (RC 1458/2019; ES:TS:2019:8018A) o 28 de enero de 2021 (RC 2884/2020; ES:TS:2021:1009A).

¹²⁴ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2017 (RC 15/2016; ES:TS:2017:274A) y 8 de mayo de 2017 (RQ 257/2017; ES:TS:2017:4346A).

concreto caso¹²⁵, de que concurren alguna o algunas de las “*circunstancias*” de interés casacional objetivo del artículo 88.2 LJCA y/o de las “*presunciones*” de interés casacional objetivo del artículo 88.3 LJCA, sin excepciones ni salvedades¹²⁶, y de la “*conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo*”, referida al interés general y no al interés particular del recurrente¹²⁷, incluso cuando no exista jurisprudencia en absoluto, porque su formación obedece a la necesidad de interpretar las normas jurídicas para su común aplicación¹²⁸.

El cumplimiento del requisito expuesto es una carga procesal que pesa sobre la parte que anuncia la casación y su omisión no puede ser suplida de oficio por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, a la que no se le puede requerir que reconstruya o reelabore el escrito de preparación, en el sentido de enmendar las imperfecciones del mismo, en perjuicio de la parte contraria¹²⁹. Únicamente se podrá exceptuar de forma casuística el rigor de esta regla del artículo 89.2.f) LJCA cuando en una valoración singularizada de la sistemática y contenido del escrito de preparación se aprecie con toda evidencia, esto es, de forma inmediata y sin margen para la duda, que la indicación “*especialmente*”, aun no habiéndose precisado con la necesaria separación formal, se puede considerar hecha, a tenor de lo manifestado en otros apartados del escrito de preparación¹³⁰.

La mera invocación de la supuesta infracción de un derecho fundamental por la resolución judicial impugnada no exime de la obligación de fundamentar especialmente, con singular referencia al caso, el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia del recurso de casación preparado y la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo¹³¹. Se ciega así una posible vía de acceso a la casación de asuntos sin interés

¹²⁵ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2017 (RQ 170/2017; ES:TS:2017:4379A) y 9 de febrero de 2018 (RQ 578/2017; ES:TS:2018:1865A).

¹²⁶ Auto del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2018 (RQ 417/2018; ES:TS:2018:13710A).

¹²⁷ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2019 (RC 4346/2018; ES:TS:2019:909A), 4 de abril de 2019 (RQ 515/2018; ES:TS:2019:3648A) y 5 de febrero de 2021 (RQ 391/2020; ES:TS:2021:881A).

¹²⁸ Auto del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2017 (RC 3666/2017; ES:TS:2017:10011A).

¹²⁹ Autos del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2019 (RQ 28/2019; ES:TS:2019:3149A) o 22 de enero de 2021 (RQ 521/2020; ES:TS:2021:711A).

¹³⁰ Autos del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2017 (RQ 195/2017; ES:TS:2017:12551A) y 22 de marzo de 2019 (RQ 60/2019; ES:TS:2019:3144A), entre otros.

¹³¹ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017 (RQ 188/2017; ES:TS:2017:5527A), 11 de julio de 2018 (RQ 188/2018; ES:TS:2018:7747A), 8 de enero de 2019 (RQ 365/2018; ES:TS:2019:21A), 13 de junio de 2019 (RQ 115/2019; ES:TS:2019:6981A), 22 de mayo de 2020 (RQ 164/2020; ES:TS:2020:3083A) o 22 de noviembre de 2020 (RQ 423/2020; ES:TS:2020:11032A).

casacional objetivo, lo que no sería problemático en estos casos si la segunda instancia estuviera generalizada en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero lo cierto es que no lo está.

El deber de fundamentar especialmente, con singular referencia al caso, el interés casacional objetivo del recurso de casación preparado y la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo no se relaja o debilita porque se hayan admitido a trámite otros recursos de casación con similar contenido¹³², y se refuerza cuando la norma cuya infracción se denuncia haya sido derogada o cuando dicha norma tiene carácter transitorio, porque en tales casos resulta más difícil constatar la existencia de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia basado en la necesidad de procurar certeza y seguridad jurídica al ordenamiento jurídico, pero no imposible: proyección de la cuestión jurídica planteada en futuros litigios, enorme trascendencia social y/o económica de la cuestión jurídica suscitada, cuestión jurídica planteada respecto de normas de igual o similar contenido que las vigentes¹³³.

Cuando en el escrito de preparación se invocan circunstancias del artículo 88.2 LJCA y presunciones del artículo 88.3 LJCA se deben invocar y justificar de forma separada, dada su distinta trascendencia procesal¹³⁴.

III. CIRCUNSTANCIAS DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO

El apartado 2 del artículo 88 LJCA enumera nueve circunstancias en la que, “*entre otras*”, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo podrá apreciar la existencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en el recurso de casación preparado.

Es patente, por tanto, la necesidad de diferenciar entre las circunstancias de interés casacional objetivo enumeradas y las no enumeradas.

¹³² Véase, por todos, el auto del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2018 (RQ 417/2018; ES:TS:2018:13710A).

¹³³ Autos del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2017 (RC 2827/2017; ES:TS:2017:10774A), 21 de febrero de 2019 (RC 2600/2018; ES:TS:2019:2233A), 5 de junio de 2020 (RC 7355/2019; ES:TS:2020:3681A) o 5 de febrero de 2021 (RC 6076/2020; ES:TS:2021:1019A), entre otros.

¹³⁴ Autos del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2018 (RC 643/2017; ES:TS:2018:382A), 3 de octubre de 2018 (RQ 346/2018; ES:TS:2018:10764A) o 12 de abril de 2019 (RQ 73/2019; ES:TS:2019:4403A), entre otros.

1. No ENUMERADAS

La excepcionalidad de la invocación de estas “*otras circunstancias*” de interés casacional objetivo en la configuración legal del recurso de casación exige del recurrente que, en el escrito de preparación, al menos¹³⁵:

- i. Advierta expresamente que el interés casacional objetivo del recurso no se fundamenta ni en las circunstancias del artículo 88.2 LJCA ni en las presunciones del artículo 88.3 LJCA, y
- ii. Justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada, que lógicamente no habrá de ser reconducible a alguna de las circunstancias del apartado 2 o de las presunciones del apartado 3 del artículo 88 LJCA.

2. ENUMERADAS

Antes de proceder al análisis de la doctrina sentada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sobre las distintas circunstancias enumeradas por el artículo 88.2 LJCA, se debe subrayar que la concurrencia de una o de varias no le obliga a admitir el recurso de casación, sólo le permite hacerlo, motivando en el auto de admisión por qué aprecia la presencia de interés casacional.

2.1. *Contradicción con la doctrina de otros órganos jurisdiccionales*

La letra a) del artículo 88.2 LJCA permite apreciar interés casacional cuando la resolución impugnada “[f]ije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido”.

Es patente que la existencia de contradicción entre las resoluciones judiciales (sentencias y autos) no garantiza la admisión a trámite del recurso de casación preparado, porque no se trata de una reedición del extinguido recurso de casación para la unificación de doctrina y puede no ser necesario y/o conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo. Precisamente por eso basta con que las cuestiones sean “*sustancialmente iguales*”, no siendo necesaria la conocida triada, subjetiva, fáctica y jurídica, exigida en el derogado recurso de casación para la unificación doctrina: “*mismos litigan-*

¹³⁵ Autos del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2020 (RQ 121/2020; ES:TS:2020:3065A) o 2 de marzo de 2020 (RQ 37/2020; ES:TS:2020:2115A), por citar dos recientes.

tes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales” (artículo 96.1 LJCA, actualmente sin contenido). Ahora bien, aunque la identidad sustancial exigible no es la del recurso de casación para la unificación de doctrina, tampoco se diluye hasta admitir una mera relación indirecta o puramente teórica¹³⁶.

La contradicción entre las resoluciones judiciales comparadas ha de ser ontológica, derivada de dos proposiciones que, al mismo tiempo, no pueden ser jurídicamente hablando verdaderas o correctas y falsas o incorrectas. Por tanto, la contradicción ha de ser consecuencia de la distinta interpretación de las normas jurídicas, no de la distinta valoración de la prueba o de las diferentes circunstancias fácticas concurrentes¹³⁷.

La expresión “*contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido*”:

- i. No limita la contradicción a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos¹³⁸.
- ii. Sí impide invocar la contradicción entre resoluciones del mismo órgano jurisdiccional, fruto o no de un cambio de criterio razonado y justificado. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sólo exige que no sean de la misma Sala y Sección¹³⁹.
- iii. No impide invocar la contradicción con la doctrina del Tribunal Supremo, pero en tales casos, conforme a la doctrina de la Sección Primera, la presencia de interés casacional requerirá que sea necesario: (i) matizar, precisar o concretar la jurisprudencia existente; (ii) reafirmar, reforzar o ampliar esa jurisprudencia, o (iii) reconsiderarla o corregirla¹⁴⁰.

¹³⁶ Véase el auto del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2019 (RC 694/2018; ES:TS:2019:190A).

¹³⁷ Véanse, por todos, los autos de 27 de noviembre de 2017 (RQ 619/2017; ES:TS:2017:11333A), 2 de abril de 2018 (RQ 651/2017; ES:TS:2018:3467A) o 19 de febrero de 2021 (RQ 533/2020; ES:TS:2021:2109A).

¹³⁸ Autos del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2017 (RQ 346/2017; ES:TS:2017:6518A), 11 de julio de 2018 (RC 6304/2017; ES:TS:2018:7636A) o 29 de marzo de 2019 (RC 6991/2018; ES:TS:2019:3773A), entre otros.

¹³⁹ Autos del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017 (RC 2787/2017; ES:TS:2017:9797A), 16 de abril de 2018 (RQ 47/2018; ES:TS:2018:4120A), 28 de junio de 2019 (RC 5348/2019; ES:TS:2019:8413A) o 29 de enero de 2021 (RQ 450/2020; ES:TS:2021:1836A), entre otros.

¹⁴⁰ Autos del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2020 (RQ 392/2020; ES:TS:2020:12234A) o 4 de diciembre de 2020 (RQ 408/2020; ES:TS:2020:11956A), entre los últimos.

La contradicción con la doctrina del TC o la jurisprudencia del TJUE se incluyen en las letras e) y f), respectivamente, del artículo 88.2 LJCA, por lo que claramente allí se deben reconducir.

La contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no está incluida en ninguna de las otras circunstancias del artículo 88.2 LJCA y su encaje en esta de la letra a) de dicho precepto resulta problemático, como ha hecho notar HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO¹⁴¹, porque el ámbito de cognición que le corresponde (interpretación del Convenio de Roma y de sus protocolos) no comprende ni el Derecho estatal ni el Derecho de la Unión Europea, y, sin embargo, se debe recordar que el artículo 10.2 CE reconoce a su jurisprudencia carácter informador en la interpretación de los derechos y libertades fundamentales que proclama. De todos modos, siempre cabrá invocar el carácter de *numerus apertus* de la enumeración de circunstancias del artículo 88.2 LJCA para denunciar esa contradicción, si se entiende que no cabe en esta letra a) del artículo 88.2 LCA.

El escrito de preparación deberá contener al menos¹⁴²:

- i. La cita precisa y detallada de las sentencias o autos de otros órganos jurisdiccionales eventualmente contradictorias con la resolución judicial recurrida;
- ii. El análisis que permita constatar la “sustancial igualdad” de las cuestiones resueltas en unas y otra, en el bien entendido de que la “cuestión” cuya igualdad se predica viene determinada tanto por la norma jurídica aplicada como por la realidad a la que ésta se aplica, y
- iii. La expresión de que las resoluciones judiciales confrontadas optan por tesis hermenéuticas divergentes, contradictorias e incompatibles.

En fin, la comparación entre las resoluciones judiciales contradictorias no puede obviarse so pretexto de que resulta evidente¹⁴³.

2.2. Doctrina gravemente dañosa para el interés general

La letra b) del artículo 88.2 LJCA permite apreciar interés casacional cuando la resolución impugnada “*[s]iente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales*”.

¹⁴¹ Confróntese, “La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)”, ob. cit., pp. 11 y 12.

¹⁴² Autos del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2020 (RQ 439/2020; ES:TS:2020:11887A, y RC 1714/2020; ES:TS:2020:11576A) o 12 de marzo de 2021 (RQ 440/2020; ES:TS:2021:2878A), entre los más recientes.

¹⁴³ Auto del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2019 (RQ 43/2019; ES:TS:2019:2123A).

La alusión a esta circunstancia en el escrito de preparación resulta obligada cuando se impugna una sentencia dictada en única instancia por un Juzgado, pues no se olvide que constituye un requisito de recurribilidad casacional de dichas sentencias, conforme al artículo 86.1 LJCA, la presencia en ellas de una doctrina que se reputa “*gravemente dañosa para los intereses generales*”.

Lo dicho sobre ese concepto jurídico indeterminado al analizar dicho requisito procesal será igualmente extensible a esta circunstancia de interés casacional objetivo.

La invocación de esta concreta circunstancia obliga a que en el escrito de preparación¹⁴⁴:

- i. Se expliciten, de manera sucinta pero expresiva, las razones por las que la doctrina que contiene la resolución judicial discutida pueda resultar gravemente dañosa para los intereses generales,
- ii. Vinculando el perjuicio a tales intereses generales con la realidad a la que la resolución judicial aplica su doctrina, y
- iii Sin que baste al respecto la mera afirmación apodíctica de que el criterio de la resolución judicial recurrida los lesiona.

2.3. Afección de un gran nº de situaciones

La letra c) del artículo 88.2 LJCA permite apreciar interés casacional cuando la resolución impugnada “[a]fecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso”.

Esta circunstancia se refiere a la virtualidad expansiva de la doctrina contenida en la resolución judicial recurrida en casación, lo que implica su proyección o influencia sobre numerosas situaciones similares, y debe estar razonada y justificada en relación con la concreta infracción jurídica imputada a dicha resolución judicial. Como es lógico pensar, tal afectación será tanto más difícil de justificar cuanto más casuística sea la materia objeto del pleito¹⁴⁵.

La invocación de esta circunstancia exige del recurrente que, salvo cuando sea un hecho notorio, en el escrito de preparación¹⁴⁶:

¹⁴⁴ Véanse, a título de ejemplo, los autos del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2020 (RQ 341/2020; ES:TS:2020:10811A) y 16 de octubre de 2020 (RQ 340/2020; ES:TS:2020:9282A).

¹⁴⁵ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2021 (RQ 176/2020; ES:TS:2021:1803A) y 13 de noviembre de 2020 (RQ 213/2020; ES:TS:2020:11023A).

¹⁴⁶ Véanse, a título de ejemplo, los autos del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2020 (RQ 341/2020) y 16 de octubre de 2020 (RQ 340/2020), antes mencionados.

- i. Haga explícita esa afección, exteriorizando en un sucinto pero ineludible análisis la previsible influencia de la doctrina en otros muchos supuestos,
- ii. Sin que sean suficientes las meras referencias genéricas y abstractas, que presupongan sin más tal afección,
- iii. Ni tampoco baste la afirmación de que se produce por tratarse de la interpretación de una norma jurídica, cuya aplicación a un número indeterminado de situaciones forma parte de su naturaleza intrínseca.

2.4. Improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad no esclarecida

La letra d) del artículo 88.2 LJCA permite apreciar interés casacional cuando la resolución impugnada *“[r]esuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida”*.

Esta circunstancia no habilita la preparación de recursos de casación que se limiten a denunciar la denegación del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, invocando como infringidos los artículos 163 CE¹⁴⁷ y 35 LOTC¹⁴⁸, porque esos preceptos no establecen una obligación sino una

¹⁴⁷ “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

¹⁴⁸ “Uno. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

Tres. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión”.

prerrogativa de los juzgados o tribunales de la que harán uso sólo cuando lo consideren justificado¹⁴⁹.

Al paio de esta circunstancia tampoco cabe preparar recursos de casación que efectúen una crítica abstracta sobre la constitucionalidad de un precepto con rango de ley, se debe justificar en el escrito de preparación¹⁵⁰:

- i. Que existió debate en la instancia sobre la procedencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.
- ii. Que existieron dudas fundadas sobre la constitucionalidad de la norma legal concernida.
- iii. Que la sentencia finalmente dictada por el Tribunal *a quo* no dio respuesta a la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

2.5. Errónea interpretación y aplicación de una doctrina constitucional

La letra e) del artículo 88.2 LJCA permite apreciar interés casacional cuando la resolución impugnada “[i]nterprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional”.

Cuando invoque esta circunstancia en el escrito de preparación, el recurrente debe dar cumplida respuesta a las tres siguientes preguntas¹⁵¹:

1ª. ¿Qué interpretación o aplicación de la doctrina constitucional ha realizado a juicio del recurrente el órgano jurisdiccional *a quo*?

2ª. ¿Qué razón o razones conducen a pensar que la doctrina constitucional se ha aplicado con error?

3ª. ¿Cómo se verifica que todo ello ha constituido el fundamento de la decisión alcanzada?

Tales requisitos no se satisfacen cuando no se especifica cuál es la doctrina constitucional a la que se refiere la parte y qué resoluciones del Tribunal Constitucional la recogen¹⁵².

¹⁴⁹ Véanse, por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 129/2013, de 4 de junio (ES:TC:2013:129), FJ 6.a), y 22/2018, de 5 de marzo (ES:TC:2018:22), FJ 5.

¹⁵⁰ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2018 (RC 4141/2018; ES:TS:2018:11842A) y 13 de diciembre de 2019 (RQ 439/2019; ES:TS:2019:13099A).

¹⁵¹ A título de ejemplo, confróntese en los autos del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2020 (RQ 73/2020; ES:TS:2020:3093A), 24 de enero de 2020 (RC 1837/2019; ES:TS:2020:290A), 1 de marzo de 2019 (RQ 43/2019; ES:TS:2019:2123A) o 18 de septiembre de 2017 (RQ 149/2017; ES:TS:2017:8452A).

¹⁵² Auto del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2019 (RQ 19/2019; ES:TS:2019:6021A).

2.6. Errónea interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea

La letra f) del artículo 88.2 LJCA permite apreciar interés casacional cuando la resolución impugnada “[i]nterprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial”.

Esta letra incluye dos variantes en relación con la interpretación y aplicación del Derecho de la UE por la resolución judicial recurrida: (i) que se efectúe en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE o (ii) que se efectúe en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

Con respecto de la segunda variante, baste decir que esta circunstancia no habilita la preparación de recursos de casación contencioso-administrativos que se limiten a denunciar la denegación del planteamiento de una cuestión prejudicial por el Juez o la Sala *a quo* y/o a interesar su planteamiento por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, porque el diálogo prejudicial se entabla entre los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea y el TJUE, cuando aquéllos lo consideran pertinente y sólo están obligados los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno, conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁵³, siempre que no pueden razonablemente entender y justificar que se trata de un acto “claro” o de un acto “aclarado”, en la conocida terminología de la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1982, *CIL-FIT/Ministero della Sanità* (C-283/81; EU:C:1982:335)¹⁵⁴. En este particular,

¹⁵³ Dispone este precepto, en lo que ahora importa: “Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”.

¹⁵⁴ Como se puede leer en la relevante sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (Précompte mobilier)* (C-416/17; C:2018:811): (i) “la obligación de plantear una cuestión prejudicial que establece la disposición que acaba de citarse tiene principalmente como razón de ser impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se atenga a las normas del Derecho de la Unión (sentencia de 15 de marzo de 2017, *Aquino*, C-3/16, EU:C:2017:209, apartado 33 y jurisprudencia citada)” (apartado 109), y (ii) “[t]al obligación no incumbirá ciertamente al órgano jurisdiccional nacional cuando este haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata ha sido ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna, debiendo valorarse la existencia de tal eventualidad en función de

desde el punto de vista del artículo 24 CE, ha de tenerse en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional, resumida en el fundamento jurídico 4 de la sentencia 37/2019, de 26 de marzo (ES:TC:2019:37)¹⁵⁵.

las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 1982, Cilfit y otros, 283/81, EU:C:1982:335, apartado 21; de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartados 38 y 39, y de 28 de julio de 2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, EU:C:2016:603, apartado 50) (apartado 110). Concluyó el TJUE en esta sentencia que “*incumbía al Conseil d’État (Consejo de Estado), en tanto que órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, con el fin de excluir el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartado 44)*” (apartado 113). Con este pronunciamiento quedó reforzado el carácter objetivo de los criterios del acto “claro” o del acto “aclarado”, puesto que el riesgo de interpretación errónea del Derecho de la Unión Europea obliga al planteamiento de la cuestión prejudicial.

¹⁵⁵ Donde se lee: “*de manera sintética, nuestra doctrina quedaría así expresada: a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga esta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5 a)]. Tal duda objetiva puede derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, FFJJ 13-14); b) Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes: inaplicar una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del “acto aclarado”, en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que “la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo” (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, Cilfit, apartado 13) como, por ejemplo, se examinó en la ya citada STC 194/2006; c) En sentido contrario a lo anterior, “dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE” [STC 232/2015, FJ 5 b)], con cita de las anteriores SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3]; d) Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del “acto aclarado”, también hemos dicho que “corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva” [STC 232/2015, FJ 5 c)], con cita de las anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6; en igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5 b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2, y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2].”*

Con respecto a la primera variante, esto es, a la contradicción aparente con la doctrina del TJUE, baste destacar que, conforme a la consolidada jurisprudencia, en el escrito de preparación el recurrente deberá¹⁵⁶:

- i) Identificar con suficiente precisión las resoluciones del TJUE que interpretan el Derecho de la Unión Europea de forma contradictoria con la interpretación seguida en la resolución judicial que se impugna;
- ii) Exponer el objeto o contenido de esas resoluciones sometidas a contraste y explicar en qué medida son contradictorias;
- iii) Razonar la incidencia de la divergencia interpretativa sobre el sentido del “fallo” de la resolución judicial combatida en casación; y
- iv) En definitiva, fundamentar la pertinencia de esa comparación entre la resolución judicial combatida en casación y la del TJUE que supuestamente la contradice.

La ampliación de las resoluciones judiciales recurribles en casación y la existencia de esta circunstancia de interés casacional facultan a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo para controlar la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea efectuado por los Juzgados o Salas *a quo* de este orden jurisdiccional.

2.7. Resolución de un proceso en el que se impugnó una disposición general

La letra g) del artículo 88.2 LJCA permite apreciar interés casacional cuando la resolución impugnada “[r]esuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general”.

Si la sentencia recurrida declara nula una disposición de carácter general, el interés casacional se presume en el artículo 88.3.c) LJCA, por lo que, lógicamente, ese será el precepto a invocar en el escrito de preparación.

Aunque esta circunstancia de interés casacional no distingue entre la impugnación directa o indirecta de una disposición general, tales impugnaciones no pierden su naturaleza en casación, por lo que se debe recordar la consolidada doctrina jurisprudencial que excluye de la “*impugnación indirecta*” la denuncia de infracciones formales en el procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Véanse los autos del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2020 (RQ 329/2020; ES:TS:2020:10334A) o 30 de abril de 2020 (RQ 591/2019; ES:TS:2020:2640A), entre los recientes.

¹⁵⁷ Sólo lo son las que forman parte del conocido como *interna corporis*. Véanse las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2021 (RRC 4783/2018; ES:TS:2021:205, y 2314/2019;

En fin, la invocación de esta circunstancia (i) no requiere que el Juez o Sala *a quo* tenga competencia para anular el precepto indirectamente impugnado, lo relevante es que se haya cuestionado la validez de una disposición de carácter general, sea del Derecho estatal o del Derecho de la Unión Europea¹⁵⁸, y (ii) no resulta procedente cuando se impugna concreta y únicamente el auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares del pleito principal en que se haya impugnado una disposición de carácter general¹⁵⁹.

2.8. Resolución de un proceso en el que se impugnó un convenio entre administraciones públicas

La letra h) del artículo 88.2 LJCA permite apreciar interés casacional cuando la resolución impugnada “[r]esuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas”.

Estos convenios se encuentran regulados en los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a donde se habrá de acudir en caso de duda sobre la naturaleza jurídica del convenio. Al ser esto así, no cabe considerar como tales a los convenios internacionales firmados entre Estados para evitar la doble imposición y ratificados de acuerdo con los respectivos ordenamientos constitucionales, porque tienen rango de tratado internacional y un carácter normativo distinto a los meros acuerdos interadministrativos¹⁶⁰.

Esta circunstancia de interés casacional también puede ser invocada cuando en el pleito se suscita una cuestión litigiosa sobre los actos de ejecución de un convenio interadministrativo para cuya resolución se exija interpretarlo¹⁶¹.

ES:TS:2021:105), que abogan por el principio de judicialización plena de las disposiciones administrativas generales.

¹⁵⁸ Auto del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017 (RC 4535/2017; ES:TS:2017:11446A).

¹⁵⁹ Auto del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2018 (RC 4266/2017; ES:TS:2018:3851A).

¹⁶⁰ Auto del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2019 (RC 1374/2019; ES:TS:2019:5096A).

¹⁶¹ Autos del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2017 (RC 4797/2017; ES:TS:2017:11408A) y 22 de febrero de 2019 (RC 6020/2018; ES:TS:2019:1913A).

2.9. Resolución judicial dictada en un proceso especial de protección de derechos fundamentales

La letra i) del artículo 88.2 LJCA permite apreciar interés casacional cuando la resolución impugnada “[h]aya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales”.

Deben ser resoluciones judiciales recurribles en casación, sentencias o autos, que hayan sido dictadas en el marco de los hoy vigentes artículos 114 a 122 *quater* LJCA, por lo que la invocación de esta circunstancia carece de sentido si el pleito no se ha seguido por ese cauce procedimental especial¹⁶².

Su concurrencia constituye sólo un indicio del interés casacional objetivo del recurso de casación preparado, que no determina su admisión automática¹⁶³, aunque se trata de un indicio dotado de una fuerza singular, porque el juez de lo contencioso-administrativo es el juez ordinario en la tutela de los derechos fundamentales conforme deriva del artículo 53.2 CE¹⁶⁴, pero dicha fuerza singular ha de ser conciliada con la vocación nomofiláctica del vigente recurso de casación contencioso-administrativo¹⁶⁵.

IV. PRESUNCIONES DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO

El apartado 3 del artículo 88 LJCA enumera cinco supuestos en los que se presume la existencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

Se trata de un *numerus clausus* y la regla general es la presunción *iuris tantum*. Aparentemente hay dos supuestos de presunción *iuris et de iure* en dicho artículo 88.3, el contenido en la letra b), cuando la resolución judicial recurrida “*se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente por considerarla errónea*”, y el contenido en la letra c), “*cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general*”, pero sólo apa-

¹⁶² Autos del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2019 (RQ 267/2019; ES:TS:2019:8138A) o 24 de enero de 2020 (RQ 543/2019; ES:TS:2020:468A).

¹⁶³ Autos del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2020 (RC 1776/2019; ES:TS:2020:6093A) o 24 de enero de 2020 (RQ 543/2019), entre los últimos.

¹⁶⁴ “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*”.

¹⁶⁵ Auto del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2019 (RC 5035/2018; ES:TS:2019: 3460A).

rentemente, porque esta última presunción puede ser destruida cuando esa disposición general declarada nula, “*con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente*” [letra c)].

La inadmisión a trámite de un recurso de casación preparado en el que se invoquen presunciones será posible cuando la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo aprecie en auto motivado: (i) que “*el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia*” [letras a), d) y e) del artículo 88.3 LJCA], o (ii) que la disposición general declarada nula, “*con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente*” [letra c) del artículo 88.3 LJCA]. Ahora bien, la inadmisión del recurso de casación preparado mediante auto, prevista específicamente para las presunciones en el artículo 90.3.b) LJCA¹⁶⁶, sólo opera cuando el escrito de preparación cumpla con todos los presupuestos y requisitos del artículo 89.2 LJCA, si no lo hace podrá ser inadmitido por providencia, como sucede cuando la Sección Primera constate que no concurre el presupuesto de la presunción o de las presunciones de interés casacional objetivo invocadas en el escrito de preparación.

A la vista de lo expuesto conviene diferenciar para su análisis entre el único supuesto de presunción *iuris et de iure* y los cuatro supuestos de presunción *iuris tantum*.

1. PRESUNCIÓN *IURIS ET DE IURE*: APARTAMIENTO DELIBERADO DE LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE POR CONSIDERARLA ERRÓNEA

Se presumirá que existe interés casacional, conforme a la letra b) del artículo 88.3 LJCA, cuando la resolución judicial recurrida “*se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea*”.

Esta presunción *iuris et de iure* de interés casacional constituye un instrumento tanto para defender la jurisprudencia existente como para lograr su modificación, porque permite a los Juzgados o Salas *a quo* exponer las razones jurídicas que conducirían a su reconsideración. Conviene subrayar que los Juzgados o Salas *a quo* no están vinculados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo cuando éste haya fijado doctrina legal, porque, como se lee en el fundamento jurídico 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2012 (ES:TC:2012:37), “*la independencia judicial (art. 117 CE)*

¹⁶⁶ “*La resolución sobre la admisión o inadmisión del recurso adoptará la siguiente forma: b) En los supuestos del apartado 3 del artículo 88, en los que se presume la existencia de interés casacional objetivo, la inadmisión se acordará por auto motivado en el que se justificará que concurren las salvedades que en aquél se establecen*”.

permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (art. 1.6 CC), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva”.

La excepcionalidad de esta presunción *iuris et de iure* de interés casacional en la vigente configuración legal de la casación, pues es la única cuya concurrencia obliga a admitir a trámite el recurso preparado, permitía asegurar su restrictiva interpretación por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, tal y como en la práctica ha sucedido.

Es doctrina jurisprudencial consolidada por dicha Sección la que exige a quien invoca esta presunción del artículo 88.3.b) LJCA justificar en el escrito de preparación que el apartamiento denunciado lo ha sido de la “*jurisprudencia*”, es decir, de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (artículo 1.6 del Código Civil); y que tal apartamiento ha sido “*deliberado*”, es decir, expreso, consciente y reflexivo, sin que baste con denunciar una mera inaplicación o una aplicación equivocada de la jurisprudencia por el órgano judicial *a quo*, se exige a la parte recurrente justificar que la resolución judicial impugnada: (i) ha hecho una mención expresa de la jurisprudencia, (ii) ha señalado que la conoce y la ha valorado jurídicamente, y (iii) se ha apartado de ella expresamente por entender que no es correcta¹⁶⁷.

Excepcionalmente la Sección Primera ha aceptado la concurrencia de esta presunción, pese a no constar en la resolución judicial recurrida la mención expresa a ese apartamiento deliberado por considerarla errónea, cuando el rechazo de jurisprudencia, aunque no se hace explícitamente, si es ostensible y manifiesto¹⁶⁸, pero dejando claro que, fuera de estos casos excepcionales, la regla general sigue siendo que sólo cabe apreciar la válida invocación del artículo 88.3.b) LJCA cuando el órgano judicial de instancia se ha apartado de la jurisprudencia de manera deliberada, es decir, intencionada, y cuando así lo ha declarado de forma expresa.

Para despejar cualquier atisbo de duda, la Sección Primera ha sostenido recientemente que, cuando se invoca en el escrito de preparación esta presunción del artículo 88.3.b) LJCA, con el argumento de que la sentencia impugnada se ha apartado de la jurisprudencia no de forma explícita pero sí

¹⁶⁷ Autos del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2020 (RQ 392/2020; ES:TS:2020:12234A) o 4 de diciembre de 2020 (RQ 279/2020; ES:TS:2020:12235A), entre los recientes.

¹⁶⁸ Auto del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2020 (RC 3684/2019; ES:TS:2020:1782A).

ostensible y manifiesta, corresponde a la parte que anuncia el recurso desarrollar cuidadosamente tal afirmación, con una cumplida argumentación que explique detalladamente por qué, en atención a las circunstancias del debate procesal entablado, sólo cabe concluir que aun no existiendo una apartamiento confesado de la jurisprudencia, se debe entender que tal apartamiento se ha producido de forma tan indubitada que se puede considerar deliberada, por mucho que no fuera explícita (obvio es que las afirmaciones meramente asertivas o apodícticas, que prácticamente dan por supuesto tal apartamiento, carecen de utilidad alguna a estos efectos)¹⁶⁹.

2. PRESUNCIONES *IURIS TANTUM*

Ninguna de estas presunciones de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia obliga a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo a admitir a trámite el recurso de casación preparado.

Si en el escrito de preparación se invocan las presunciones de las letras a), d) y e) del artículo 88.3 LJCA, podrá inadmitirlo cuando aprecie en auto motivado que “*el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia*”¹⁷⁰:

- (i) Por tal “asunto” se ha de entender no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y
- (ii) La inclusión del adverbio “manifiestamente” implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso. Verbigracia: cuando verse sobre infracciones circunscritas a las concretas vicisitudes del caso, sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios, o cuando planteé cuestiones abordadas y resueltas por la jurisprudencia, sin aportar argumentos sólidos en pro de una reconsideración o cambio de la doctrina jurisprudencial.

¹⁶⁹ Auto del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2021 (RQ 572/2020; ES:TS:2021:4490A).

¹⁷⁰ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2017 (RC 150/2016; ES:TS:2017:1937A), 10 de diciembre de 2018 (RC 998/2018; ES:TS:2018:13117A), 15 de noviembre de 2019 (RC 3812/2019; ES:TS:2019:12143A), 23 de octubre de 2020 (RC 7712/2019; ES:TS:2020:9671A) y 26 de febrero de 2021 (RC 6797/2020; ES:TS:2021:2224A).

Si en el escrito de preparación se invoca la presunción de la letra c) del artículo 88.3 LJCA, podrá inadmitirlo cuando en auto motivado considere que la disposición general declarada nula por la sentencia recurrida, “*con toda evidencia, care[ce] de la trascendencia suficiente*”, esto es, de una suficiente relevancia social y jurídica.

2.1. Inexistencia de jurisprudencia sobre las normas aplicadas

Se presumirá que existe interés casacional, conforme a la letra a) del artículo 88.3 LJCA, “*cuando en la resolución judicial impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia*”.

Por jurisprudencia se ha de entender la emanada del Tribunal Supremo, incluyendo sentencias y autos, en los términos previstos en el artículo 1.6 del Código Civil *a priori*¹⁷¹, pero sin descartar que una única sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conforme al vigente régimen casacional se considere jurisprudencia por su Sección Primera, al no entender necesario matizar, precisar, ampliar, ratificar o reconsiderar la doctrina jurisprudencial en ella sentada.

La inexistencia de jurisprudencia se vincula legalmente a las normas jurídicas aplicadas, por lo que se debe aclarar en qué particular no existe jurisprudencia, puesto que no se puede pretender, en el contexto de un recurso de casación con vocación nomofiláctica y de generación de jurisprudencia uniforme, que esta presunción incluya la inexistencia de una resolución específica que resuelva un supuesto singular idéntico en sus aspectos fácticos al que se recurra en cada momento ante el Tribunal Supremo¹⁷², lo que hace inútiles los planteamientos condicionados por las circunstancias del pleito o supeditados a ellas [singularidades carentes de la nota de generalidad exigible].

La invocación de esta presunción no excluye la obligación de justificar la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, porque el nuevo sistema casacional no le obliga a pronunciarse siempre que no exista jurisprudencia sobre un determinado precepto, sino sólo cuando tal pronunciamiento sea conveniente para el interés general¹⁷³.

¹⁷¹ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2018 (RC 3847/2018; ES:TS:2018:10971A) y 29 de octubre de 2020 (RC 560/2020; ES:TS:2020:10431A).

¹⁷² Autos del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2021 (RC 5026/2020; ES:TS:2021:3430A) y 5 de febrero de 2021 (RQ 391/2020; ES:TS:2021:881A), entre los más recientes.

¹⁷³ Auto del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2019 (RC 4346/2018; ES:TS:2019:909A).

Si los términos de la norma jurídica sobre la que no existe jurisprudencia son claros, no hace falta jurisprudencia que los interprete: *in claris non fit interpretatio*¹⁷⁴.

La inexistencia de jurisprudencia no se debe entender en términos absolutos, sólo cuando no exista, sino relativos, también cuando se deba matizar, precisar o concretar la existente para realidades jurídicas distintas de las examinadas en esa jurisprudencia¹⁷⁵.

Si el Derecho citado como infringido ha sido derogado o tiene carácter transitorio se debe justificar cuidadosamente por qué, pese a ello, el recurso de casación sigue presentando interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia¹⁷⁶.

2.2. Declaración de nulidad de una disposición general

Se presumirá que existe interés casacional, conforme a la letra c) del artículo 88.3 LJCA, “*cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente*”.

La trascendencia de la disposición general declarada nula por la sentencia impugnada se erige en la clave para que opere esta presunción.

La parte recurrente puede y debe razonar cumplidamente en el escrito de preparación sobre la trascendencia (relevancia social y jurídica) de la disposición general anulada (total o parcialmente): (i) la omisión de este razonamiento, (ii) la notoria insuficiencia del razonamiento efectuado o (iii) la insuficiente trascendencia de la disposición general declarada nula determinarán la inadmisión de recurso de casación preparado por auto motivado¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Autos del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2018 (RC 41/2018; ES:TS:2018:3543A), 17 de enero de 2019 (RC 5073/2018; ES:TS:2019:522A) o 23 de julio de 2020 (RC 978/2020; ES:TS:2020:5565A), entre otros.

¹⁷⁵ Autos del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2021 (RC 4886/2020; ES:TS:2021:2205A) y 20 de noviembre de 2020 (RC 3499/2020; ES:TS:2020:10788A), entre los más recientes.

¹⁷⁶ Autos del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2017 (RC 2827/2017; ES:TS:2017:10774A), 21 de febrero de 2019 (RC 2600/2018; ES:TS:2019:2233A), 5 de junio de 2020 (RC 7355/2019; ES:TS:2020:3681A) o 5 de febrero de 2021 (RC 6076/2020; ES:TS:2021:1019A), entre otros.

¹⁷⁷ Autos del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2021 (RC 7572/2019; ES:TS:2021:1145A), 26 de noviembre de 2020 (RC 2988/2020; ES:TS:2020:11499A) o 14 de julio de 2020 (RC 6700/2019; ES:TS:2020:5527A), entre los recientes.

La invocación de esta presunción resulta improcedente cuando lo controvertido en casación es la parte de la disposición general que no haya sido declarada nula¹⁷⁸.

2.3. Recursos contra actos o disposiciones de los órganos reguladores o de supervisión estatales competencia de la Audiencia Nacional

Se presumirá que existe interés casacional, conforme a la letra d) del artículo 88.3 LJCA, “*cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*”.

Lo determinante es la naturaleza del órgano, como organismo regulador o de supervisión, puesto que esta presunción parte de la premisa de que los actos y disposiciones emanados por estos organismos reguladores o de supervisión, dado el ámbito y las materias sobre las que se proyectan, son susceptibles de plantear cuestiones de interés casacional objetivo cuando su enjuiciamiento esté atribuido a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en única instancia¹⁷⁹, pues la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en apelación no resuelve el recurso contra un acto o disposición sino contra la resolución judicial de instancia de un Juzgado Central, sin perjuicio de que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo pueda inadmitir el recurso por auto motivado en caso de constatar que el asunto planteado carece manifiestamente de dicho interés¹⁸⁰.

Ni el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ni el Tribunal Económico Administrativo Central, órganos administrativos de revisión adscritos al Ministerio de Hacienda, pueden ser considerados como organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales, por lo que sus resoluciones no entran en el ámbito de aplicación de esta presunción.

En relación con las agencias estatales conviene destacar:

(1º) Que han sido reintroducidas en el sector público estatal con la disposición final trigésima cuarta de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de

¹⁷⁸ Autos del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2017 (RC 433/2017; ES:TS:2017:3983A) y 24 de septiembre de 2020 (RC 1538/2020; ES:TS:2020:8549A), entre otros.

¹⁷⁹ Auto del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2017 (RC 114/2016; ES:TS:2017:3174A).

¹⁸⁰ Autos del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2019 (RC 3210/2019; ES:TS:2019:11181A) y 7 de junio de 2019 (RC 194/2019; ES:TS:2019:6345A).

Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, en vigor desde el 1 de enero de 2021, por la que se modifica Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁸¹, cuya redacción inicial las había hecho desaparecer, al derogar expresamente la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos, pero manteniendo su vigencia hasta que concluyese el plazo de adaptación de las agencias estatales preexistentes a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público previsto en la redacción original de su disposición adicional cuarta (tres años desde su entrada en vigor el día 2 de octubre de 2015);

(2º) Que la Agencia Estatal de Administración Tributaria se rige, no obstante, por su regulación específica y sólo de forma supletoria y en tanto resulte compatible con su regulación específica por lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, tal y como establece la disposición adicional decimoséptima de dicha ley, y

(3º) Que ni el artículo 11.1 ni la disposición adicional cuarta LJCA prevén el conocimiento en única instancia por la Audiencia Nacional de recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones de las agencias estatales, puesto que los dictados por la Agencia de Protección de Datos entran en el concepto legal de “*organismo de supervisión*”.

2.4. Recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas

Se presumirá que existe interés casacional, conforme a la letra e) del artículo 88.3 LJCA, “*cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas*”.

No entran en el ámbito de esta presunción los actos o disposiciones emanadas de las Diputaciones Forales Vascas¹⁸².

La concurrencia de esta presunción de interés casacional, que sólo exige que la sentencia de instancia se pronuncie en relación con un acto o disposición del gobierno autonómico, no exime al recurrente de cumplir los requisitos formales exigidos por el artículo 89.2 LJCA para el escrito de preparación; esto es, la mera concurrencia de esta presunción no comporta *per se* la admisión del recurso pues se debe también justificar cuál es la concreta cuestión, o cuestiones, en la que se entiende que existe un interés

¹⁸¹ Véanse los vigentes artículos 108 *bis* a 108 *sexies*.

¹⁸² Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2017 (RC 2911/2017; ES:TS:2017:10500A).

casacional objetivo merecedor de un pronunciamiento del Tribunal Supremo¹⁸³.

V. TRÁMITE ANTE EL JUEZ O LA SALA *A QUO* Y ANTE LA SALA *AD QUEM*

1. TRÁMITE ANTE EL JUEZ O LA SALA *A QUO*

La tramitación del escrito de preparación presentado ante el Juez o la Sala de lo Contencioso-administrativo *a quo* se contiene en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 89 LJCA.

El Juez o la Sala *a quo* tendrán por preparado o por no preparado el recurso de casación mediante auto motivado¹⁸⁴, lo que producirá diferentes consecuencias procesales que reclaman un análisis diferenciado.

A la hora de adoptar su decisión les incumbe verificar si el escrito de preparación presentado cumple con todas las exigencias del artículo 89.2 LJCA, en particular y desde una perspectiva formal, los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad; así como la existencia de un esfuerzo argumentativo tendente a la justificación de la relevancia de la infracción o infracciones denunciadas y su carácter determinante del fallo y también, en especial, si se contiene una argumentación específica, con singular referencia al caso, de la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, conforme a los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo de la casación preparada, de acuerdo con los parámetros establecidos por la jurisprudencia que ha interpretado y aplicado el artículo 89.2.f) LJCA. No les compete, en cambio, enjuiciar si concurren o no la infracción o infracciones de fondo alegadas, ni tampoco pronunciarse sobre la efectiva concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que determina la admisión del recurso, pues esas son funciones que corresponden en exclusiva al Tribunal Supremo, sin perjuicio de que puedan, si lo consideran oportuno, emitir el informe previsto en el artículo 89.5 LJCA¹⁸⁵.

¹⁸³ Autos del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017 (RC 1461/2017; ES:TS:2017:7010A), 19 de marzo de 2018 (RC 5837/2017; ES:TS:2018:3151A), 14 de enero de 2019 (RC 5569/2018; ES:TS:2019:76A) o 5 de febrero de 2021 (recurso de casación 2202/2020; ES:TS:2021:1018A).

¹⁸⁴ A título de ejemplo, los autos del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2019 (RQ 227/2019; ES:TS:2019:9773A) o 19 de julio de 2019 (RQ 178/2019; ES:TS:2019:8591A), destacan la necesidad de motivación de este auto cuando no tenga por preparado el recurso de casación.

¹⁸⁵ Autos del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2021 (RQ 425/2020; ES:TS:2021:2693A), 12 de febrero de 2021 (RQ 10/2021; ES:TS:2021:1817A), 18 de diciembre de 2020 (RQ 485/2020; ES:TS:2020:12628A),

1.1. Auto que tenga por preparada la casación: emplazamiento ante el Tribunal Supremo y comparecencia

Si el auto dictado por el Juez o la Sala *a quo* tiene por preparado el recurso de casación, ordenará el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días hábiles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y la remisión a ésta de los autos originales y del expediente administrativo [artículo 89.5 LJCA].

Cuando el auto que tiene por preparado el recurso de casación incorpore el emplazamiento de las partes con su notificación para comparecer ante el Tribunal Supremo no es necesario entregar una cédula de emplazamiento¹⁸⁶.

Sobre las consecuencias procesales de la falta de personación ante el Tribunal Supremo en el plazo legalmente previsto, la Sección Primera ha declarado en multitud de ocasiones lo que sigue¹⁸⁷:

“(1º) Aun reconociendo que la regulación de la nueva casación no prevé ningún efecto para la no personación del recurrente en plazo ante el Tribunal Supremo (art. 89.5 LJCA), es de aplicación —ex disposición final 1.ª de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (LJCA)— el art. 482 de la LEC, que establece que si el recurrente no comparece ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días, el letrado de la Administración de Justicia declarará desierto del recurso y quedará firme la resolución recurrida. Incluso en el supuesto dialéctico de que ante la falta de personación en plazo no se hiciera formal aplicación del artículo 482 LEC, la consecuencia procesal sería al fin y a la postre similar, pues, en todo caso, una vez apreciado que la parte recurrente no se ha personado en plazo (y partiendo de la base de que ese plazo no es, como explicamos inmediatamente a continuación, rehabilitable), no puede haber más consecuencia procesal que la pérdida del trámite y el subsiguiente archivo de las actuaciones;

(2º) Los plazos para preparar o interponer válidamente los recursos están exceptuados, por evidentes razones de seguridad jurídica, del mecanismo de rehabilitación previsto en el artículo 128.1, inciso segundo, de la Ley de esta Jurisdicción;

(3º) La comparecencia ante el Tribunal Supremo que se hace a través del escrito de personación forma parte de la propia preparación del recurso de casación, porque la personación ante el Tribunal Supremo se regula, precisamente, en el artículo de la Ley de la Jurisdicción dedicado monográficamente a la preparación del recurso (el art. 89), y se caracteriza en dicho precepto como un hito más de esa preparación, por lo que tiene pleno sentido que se le extienda la regla del inciso final del artículo 128.1, a cuyo tenor los plazos para preparar los recursos están exceptuados del mecanismo de rehabilitación previsto en el artículo 128.1 LJCA. Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que

26 de septiembre de 2019 (RQ 261/2019; ES:TS:2019:9989A), 3 de diciembre de 2018 (RQ 442/2018; ES:TS:2018:13109A) o 2 de febrero de 2017 (RQ 110/2016; ES:TS:2017:349A), entre otros muchos.

¹⁸⁶ Auto del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018 (RC 6467/2017; ES:TS:2018:8396A).

¹⁸⁷ Véanse, entre los más recientes, los autos del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2021 (RC 8119/2020; ES:TS:2021:3953A) y 18 de febrero de 2021 (RC 2523/2020; ES:TS:2021:2117A), que resuelven sendos recursos de revisión contra el decreto del letrado de la administración de justicia declarando desierto el recurso.

el Tribunal Supremo tiene plena competencia para examinar la válida preparación del recurso, y en la formación de tal juicio no está vinculado en modo alguno por la inicial resolución de instancia que hubiera tenido el recurso por preparado. Por eso, la LJCA habilita a este Tribunal Supremo para inadmitir el recurso de casación por considerar que los requisitos de la preparación no han sido cumplidos (así, art. 90.4 LJCA). En definitiva, la fase de preparación culmina con la resolución que admite o inadmite el recurso, y los trámites procesales que desembocan en esta decisión forman parte de la misma preparación, por lo que adquiere pleno sentido que les sea de aplicación la excepción contemplada en el tantas veces mencionado art. 128 LJCA;

(4º) El plazo de personación que nos ocupa es un plazo de caducidad, y por tanto no es susceptible de interrupción o rehabilitación, salvo en circunstancias excepcionales; y (5º) Una vez vencido el plazo conferido sin haberse subsanado el defecto advertido, se produce ope legis (sin necesidad de una expresa declaración formal previa de caducidad) la consecuencia ligada a tal inactividad, que es la pérdida del trámite y la subsiguiente orden de archivo de las actuaciones, sin posibilidad de rehabilitación”.

La regla del artículo 23.3 LJCA, conforme a la cual, “[p]odrán [...] comparecer por sí mismos los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles”, no es aplicable al recurso de casación, por lo que habrán de comparecer representados por procurador y asistidos por letrado¹⁸⁸.

Cuando lo entiendan oportuno, el Juez o la Sala *a quo* emitirán opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo para la formación de la jurisprudencia, favorable o desfavorable a su presencia en el recurso de casación preparado, que unirán al oficio de remisión [artículo 89.5 LJCA]. Dicho informe no es vinculante para la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que podrá coincidir o discrepar de ese juicio sobre el interés casacional. La única exigencia que está legalmente obligada a cumplir es la siguiente: “*si el órgano que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo 89.5 opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso, la inadmisión se acordará por auto motivado*” [artículo 90.3.a) LJCA, último inciso].

Contra el auto del Juez o la Sala *a quo* que tenga por preparado el recurso de casación la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero sí se podrá oponer a su admisión a trámite al tiempo de comparecer ante el Tribunal Supremo, si lo hiciere dentro del término del emplazamiento [artículo 89.6 LJCA].

Ante el silencio del artículo 89.6 LJCA, en la formulación del escrito de oposición a la admisión del recurso de casación sólo se debe atender a los

¹⁸⁸ Auto del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2018 (RC 975/2018; ES:TS:2018:13812A).

criterios orientativos del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera: misma extensión máxima y formato que el escrito de preparación, con carátula y contenido estructurado en apartados separados y debidamente numerados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan.

El escrito de oposición a la admisión se debe centrar en el incumplimiento por el escrito de preparación de los requisitos del artículo 89.2 LJCA, conforme han sido interpretados por la Sección Primera, y/o en la ausencia de interés casacional en el recurso de casación preparado e inconveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo que lo resuelva, siguiendo los criterios interpretativos de la Sección Primera de admisión y de la Sección/ Secciones de enjuiciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo correspondientes por razón de la materia. Resulta baldío el esfuerzo dirigido a demostrar la inexistencia de las infracciones de normas y jurisprudencia denunciadas, porque la Sección Primera no es la competente para decidir si se han producido o no en la resolución judicial recurrida en casación, salvo que manifiestamente no concurren, en cuyo caso difícilmente se podrá entender cumplido en el escrito de preparación el juicio de relevancia exigido por el artículo 89.2.d) LJCA.

1.2. Auto que tenga por no preparada la casación: recurso de queja

Si el escrito de preparación no cumpliera los demás requisitos del artículo 89.2 LJCA, cuando haya sido presentado en el plazo legalmente previsto, el Juez o la Sala *a quo*, mediante auto motivado, tendrá por no preparado el recurso de casación, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida por la LEC [artículo 89.4 LJCA].

El objeto del recurso de queja es el auto dictado por el Juez o la Sala *a quo* al amparo del artículo 89.4 LJCA por el que deniega la preparación del recurso de casación, no el decreto dictado por el letrado de la administración de justicia al amparo del artículo 89.3 LJCA, contra el que sólo cabe recurso de revisión¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Véanse los autos del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2021 (RQ 87/2021; ES:TS:2021:3853A) o 29 de enero de 2021 (RQ 544/2020; ES:TS:2021:878A), entre los más recientes.

La finalidad del recurso de queja es examinar las razones específicas por las que el recurso de casación concernido se tuvo por no preparado, con independencia de la existencia de otras posibles causas de rechazo del escrito de preparación que tal vez podrían haber sido apreciadas por el Juez o la Sala *a quo*, pero que de hecho no lo fueron¹⁹⁰.

El recurso de queja se debe presentar ante el órgano judicial al que correspondiera resolver el recurso de casación no tramitado; luego, cuando en el escrito de preparación del recurso de casación se denuncia la infracción del Derecho estatal y/o europeo, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo¹⁹¹, y cuando se denuncia la infracción del Derecho autonómico, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia que corresponda, en el plazo de diez días hábiles desde la notificación del auto del Juez o la Sala *a quo* que deniega la preparación del recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 495.1 LEC¹⁹².

La presentación extemporánea del recurso de queja no deja de ser eso, extemporánea, por mucho que, por error de la propia parte antes se hubiese presentado el mismo escrito en tiempo en otro órgano judicial distinto del competente; dado que el plazo es de caducidad y, por tanto, no resulta susceptible de interrupción o rehabilitación, salvo en circunstancias excepcionales de fuerza mayor¹⁹³.

El recurso de queja no puede ser utilizado como cauce procesal de subsanación del escrito de preparación¹⁹⁴ y se sustancia únicamente a instancia de la parte que ha visto rechazada la preparación del recurso de casación, sin oír a la parte contraria, tal y como deriva del artículo 495.2 LEC¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Véanse los autos del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2021 (RQ 281/2020; ES:TS:2021:4488A) o 5 de marzo de 2021 (RQ 410/2020; ES:TS:2021:2692A), entre los más recientes.

¹⁹¹ Los autos del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2021 (RQ 89/2021; ES:TS:2021:3847A) y 5 de marzo de 2021 (RQ 471/2020; ES:TS:2021:2675A), por citar dos recientes, inadmiten recursos de queja contra autos de sendas Salas de lo Contencioso-administrativo de Tribunales Superiores de Justicia que tienen por no preparados recursos de casación autonómicos.

¹⁹² *“El recurso de queja se interpondrá ante el órgano al que corresponda resolver el recurso no tramitado, en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución que deniega la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación. Con el recurso deberá acompañarse copia de la resolución recurrida”.*

¹⁹³ Autos del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2020 (RQ 245/2020; ES:TS:2020:10330A) o 16 de octubre de 2020 (RQ 325/2020; ES:TS:2020:9277A), entre los más recientes.

¹⁹⁴ Autos del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2021 (RQ 109/2021; ES:TS:2021:4247A) o 5 de marzo de 2021 (RQ 22/2021; ES:TS:2021:2702A), entre los más recientes.

¹⁹⁵ *“Presentado en tiempo el recurso con dicha copia, el tribunal resolverá sobre él en el plazo de cinco días. Si considerase bien denegada la tramitación del recurso, mandará ponerlo en conocimiento del tribunal correspondiente, para que conste en los autos. Si la estimase mal denegada, ordenará a dicho tribunal que continúe con la tramitación”.*

Si el recurso de queja resulta estimado, salvo cuando la revisión en queja del auto que denegó la preparación se hubiera basado únicamente en la ex-temporaneidad del escrito de preparación, el Juez o la Sala *a quo* no podrán volver a denegar la preparación del recurso de casación por otra causa distinta¹⁹⁶. En cambio, dado el limitado alcance de la cognición de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en el marco del recurso de queja, aunque lo estime y se tenga por preparado el recurso de casación puede decidir después su inadmisión a trámite¹⁹⁷.

Si el recurso de queja resulta desestimado contra el auto que lo resuelva no cabe recurso alguno, conforme al artículo 495.3 LEC.

2. TRÁMITE ANTE LA SALA AD QUEM

La tramitación del recurso de casación estatal preparado ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo está regulada en el artículo 90 LJCA.

La admisión o inadmisión a trámite será decidida por una Sección de la Sala, en concreto por la Sección Primera, tantas veces mencionada en este trabajo, cuya composición está legalmente determinada en el artículo 90.2 LJCA: el presidente de la Sala y al menos un magistrado de las demás Secciones de la Sala, que se renovarán por mitad, actualmente cada seis meses, mediante acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo. Este turno rotatorio ha dado lugar a un rico y especulativo debate doctrinal sobre sus consecuencias en la jurisprudencia de esa Sección Primera, que aquí no procede detallar, pero sí apuntar que la realidad se resiste al estrecho marco de los esquemas dogmáticos preconcebidos: verbigracia, parecía lógico pensar que con este turno rotatorio todos los magistrados de la Sala iban a formar parte de la Sección Primera y que las Secciones de Enjuiciamiento cuya materia tuviera un mayor volumen de casaciones preparadas tendrían regularmente más de un magistrado en esa Sección Primera, pues bien, ni lo uno ni lo otro está sucediendo, son varios los magistrados de la Sala que han repetido ya como integrantes de esa Sección Primera, mientras que otros no han formado parte aun de la misma, y se ha consolidado que sólo integre esa Sección Primera un magistrado de cada una de las Secciones de Enjuiciamiento.

¹⁹⁶ Autos del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2021 (RQ 410/2020; ES:TS:2021:2692A) o 17 de enero de 2020 (RQ 450/2019; ES:TS:2020:478A), entre otros muchos.

¹⁹⁷ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020 (RQ 147/2020; ES:TS:2020:5145A) y 29 de marzo de 2019 (RQ 537/2018; ES:TS:2019:3646A).

Una vez recibidos los autos originales y el expediente administrativo del Juez o la Sala *a quo*, la Sección Primera puede acordar, excepcionalmente y sólo si las características del asunto lo aconsejan, oír a las partes personadas por plazo común de treinta días acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, conforme a lo previsto en el artículo 90.1 LJCA. Se trata de una posibilidad procesal innecesaria en el modelo casacional vigente y excepcional en su configuración legal, circunstancias ambas que han conducido a su no utilización en la práctica.

La resolución de la Sección Primera adoptará siempre la forma de auto, cuando admita a trámite el recurso de casación, y adoptará la forma de providencia o la forma de auto, según los casos, cuando no admita a trámite el recurso de casación [apartados 3 y 4 del artículo 90 LJCA].

Contra las providencias y los autos de admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno [artículo 90.5 LJCA].

2.1. Admisión del recurso de casación: auto

La admisión a trámite del recurso de casación adoptará siempre la forma de auto, que precisará la cuestión o cuestiones jurídicas en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificará la norma o las normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso [artículo 90.4 LJCA].

El auto de admisión ha de precisar, pues, todas las cuestiones que, a juicio de la Sección Primera, han sido determinantes y relevantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida, y presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia —identificando la norma o normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación—, pero no se debe pronunciar sobre aquellas otras que carezcan de tal interés, para rechazarlas expresamente. El nuevo recurso de casación no se articula en torno a motivos, sino a la noción de “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia”, de modo que, estando presente en alguno de los aspectos suscitados, el recurso es admisible, haciéndose innecesario todo pronunciamiento sobre los demás que carezcan de él. Por ello, cuando el recurso no presenta interés casacional objetivo la LJCA ordena que, salvo que concurra alguno de los presupuestos que determinan las presunciones del artículo 88.3 LJCA, la inadmisión se acuerde en providencia reducida a indicar la cau-

sa legal que determina el rechazo liminar [artículo 90 LJCA, apartados 3.a) y 4]. Estas reflexiones explican la práctica de la Sección Primera consistente en que, detectado aquel interés en alguna de las cuestiones suscitadas, en los autos de admisión no se pronuncia sobre aquellas que no lo reúnen¹⁹⁸.

Los autos de admisión son publicitados íntegramente en CENDOJ y el listado de los recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la norma o normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución, semestralmente en la Web del Tribunal Supremo y el BOE [artículo 90.7 LJCA]¹⁹⁹.

El principal problema procesal que suscitan los autos de admisión es cómo condicionan la posterior tramitación del recurso de casación, en particular, la formulación del escrito de interposición y el alcance del enjuiciamiento en la sentencia que lo resuelva, por la parquedad e indeterminación de la regulación aplicable: artículos 90.4²⁰⁰, 92.3²⁰¹ y 93.1²⁰² LJCA. Lo explica con bastante claridad la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2020 (RC 5724/2018; ES:TS:2020:486), fundamento de derecho cuarto:

“[L]as dos posiciones más alejadas se desenvuelven entre la que entiende que el enjuiciamiento, y por ende el previo escrito de interposición, debe centrarse y resolver en exclusividad la cuestión identificada en el auto de admisión de interés casacional objetivo, de suerte que esta limitación del recurso de casación conlleva la limitación del ius litigatoris a las cuestiones que presentan interés casacional objetivo estrictamente, se sigue el postulado que enuncia el art. 93.1 que parece limitar invariablemente a dar respuesta a las cuestiones identificadas de interés casacional; a la que se enfrenta la postura que aboga, una vez resuelta la cuestión con interés casacional, porque en la sentencia se

¹⁹⁸ Véanse, por todos, los autos del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2021 (RC 2593/2020; ES:TS:2021:3393AA) y 16 de enero de 2020 (RC 5758/2019; ES:TS:2020:694AA).

¹⁹⁹ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Recurso-de-Casacion-Contencioso-Administrativo--L-O--7-2015-/Listado-de-recursos-admitidos-a-tramite/>

²⁰⁰ “Los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso”.

²⁰¹ “El escrito de interposición deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan: a) Exponer razonadamente por qué han sido infringidas las normas o la jurisprudencia que como tales se identificaron en el escrito de preparación, sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces, debiendo analizar, y no sólo citar, las sentencias del Tribunal Supremo que a juicio de la parte son expresivas de aquella jurisprudencia, para justificar su aplicabilidad al caso; y b) Precisar el sentido de las pretensiones que la parte deduce y de los pronunciamientos que solicita”.

²⁰² “La sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Y, con arreglo a ella y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos. [...]”

pueda examinar y resolver todas aquellas cuestiones presentes en la controversia, de suerte que el escrito de interposición pueda atender a todas aquellas cuestiones que, no siendo novedosas, se derivan de la controversia surgida entre las partes, que encuentra su base en el art. 92.3 que parece no excluir plantear otras cuestiones a las partes en interposición y oposición, identificadas previamente en escrito de preparación, aún no identificadas en el auto de admisión de interés casacional, y examinar y dar respuesta a las mismas. A la anterior polémica se suma la de poder interpretar en sentencia otros preceptos que no hayan sido seleccionados en el auto de admisión. Problemas que se acentúan por la tensión que se produce entre el ius constitutionis y el ius litigatoris; en tanto que si bien el nuevo recurso de casación introducido por la LO 7/2015, con una clara vocación nomofiláctica y de depuración del ordenamiento jurídico, otorga preferencia al ius constitutionis, no significa la exclusión o la desatención del ius litigatoris que en esencia constituye el fundamento origen del proceso que culmina con la resolución casacional”.

No se va resolver en este trabajo, dado su objeto, la cuestión dogmática que surge, como se ve, una vez que el recurso de casación ha sido ya admitido a trámite: ¿La exégesis de los mencionados preceptos legales debe responder prevalentemente al *ius constitutionis* o preferentemente al *ius litigatoris* o debe dar la misma relevancia a ambos?

2.2. Inadmisión del recurso de casación: providencia o auto y costas

La inadmisión del recurso de casación adoptará la forma de providencia:

- (i) Cuando el escrito de preparación incumpla cualquiera de los requisitos exigidos por el artículo 89.2 LJCA, tal y como han sido interpretados por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, y
- (ii) Cuando el recurso de casación carezca de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, pese a que el escrito de preparación cumpla todos los requisitos del artículo 89.2 LJCA, salvo en dos supuestos en que deberá ser inadmitido mediante auto motivado: (1º) cuando el Juez o la Sala que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo 89.5 LJCA opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso [artículo 90.3.a) LJCA], y (2º) cuando se hayan invocado en el escrito de preparación y efectivamente concurren presunciones de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que sean distintas de la prevista en el artículo 88.3.b) LJCA [artículo 90.3.b) LJCA].

La doctrina de la Sección Primera ha efectuado lo que se podría denominar un “inteligente quiebro exegético” al Legislador para evitar el “colapso” en el trámite de admisión; a saber: inadmitir mediante providencia aquellos

recursos de casación en los que el escrito de preparación invoca presunciones de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia cuyos presupuestos no concurren. En tales casos la praxis ha generalizado la inclusión de una breve motivación en la providencia de inadmisión, pese a que el artículo 90.4 LJCA²⁰³ sólo exige indicar la circunstancia de las legalmente previstas que la determina.

En definitiva, la inadmisión del recurso de casación preparado sólo adoptará la forma de auto motivado: (i) cuando el Juez o la Sala que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo 89.5 LJCA opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso, y (ii) cuando en el escrito de preparación se hayan invocado y efectivamente concurren presunciones de interés casacional objetivo distintas de la prevista en el artículo 88.3.b) LJCA, porque la concurrencia de esta última obliga a admitir a trámite el recurso de casación preparado.

Fácilmente se entiende, a la vista de lo expuesto, por qué la inmensa mayoría de las decisiones de inadmisión de los recursos de casación contencioso-administrativos preparados se formalizan en providencias, sólo conocidas por las partes procesales, conviene subrayarlo.

Sea por providencia o sea por auto, la inadmisión del recurso de casación comporta la imposición de costas causadas a la parte recurrente [artículo 90.8 LJCA], que diferirán en su cuantía máxima si la parte recurrida se limitó a personarse²⁰⁴ o si además formuló oposición a la admisión a trámite del recurso de casación²⁰⁵.

No falta quien critica con buenas razones la decisión del legislador de imponer, en todo caso, las costas al recurrente que ve inadmitida la casación, así, por ejemplo, QUINTANA LÓPEZ (2017) considera que hubiera sido más razonable, *“como solución alternativa, la imposición de costas al recurrente en caso de inadmisión cuando el órgano judicial apreciara que aquel ha actuado con mala fe o temeridad, de esta manera carecería de fundamento la sospecha de que con la imposición de costas en fase de inadmisión del*

²⁰³ “[...] Las providencias de inadmisión únicamente indicarán si en el recurso de casación concurre una de estas circunstancias: a) ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada; b) incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el artículo 89.2 impone para el escrito de preparación; c) no ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas; o d) carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”.

²⁰⁴ Se ha consolidado en la praxis un límite máximo de 1.000 euros, con prorrateo si hay más de una parte recurrida.

²⁰⁵ Se ha consolidado en la praxis un límite máximo 2.000 euros, con prorrateo si hay más de una parte recurrida que se opone a la admisión.

*recurso sin ninguna motivación lo que se pretende es disuadir al justiciable de defender sus derechos e intereses legítimos mediante la interposición del recurso de casación*²⁰⁶.

VI. CONCLUSIONES

Primera. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha creado una nutrida jurisprudencia sobre los requisitos procesales para admisión de recursos de casación en este orden jurisdiccional, conforme a la regulación actualmente vigente, pese a haber transcurrido relativamente poco tiempo desde que entró en vigor, sin cuyo conocimiento ni se puede conseguir la admisión a trámite de un recurso de casación ni se puede efectuar una valoración rigurosa y cabal de dicha regulación.

Segunda. La jurisprudencia creada lo ha sido en buena medida mediante autos que resuelven recursos de queja contra los autos de los Jueces o Salas *a quo* que deniegan la preparación de recursos de casación, lo que corrobora la discutible eficacia de esta fase de preparación ante el Juez o la Sala *a quo* como simple “freno procesal” a la “desmedida” utilización de este recurso extraordinario, que es su principal función, tal y como está legalmente diseñada y ha sido interpretada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Parece claro que la corrección de la “desmedida” utilización de recurso de casación sería más eficaz con la generalización de la segunda instancia en este orden jurisdiccional.

Tercera. La jurisprudencia creada sobre las presunciones y circunstancias de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia refuerza la discrecionalidad permitida por el modelo *sui generis* de *certionari* legalmente dispuesto.

Cuarta. Si el Legislador diseña posibilidades procesales prescindibles, como lo es oír a las partes personadas por plazo común de treinta días acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (artículo 90.1 LJCA), o exigencias procesales incumplibles, como lo es inadmitir por auto motivado todos los recursos de casación

²⁰⁶ QUINTANA LÓPEZ, T.: “Algunos aspectos de la nueva regulación sobre el recurso de casación frente a sentencias en el orden contencioso-administrativo. El trámite de admisión”, dentro del libro homenaje al Profesor Tomás de la Cuadra-Salcedo Fernández del Castillo, coordinado por PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Tomo I*, ob. cit., p. 794.

preparados en los que se invoca una presunción del artículo 88.3 LJCA (artículo 90.3.b) LJCA), lo que consigue es la no utilización de las posibilidades procesales prescindibles (aquel trámite de audiencia no se utiliza por la Sección Primera) y la reinterpretación de las exigencias procesales incumplibles (la Sección Primera interpreta que cabe inadmitir mediante providencia aquellos recursos de casación en los que se invocan presunciones de interés casacional cuando, a su juicio, los presupuestos de estas no concurran).

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO MURILLO, F.:

- *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en materia tributaria*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Monografía nº 9, Madrid, diciembre de 2016.
- “El interés casacional como llave de acceso a la reforma casación en materia tributaria”, *Nueva Fiscalidad*, noviembre-diciembre de 2016.

ÁLVAREZ MENÉNDEZ, E.: *El recurso de casación en materia tributaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.

BERBEROV AYUDA, D.T.: “El Tribunal Supremo y la nueva casación contencioso-administrativa: desafíos y retos ante el nuevo escenario legal, procesal y gubernativo”, en la obra colectiva coordinada por CAZORLA PRIETO, L.M^a., y CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., *Estudios sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

COBREROS MENDAZONA, E., “El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 118.

DELGADO PIQUERAS, F.: “Luces y sombras de la reforma del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa”, dentro del libro homenaje al Profesor Tomás de la Cuadra-Salcedo Fernández del Castillo, coordinado por PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación ‘para la formación de la jurisprudencia’”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 174, octubre-diciembre 2015.

HUALDE LÓPEZ, I.: “El *certionari* norteamericano como inspiración de la reforma”, en la obra colectiva coordinada por CAZORLA PRIETO, L.M^a., y CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., *Estudios sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: “La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 24, 2017.

- LOZANO CUTANDA, B.: “La sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, nº 213.
- MEDIAVILLA CABO, J.V.: “Los escritos de preparación e interposición del recurso de casación. Visión del recurrente”, dentro del libro colectivo coordinado por NAVARRRO VEGA, M^a.B., *Recientes reformas de la jurisdicción contencioso-administrativa. El recurso de casación y la ejecución de las sentencias de derribo, XV Curso sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- QUINTANA CARRETERO, J.P. (coordinador), CASTILLO BADAL, R. y ESCRIBANO TESTAUT, P.: *Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, Dykinson, Madrid, 2016.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: “Algunos aspectos de la nueva regulación sobre el recurso de casación frente a sentencias en el orden contencioso-administrativo. El trámite de admisión”, dentro del libro homenaje al Profesor Tomás de la Cuadra-Salcedo Fernández del Castillo, coordinado por PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J., *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- RUIZ LÓPEZ, M.A.: *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: “Una primera aproximación al nuevo sistema casacional”, *Revista de Administración Pública*, nº 198, septiembre-diciembre de 2015.
- TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, J.J.: “Régimen legal de la admisión e inadmisión en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”. Fuente: <http://www.abogacia.es/2016/04/22/regimen-legal-de-la-admision-e-inadmision-en-el-nuevo-recurso-decasacion-contencioso-administrativo/>

O NOVO ESTATUTO DO MAIOR ACOMPANHADO NO SISTEMA PORTUGUÊS - ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS

The new legal status of accompanied adults in the portuguese legal system. Some procedural issues

Lurdes VARREGOSO MESQUITA

Professora Auxiliar da Universidade Portucalense;
Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto;
Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense
lvm@upt.pt

SUMÁRIO: I. O NOVO ESTATUTO DO MAIOR ACOMPANHADO – MUDANÇA DE PARADIGMA NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS. 1. Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como elemento catalisador. 2. Estado da arte do regime da incapacidade dos maiores até 2019. 3. Novo paradigma do estatuto do maior acompanhado aprovado pela Lei 49/2018, de 14 de agosto. II. ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS NO PROCESSO ESPECIAL DE ACOMPANHAMENTO DE MAIOR. 1. Antecedentes e evolução legislativa até à Lei 49/2018, de 14 de agosto. 2. Processo Especial de Acompanhamento de Maior introduzido pela Lei 49/2018, de 14 de agosto. 3. Características do processo especial de acompanhamento de maior. 3.1. Natureza do processo e aplicação supletiva (restrita) do regime dos processos de jurisdição voluntária. 3.2. Poderes do Juiz. 3.3. Carácter urgente do processo. 4. Tutela cautelar e medidas provisórias. 5. Critérios legais de atribuição de legitimidade activa no processo. 6. Tramitação do processo. 6.1. Oportunidade da pretensão. 6.2. Articulados e fases subsequentes. 7. Sentença: conteúdo e efeitos. III. CONCLUSÕES. IV. BIBLIOGRAFIA.

Resumo: O presente texto visa apontar os principais traços do processo especial de acompanhamento de maior no ordenamento português, face ao novo paradigma do estatuto do maior acompanhado, aprovado pela Lei 49/2018, de 14 de agosto. Parte-se da contextualização e evolução do regime das incapacidades, a nível internacional e nacional, para compreender as alterações processuais inerentes à aplicação de medidas de acompanhamento pela via judicial. No que se refere ao processo, é apreciada, em especial, a sua natureza e caracterização, são expostos os princípios processuais que enformam os poderes do juiz, ao que se segue a análise de alguns aspectos da tramitação do processo. A exposição tem por base o regime jurídico vigente, a posição da doutrina e algumas decisões jurisprudenciais de referência.

Abstract: This paper aims to point out the most relevant features of the special process of accompanying adults in the Portuguese legal system, considering the new paradigm of the legal status of accompanied adults, approved by Law 49/2018, of 14 August. Beginning with the contextualization and evolution of the disability legislation, both at international and national level, to understand the procedural changes concerning the application of accompanying measures by judicial means. In particular, with regard to the process, it is appreciated its nature and characteristic, is exposed the procedural principles that form the powers of the judge, and then we analyze some aspects of the proceedings. The exposition is based on the legal system in force, on the position of the academic literature and on some relevant court decisions.

Palavras-Chave: Incapacidade; Pessoa com deficiência; Maior Acompanhado; Processo Especial de Acompanhamento de Maior; Gestão processual.

Keywords: Disabilities; Disabled person; Accompanying adult; Special Monitoring Process for the Accompanying adult; Case management.

ABREVIATURAS

CCP Código Civil Português
CPCP Código de Processo Civil Português

I. O NOVO ESTATUTO DO MAIOR ACOMPANHADO – MUDANÇA DE PARADIGMA NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS

1. CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMO ELEMENTO CATALISADOR

A Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada pelas Nações Unidas¹, entrou em vigor no sistema português a 23 de outubro de 2009, após ser aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, de 7 de maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 71/2009, de 30 de julho². Este instrumento internacional, vinculante para a República Portuguesa, foi uma influência importante na evolução legislativa, designadamente dos institutos jurídicos, civis e processuais civis, que protegem as pessoas maiores³ com impossi-

¹ Aprovada a 13 de dezembro de 2006 (resolução A/RES/61/106) e aberta à assinatura em Nova Iorque a 30 de março de 2007. A 30 de março de 2007, foi ainda aprovado o Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Deste Protocolo Opcional resultam as competências da Comissão sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

² O Protocolo Opcional, por sua vez, foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República nº 57/2009, de 7 de maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 72/2009, de 30 de julho.

³ É considerado “maior”, toda a pessoa que atinge a maioridade. Sobre os efeitos da maioridade, o art. 130.º do Código Civil Português estatui que *[a]quele que pertizer dezoito anos de idade adquiere*

bilidade de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprirem os seus deveres. Ou seja, aqueles que vejam ser afectada a sua capacidade jurídica e, consequentemente, a sua capacidade judiciária.

Embora tenha decorrido quase uma década até se encontrar aprovado e vigente o novo estatuto do maior acompanhado, não há dúvida de que a Convenção de Nova Iorque assumiu um papel catalisador e permitiu *reconhecer a importância para as pessoas com deficiência da sua autonomia e independência individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas*⁴. A evolução social, económica e demográfica, assim como o progresso científico aplicado na medicina, permitiram um novo e mais esclarecido conhecimento do ser humano. Passa a prevalecer a consciência social de que às pessoas com deficiência⁵ deve ser assegurado o *respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas*, o que constitui um dos princípios gerais da Convenção (art. 1.º, al. a). Sobre a “autonomia individual, como explica GOMES (2020, 30) a mesma deve ser entendida como uma *autonomia em contexto*, que se desdobra em diferentes modalidades, nomeadamente “a autogovernança (condições internas), a autodeterminação (condições externas), a autovalidação (responsabilidade, autoavaliação e reconhecimento social), a auto-representação, seja direta (através do próprio) ou indireta (procurador ou mandatário), a autoprospectiva (planeamento do futuro)”.

No âmbito da Convenção de Nova Iorque, os Estados Partes assumem que as pessoas com deficiência têm o direito a um reconhecimento igual perante a lei. O artigo 12.º da Convenção define um conjunto de compromissos que influenciaram as alterações relacionadas com a matéria da falta de capacidade de exercício de direitos. Designadamente⁶: i) as pessoas com deficiência têm o direito ao reconhecimento perante a lei da sua personalidade jurídica em qualquer lugar; ii) as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida; iii) serão tomadas medidas apropriadas para providenciar acesso

plena capacidade de exercício de direitos, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens.

⁴ Cfr. al. n) do preâmbulo da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

⁵ De acordo com o art. 1.º da Convenção de Nova Iorque, *as pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interacção com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.*

⁶ Reproduzindo, em resumo, os números 1 a 5 do artigo 12.º da Convenção de Nova Iorque.

às pessoas com deficiência ao apoio que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica; iv) as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial. As garantias são proporcionais ao grau em que tais medidas afectam os direitos e interesses da pessoa; v) serão tomadas medidas apropriadas e efectivas para assegurar a igualdade de direitos das pessoas com deficiência em serem proprietárias e herdarem património, a controlarem os seus próprios assuntos financeiros e a terem igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e asseguram que as pessoas com deficiência não são, arbitrariamente, privadas do seu património.

O disposto no referido artigo 12.º pressupõe a assumpção de um princípio de *capacidade universal*. Tendo em conta o imperativo da igualdade da pessoa com deficiência perante a lei, deve ser reconhecida a sua capacidade jurídica, seja de gozo de direitos, seja de exercício de direitos. Neste pressuposto, para assegurar o exercício de direitos às pessoas com deficiência, os modelos de substituição dão lugar aos modelos de apoio, ou seja, a pessoa é apoiada na decisão, não devendo haver lugar a uma substituição na decisão⁷. Como diz CUENCA GÓMEZ (2012, 74) “[I]as medidas de apoyo, a diferencia de los mecanismos de sustitución, no deben contemplarse como medidas restrictivas sino como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad que tratan de potenciar al máximo las posibilidades de ejercicio de los derechos”.

No contexto internacional, houve ainda outros instrumentos importantes neste movimento evolutivo, designadamente: a Decisão do Conselho Europeu, de 26 de novembro de 2009, que aprovou a Convenção em nome da União Europeia e as Recomendações do Conselho da Europa sobre a não discriminação e o apoio a deficientes, em especial a que se referiu à protecção legal de adultos incapazes [Recomendação nº R (99) 4, de 23 de fevereiro de 1999, do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre os princípios relativos à protecção jurídica dos maiores incapazes]. Esta Recomendação definiu como princípios orientadores os princípios da necessidade e da subsidiariedade (Princípio 5), que se associa ao princípio

⁷ Para mais desenvolvimento e melhor compreensão do artigo 12.º da Convenção de Nova Iorque, ver Vitor (2020, 127-138).

da flexibilidade na resposta jurídica (Princípio 2). À luz destes princípios, uma “medida de protecção” só deve ter lugar quando necessária e, quando sucede, deve ser adoptada pelo “mecanismo menos formal” e através da “solução menos restritiva”, com uma “reacção perfeitamente adaptada às necessidades da situação”. Para isso, os sistemas jurídicos devem disponibilizar um conjunto de soluções jurídicas adequadas a diferentes situações.

Tem ainda relevância a Resolução do Parlamento Europeu, de 1 de junho de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre a protecção dos adultos vulneráveis⁸. Nesta Resolução, é afirmado o pressuposto de que *a protecção dos adultos vulneráveis está intimamente ligada ao respeito pelos direitos humanos; que todos os adultos vulneráveis devem, à semelhança de todos os cidadãos europeus, ser considerados titulares de direitos e capazes de tomar decisões livres, independentes e com conhecimento de causa dentro dos limites das suas capacidades, e não apenas beneficiários passivos de cuidados e atenções* (Considerando C).

2. ESTADO DA ARTE DO REGIME DA INCAPACIDADE DOS MAIORES ATÉ 2019

No ordenamento português, a matéria da personalidade e capacidade jurídica é regida pelo disposto nos artigos 66.º a 156.º do Código Civil Português^{9 10}. A personalidade jurídica é adquirida no momento do nascimento completo e com vida, sendo que lhe é inerente a capacidade jurídica – no sentido de capacidade de gozo de direitos – isto é, a susceptibilidade de as pessoas serem titulares de relações jurídicas (arts. 66.º e 67.º do CCP). Por sua vez, a plena capacidade do exercício de direitos é obtida com a maioridade, aos dezoito anos, ou através da emancipação pelo casamento, e com ela a pessoa passa a poder, por si, reger a sua pessoa e dispor dos seus bens (arts. 122.º, 123.º, 130.º, 132.º e 133.º do CCP). Consequentemente, vigora a regra segundo a qual os maiores são capazes e os menores são incapazes.

Os maiores de dezoito anos, por sua vez, também podiam ser considerados incapazes, quando sujeitos ao regime da interdição ou da inabilitação, ou seja, se fossem declarados interditos ou inabilitados por sentença judi-

⁸ Cfr. 2015/2085(INL).

⁹ No ordenamento português, o Código Civil em vigor é de 1967, originariamente aprovado pelo Decreto Lei nº 47344/66, de 25 de novembro, e foi objecto de várias alterações até à presente data. Na matéria da capacidade e das incapacidades, o regime sofreu algumas alterações através do Decreto Lei nº 496/77, de 25 de novembro, em especial no que respeita à emancipação. No geral, foi uma matéria que se manteve cristalizada até 2019.

¹⁰ Sobre estas disposições, ver Lima e Varela (1987, 101-160).

cial. As causas de interdição e inabilitação estavam previstas nos artigos 138.º, nº 1 e 152.º do CCP (na redacção anterior às alterações introduzidas pela Lei 49/2018, de 14 de agosto), a saber: i) anomalia psíquica, surdez-mudez e cegueira, quer para a interdição, quer para a inabilitação, conforme o maior ou menor grau de gravidade, respectivamente; ii) a habitual prodigalidade ou o abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, para a inabilitação¹¹.

Uma vez decretada a interdição, o incapaz ficaria sujeito ao instituto da representação legal equiparado ao menor, num “esquema” de substituição, em que o representante legal (tutor) actua em vez do incapaz. Tratando-se de inabilitação, a incapacidade era suprida pelo instituto da assistência, caso em que o inabilitado carece de consentimento ou autorização do seu curador para os actos de disposição de bens entre vivos e para certos actos que fossem especificados na sentença. (arts. 139.º, 143.º, 153.º e 154.º CCP).

Neste enquadramento jurídico, a arquitectura do sistema estava baseada num regime dualista, espartilhado, que obrigava a “catalogar” as situações em apenas dois moldes pré-definidos, sem qualquer hipótese de adaptação às especificidades de cada caso concreto. E, em qualquer caso, as pessoas sujeitas aos regimes da interdição ou inabilitação eram consideradas incapazes, ou seja, para serem auxiliadas perdiam, necessariamente, a sua capacidade de exercício. Em qualquer caso, a decisão que o tribunal viesse a tomar deveria ter como fim último a protecção do incapaz e a medida a adoptar sê-lo-ia no interesse do incapaz.

Este regime vigorou até 11 de fevereiro de 2019, apesar de, pelo menos desde que foi aprovada a Convenção de Nova Iorque, terem existido movimentos doutrinários e legislativos, em ordenamentos estrangeiros, que mostravam a necessidade de alterar o paradigma subjacente à disciplina legal das incapacidades, com vista a torná-lo mais flexível. Era premente centrar o regime naquilo a que o Estado português se havia vinculado enquanto Estado Parte da referida Convenção, criando condições para concretizar os princípios da autonomia individual e da autodeterminação. Era preciso mecanismos de protecção que fossem essencialmente de apoio e não necessariamente de substituição; era fundamental preservar o princípio da capacidade universal.

¹¹ Contudo, em face da gravidade do caso, era possível que estas situações também dessem lugar à interdição.

3. NOVO PARADIGMA DO ESTATUTO DO MAIOR ACOMPANHADO APROVADO PELA LEI 49/2018, DE 14 DE AGOSTO

Durante bastante tempo, o ordenamento português viu o seu regime de incapacidades desfasado dos padrões internacionais. Além disso, foi ficando atrasado face aos ordenamentos estrangeiros que concretizavam reformas nesta matéria¹². E tudo se passava num quadro constitucional interno que já suportava, e exigia, todas as modificações necessárias à evolução desse instituto.

Efectivamente, a Constituição da República Portuguesa¹³ afirma, no seu artigo 1.º, que “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana*”. A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que protege, entre outros, os direitos à capacidade civil e à cidadania. Por outro lado, a dignidade e a autonomia pessoal são incindíveis. O artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa, por sua vez, é uma expressão directa da dignidade humana. Nesta disposição encontram-se os direitos que são expressão daquele valor, em especial está aqui ínsito o direito geral de personalidade, o direito ao desenvolvimento da personalidade, assim como o referido direito à capacidade civil, cuja restrição deve ter um fundamento suficientemente justificado (art. 26.º, n.º 4 da Constituição)¹⁴. Qualquer restrição apenas pode ter lugar em cumprimento do princípio da proibição do excesso ou proporcionalidade em sentido amplo (art. 18.º, n.º 2 da Constituição), ou seja, na estrita medida de promoção e defesa dos interesses da própria pessoa a proteger.

O direito à capacidade civil terá que ser interpretado à luz do princípio da igualdade (art. 13.º da Constituição), nas suas três dimensões: proibição do arbítrio, proibição de discriminação e obrigação de diferenciação. E, uma

¹² Na Alemanha, em 90/92; em França, no ano de 2007; em Itália, em 2004; em Espanha, entre 2013 e 2015; no Brasil, em 2015. Todas estas reformas foram no sentido de adaptar a terminologia e de procurar um sistema mais flexível e ajustado a cada caso. Especialmente sobre o ordenamento espanhol, o ponto IV do preâmbulo da Lei 15/2015, de 2 de julho, referiu que “[t]ambién se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente.” Sobre a matéria da tutela e curatela tratam os artigos 43.º a 52.º Lei 15/2015, de 2 de julho; o proceso judicial para modificar la capacidad de una persona consta dos artigos 756.º e ss. da Ley de Enjuiciamiento Civil. Acerca das alterações legislativas nos ordenamentos estrangeiros, ver Cordeiro (2018, 505-528) e Monteiro (2018, 75).

¹³ Originariamente aprovada pelo Decreto de 10 de abril de 1976, e alterada, pela última vez, através da Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto.

¹⁴ Para um estudo desenvolvido destes direitos fundamentais, consultar Miranda e Medeiros (2005, 280-295).

vez conjugado com o artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tornava imperioso que o sistema fosse centrado na protecção da pessoa maior e não na sua incapacitação.

Estas normas constitucionais reflectem bem que o contexto era já favorável à evolução para um sistema de incapacidades baseado na defesa da dignidade humana e da autonomia pessoal, ou seja, para um sistema de matriz flexível.

Por outro lado, comparando as condições sociais, económicas e demográficas de Portugal dos anos 60 com os dias de hoje, não há dúvida de que tem havido uma evolução positiva. O país passou a pertencer ao grupo dos países desenvolvidos, em termos gerais há mais riqueza e melhores condições de vida. A população cresceu, mas envelheceu. Além disso, nos últimos anos, as doenças e as perturbações mentais passaram a ser a principal causa de incapacidade e uma das principais causas de morbilidade nas sociedades. Sendo um fenómeno não só nacional como global.

Os dados mostram que 12% das doenças em todo o mundo são do foro mental (sendo 23% nos países desenvolvidos); cinco das dez principais causas de incapacidade e de dependência psicossocial são doenças neuropsiquiátricas: depressão (11,8%), problemas ligados ao álcool (3,3%), esquizofrenia (2,8%), perturbação bipolar (2,4%) e demência (1,6%); 165 milhões de pessoas na Europa são afetadas por uma doença ou perturbação mental anualmente. Em Portugal, por sua vez, mais de um quinto dos portugueses sofre de uma perturbação psiquiátrica (22,9%); Portugal é o segundo país com a mais elevada prevalência de doenças psiquiátricas da Europa, sendo apenas ultrapassado pela Irlanda do Norte (23,1%); cerca de 4% da população adulta apresenta uma perturbação mental grave, 11,6% uma perturbação de gravidade moderada e 7,3% uma perturbação de gravidade ligeira; as perturbações mentais e do comportamento representam 11,8% da carga global das doenças, mais do que as doenças oncológicas (10,4%) e apenas ultrapassadas pelas doenças cérebro-cardiovasculares (13,7%)¹⁵.

Apesar de tudo, o progresso científico permitiu que os adultos envelhecessem com mais qualidade de vida e as pessoas não podem ser “catalogadas” em categorias que as enquadrem em sistemas rígidos que não atendam à sua condição particular.

¹⁵ Todos os dados aqui indicados são apresentados pela Sociedade Portuguesa de Neurologia e Psiquiatria e foram consultados em <https://www.sppsm.org/> [consultados a 20 de fevereiro de 2021].

Por todo o exposto, bem se pode concluir que se tornou premente ajustar o regime legislativo às reais necessidades da sociedade e aos valores fundamentais por ela defendidos.

A doutrina também não ficou indiferente. Pelo menos desde os finais dos anos 90 que vários autores chamavam a atenção para a necessidade de uma profunda reforma no instituto das “incapacidades dos adultos”¹⁶. Este movimento originou, aliás, que o Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra apresentasse, em 2017, uma “Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade”¹⁷ que, porém, não teve imediato seguimento legislativo¹⁸.

A mudança chegou, finalmente, em fevereiro de 2018, com a proposta de Lei nº 110/XIII, que deu lugar à aprovação da Lei 49/2018, de 14 de agosto, em vigor desde 11 de fevereiro de 2019. A Lei alterou diversos diplomas, porém, atendendo ao âmbito do nosso tema, apenas serão analisadas, naquilo que importe, as alterações ao Código Civil, em matéria de capacidade civil, e ao Código de Processo Civil, em particular as modificações introduzidas ao processo especial de acompanhamento de maior.

Disse o legislador que a sua opção foi por um *modelo estrito em vez de um modelo regulamentar, inserindo alterações tanto quanto possível claras, simples e de fácil apreensão, não efetuando distinções nem fixando procedimentos excessivamente minuciosos que, não sendo estritamente indispensáveis, introduzem complexificações desnecessárias*¹⁹. Consciente da nova realidade, reconhecendo a necessidade de adaptação e inspirado nos princípios emanados do contexto internacional assim como como nos ensinamentos da doutrina, foi este o momento que se criou um regime de inclusão das pessoas com deficiência ou incapacidade onde o elemento fundamental é o *reconhecimento de que as diferentes situações de incapacidade, com graus diferenciados de dependência, carecem de respostas e de apoios distintos, devendo essa diversidade ser tida em conta no desenho das medidas e das respostas dadas a cada caso*²⁰.

¹⁶ Veja-se, por exemplo, Alves (1995, 31-168) e Cordeiro (2018, 473-554).

¹⁷ Disponível em <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relat%C3%B3rios/2017/%E2%80%9Cproposta-de-lei-sobre-condi%C3%A7%C3%A3o-jur%C3%ADdica-das-pessoas-maiores-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de>.

¹⁸ Em 2015, tinha havido um Projecto de Lei nesta matéria, apresentado pelos deputados dos grupos parlamentares que à data estavam a governar. Porém, também não chegou a ter desenvolvimento. Trata-se do Projeto de Lei nº 61/XIII, através do qual se propunha a modificação do regime das incapacidades e seu suprimento, e adequação de um conjunto de legislação avulsa a este novo regime.

¹⁹ Cfr. Exposição de motivos da proposta de Lei nº 110/XIII, p. 4.

²⁰ Cfr. Exposição de motivos da proposta de Lei nº 110/XIII, p. 2.

Tendo em conta a Recomendação (99) 4, do Conselho da Europa, de 23 de fevereiro, já supra referida, os novos contornos do instituto das incapacidades dos maiores passam a estar assentes nos princípios da flexibilidade, proporcionalidade, subsidiariedade e necessidade. Como propósitos do novo regime, foram indicados: a primazia da autonomia da pessoa; a subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à sua capacidade; a flexibilização, atendendo à singularidade da situação; a manutenção do controlo jurisdicional; o primado dos seus interesses pessoais e patrimoniais; a agilização dos procedimentos; a intervenção do Ministério Público em defesa e, sempre que se imponha, em representação do visado.

A lei civil portuguesa passou a prever que o maior – aquele que atinge a maioridade – beneficie de medidas de acompanhamento se, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, se encontre impossibilitado de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres (art. 138.º do CCP). O acompanhamento é decretado pelo tribunal, em processo intentado para o efeito, em acção de acompanhamento de maior. A decisão é tomada pelo tribunal, após audição pessoal e direta do beneficiário, e ponderadas as provas (art. 139.º do CCP).

A sujeição da pessoa maior ao acompanhamento tem carácter supletivo, porquanto a medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que sejam aplicáveis ao caso concreto. Se a pessoa houver de ficar sujeita a uma medida de acompanhamento, esta deve ser adoptada de modo a assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença (art. 140.º do CCP). Em qualquer caso, é conveniente atender à maior fragilidade de um regime assente no princípio da supletividade e confiante, reflexamente, no bom exercício dos deveres de cooperação e assistência. Como afirma CARVALHO (2018, 14) “tal supletividade não pode fazer esquecer que, muitas vezes, não são cumpridos aqueles deveres de cooperação e de assistência, sem que a generalidade da sociedade e especificamente, as instituições de segurança social e os tribunais (aqui em sentido lato) se apercebam desse incumprimento”.

Como se pode concluir, o legislador português abandonou o modelo dualista e consagrou o modelo monista, de acompanhamento e estrito, com vista a tornar o regime ágil e flexível. Por sua vez, a lei processual acompanhou esta opção legislativa no novo processo especial de acompanhamento de maior.

II. ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS NO PROCESSO ESPECIAL DE ACOMPANHAMENTO DE MAIOR

1. ANTECEDENTES E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ATÉ À LEI 49/2018, DE 14 DE AGOSTO

A lei processual sempre acompanhou a lei civil na tutela dos direitos conferidos àqueles que, sendo adultos, carecessem de suprir, pela via judicial, as suas incapacidades. A primeira legislação processual codificada – o Código de Processo Civil de 1876 – já previa, no capítulo dos processos especiais, o processo de interdição, que se subdividia em “interdição de pessoas ou bens” (arts. 419.º a 435.º) e “interdição do poder paternal” (arts. 436.º a 442.º). Na interdição de pessoas ou bens, havia referência à acção de interdição por demência, à acção de interdição do surdo-mudo e à acção de interdição por prodigalidade²¹.

No Código de Processo Civil de 1939, os processos especiais encontravam-se previstos no Título IV do Livro III (Do Processo) e ali se encontrava, no Capítulo I (Das Interdições), a previsão dos processos especiais seguintes: interdição por demência ou por surdez-mudez (arts. 944.º a 959.º); interdição por prodigalidade (arts. 960.º e 961.º); inibição do poder paternal ou das funções tutelares (arts. 962.º a 969.º). Em 1961, é aprovado um novo Código, que manteve as acções de interdição por demência ou por surdez-mudez e de interdição por prodigalidade (arts. 944.º a 963.º). Mais tarde, houve lugar a uma alteração mais profunda, que aconteceu com as modificações introduzidas no Código de Processo Civil de 1961, através do Decreto Lei nº 329-A/95 de 12 de dezembro^{22 23}. Nessa altura, o Capítulo IV passa a designar-se “Das Interdições e Inabilitações”, regida pelos artigos 944.º a 958.º. Na sua exposição de motivos, o legislador explicava os traços essenciais da reforma:

i) Punha fim aos subprocessos, convertendo-os num processo único, reformulando a tramitação e pondo termo a injustificados arcaísmos;

ii) Diferentemente da tramitação do processo comum, o juiz procedia à apreciação liminar dos articulados, em ordem a determinar a afixação de editais;

²¹ Sobre estes processos especiais, ver Silva (1919, 149-233).

²² Esta reforma foi posteriormente complementada pelo Decreto Lei nº 180/96, de 25 de setembro, e apenas entrou em vigor em 1997.

²³ Posteriormente, houve apenas alterações pontuais, designadamente de adaptação normativa resultante de reformas noutros institutos, como sucedeu por exemplo com a matéria de recursos, através do Decreto Lei nº 303/2007, de 24 de agosto.

iii) Neste processo não se aplicava o regime geral da citação postal, salvo no caso de prodigalidade, atenta a particular delicadeza das situações que estão na sua base;

iv) Era eliminada a intervenção do conselho de família, quer no decretamento quer no levantamento da providência. Por um lado, por se constatar a normal passividade dos vogais do conselho de família; e, por outro, dado o eventual conflito de interesses que podia existir, designadamente quando os vogais eram potenciais herdeiros do requerido;

v) Em compensação, foram reforçados os poderes de indagação oficiosa do juiz, que podia efectuar as diligências que entendesse necessárias, para além das tipificadas na lei: interrogatório do arguido e exame pericial;

vi) O regime de representação do requerido foi aperfeiçoado e adequado aos princípios gerais. Já não é cometida ao Ministério Público, ou a defensor nomeado quando aquele seja o requerente, ou a advogado constituído, para passar a caber a um curador provisório nomeado pelo juiz. De modo a potenciar uma melhor defesa dos interesses do requerido, a nomeação deve recair sobre a pessoa a quem viesse a cabe a tutela ou curatela;

vii) Se, após o interrogatório e exame, a acção tivesse sido contestada, ou o processo, em qualquer caso, não oferecesse elementos suficientes, a acção teria seguimento, como ordinária;

viii) Na decisão de facto, eram considerados todos os factos, ainda que não alegados pelas partes;

ix) Em relação às providências provisórias, o regime processual foi adequado ao disposto na lei substantiva, permitindo-se o seu decretamento em qualquer altura do processo.

E assim se manteve o processo de interdição e inabilitação até à mudança de paradigma no regime das incapacidades das pessoas maiores.

2. PROCESSO ESPECIAL DE ACOMPANHAMENTO DE MAIOR INTRODUIDO PELA LEI 49/2018, DE 14 DE AGOSTO

Em 2018, a Lei 49/2018, de 14 de agosto, alterou o regime das incapacidades da pessoa maior e, conseqüentemente, o processo judicial que o efectiva. Foi criado o processo especial de acompanhamento de maior, que tomou o lugar do processo especial das interdições e inabilitações. Foram modificados os artigos 891.º a 904.º, que integram o Título III do Livro V

do Código de Processo Civil Português²⁴, agora denominado “do acompanhamento de maiores”. Neste âmbito, a referida lei procedeu, ainda, à revogação do art. 905.º do CPCP.

Abandonado o sistema dualista e regulamentar, o acompanhamento do maior é agora um regime cujas medidas têm que ser fixadas e balizadas tendo em consideração que ao maior deve ser assegurado o seu bem-estar e a sua recuperação, sendo que a decisão de acompanhamento deverá ser adoptada sempre com carácter supletivo, deve limitar-se ao mínimo indispensável, mantendo-se, sempre que possível e na medida do possível, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres (art. 140.º do CCP).

Face a esta mudança de paradigma no regime jurídico do maior acompanhado – assente num sistema monista, baseado num modelo de acompanhamento (como regra), e estrito ou não regulamentar, isto é, baseado na fixação de mínimos e na opção por soluções flexíveis e adaptáveis – o instrumento processual que foi criado teve como objectivo proporcionar, efectivamente, a realização dos propósitos do novo regime do maior acompanhado (cfr. arts. 138.º a 156.º do CCP). Neste ponto, a agilização do processo é fundamental.

Por isso, a primeira nota vai no sentido de reconhecer, face à instrumentalidade do processo civil, que os contornos de qualquer actuação processual, seja das partes ou do tribunal, bem como que qualquer interpretação que venha a fazer-se, neste âmbito, deve considerar e respeitar esse novo paradigma. Ao longo de todo o processo, assim como na decisão a alcançar, a protecção do próprio beneficiário e da sua dignidade, a preocupação da inclusão, assim como a defesa da flexibilidade e adaptabilidade do regime a fixar (entre o acompanhamento e a substituição), tornam-se os pilares do sistema.

É ao juiz que compete, no exercício das suas funções, assegurar que se cumprem efectivamente, no caso concreto, os objectivos visados pelo instituto do maior acompanhado, no estrito cumprimento do espírito da lei. Nessa medida, há um reforço da gestão processual, alargamento dos poderes de cognição e prevalência do inquisitório.

²⁴ Referimo-nos ao Código de Processo Civil em vigor no ordenamento português, aprovado pela Lei 41/2013, de 24 de junho.

3. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO ESPECIAL DE ACOMPANHAMENTO DE MAIOR

3.1. *Natureza do processo e aplicação supletiva (restrita) do regime dos processos de jurisdição voluntária*

Com a pretensão de dar um sinal evidente de mudança, o legislador inicia o Título III do Livro dos processos especiais com uma norma de carácter geral que traça os contornos essenciais do processo. A propósito da natureza do processo, começa por dizer-se, no art. 891.º, nº 1, da lei processual civil portuguesa: *O processo de acompanhamento de maior tem carácter urgente, aplicando-se-lhe, com as necessárias adaptações, o disposto nos processos de jurisdição voluntária no que respeita aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e à alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes.*

Relativamente à referência aos processos de jurisdição voluntária, é evidente, quer pela integração sistemática da acção de acompanhamento de maior no Código de Processo Civil – que não passou para o Título XV do Livro V – quer pela forma restritiva como se faz a remissão para aqueles processos, que não estamos na presença de um processo de jurisdição voluntária propriamente dito²⁵. Na verdade, das normas próprias dos processos de jurisdição voluntária apenas são aplicáveis os artigos 986.º, nº 2, 987.º e 988.º, nº 1, do referido Código, que exactamente diferenciam estes processos dos processos de natureza não contenciosa no que respeita aos poderes do juiz – havendo um reforço do inquisitório e prevalência da discricionariedade – e ao afastamento do princípio da imutabilidade das decisões²⁶.

²⁵ Apesar de o legislador afirmar, também na exposição de motivos, a propósito das alterações mais relevantes, que uma delas é “a qualificação do processo como de jurisdição voluntária e urgente”, isso é contrariado, e por essa razão não se pode concluir nesse sentido, face à redacção do nº 1 do art. 891.º do CPCP. Neste sentido, Sousa (2019, 39-60), que acrescenta que o facto de, formalmente, não se qualificar este processo como de jurisdição voluntária é muito relevante, porque implica, por exemplo, que não seja aplicável o art. 986.º, nº 4, do CPCP, pelo que, consequentemente, mantém-se a obrigatoriedade do patrocínio judiciário, devendo ser constituído mandatário advogado, nos termos gerais previstos no art. 40.º, nº 1, do CPCP.

²⁶ Vigora aqui o princípio da alterabilidade das decisões, por contraposição à definitividade das decisões. Nestes processos, as decisões podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, desde que o sejam com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração (art. 988.º, nº 1, do CPCP). São supervenientes tanto as circunstâncias ocorridas posteriormente à decisão como as anteriores, que não tenham sido alegadas por ignorância ou outro motivo ponderoso. Logo, as decisões não são futuramente indiscutíveis, nem inalteráveis, nem sequer irrevogáveis.

3.2. Poderes do Juiz

i. Alargamento dos poderes de cognição e prevalência do inquisitório

Atendendo ao aprofundamento do princípio da necessidade, a decisão sobre a aplicação de uma medida de protecção deve limitar-se ao que seja estritamente necessário para proteger os interesses do beneficiário. Como se decidiu no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04 de fevereiro de 2020, “a medida de acompanhamento de maior só é decretada se estiverem preenchidas duas condições: - uma positiva (princípio de necessidade): tem de haver justificação para decretar o acompanhamento do maior e uma das medidas enumeradas no Art. ° 145, nº 2 do C.C., sendo que, na dúvida, não é decretada nenhuma medida de acompanhamento; - uma negativa (princípio de subsidiariedade): a medida de acompanhamento é subsidiária perante deveres gerais de cooperação e assistência, nomeadamente de âmbito familiar (Art. 140.º, nº 2, C.C.), não devendo o tribunal decretar essa medida se estes deveres forem suficientes para acautelar as necessidades do maior. A regra geral é de reconhecer a capacidade da pessoa humana para exercer de forma livre os seus direitos pessoais (Art. 147.º, nº 2 do C.C.), sendo as restrições ou limitações ao seu exercício a exceção, que sempre deverá ser bem fundamentada”²⁷.

Na medida do possível, o beneficiário deve manter a sua capacidade de actuação autónoma, em especial no que concerne ao exercício de direitos pessoais e aos negócios da vida corrente (art. 147.º do CCP). É preciso, para isso, atender às circunstâncias particulares de cada caso e o tribunal tem que formar a sua convicção com esclarecido conhecimento da realidade concreta²⁸. Nessa medida, o juiz vê reforçados os seus poderes de

²⁷ Processo nº 3974/17.9T8FNC.L1-7, Relator: Carlos Oliveira.

²⁸ Veja-se, a este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.09.2019, no Processo nº, 13569/17.1T8PRT.P1, Relator: Joaquim Correia Gomes, onde se diz: I - A medida de acompanhamento de uma pessoa maior só se justifica quando esta revelar uma inaptidão básica para autogovernar e autodeterminar a sua vida, tanto pessoal, como patrimonial, existindo factores que, de um modo global ou particular, reduzem ou eliminam a voluntariedade e consciência dos seus actos, em função dos seus juízos de capacidade, os quais devem ser aferidos em concreto e não em abstracto. II - Para o efeito o tribunal deve partir de um critério realista da capacidade natural na formação da livre vontade da pessoa que vier a beneficiar das medidas de apoio, mormente da sua capacidade mental e da heterogeneidade desta, mas não de critérios abstratos e ficcionados a partir de modelos estanques, como são aqueles que resultam de modelos exclusivamente médicos. III - Estando em causa a aptidão funcional da capacidade jurídica e mental de uma pessoa, essa avaliação deverá estar centrada nessa mesma pessoa, o que passa pelo seguinte: (a) realizar uma listagem das suas necessidades básicas, destringindo aquelas para as quais está apta a realizar, daquelas outras que denota algumas limitações; (b) estabelecer as prioridades de intervenção; (c) elencar os recursos pessoais e patrimoniais disponíveis; (d) avaliar as alternativas de intervenção não jurisdicionais existentes; (e) respeitar os desejos e vontades manifestados pela pessoa a ser acompanhada.

inquisitório, ou seja, pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes (art. 986.º, nº 2, do CPCP). Há uma actuação activa na recolha dos factos, podendo ordenar-se os meios de prova que se entendam adequados para o apuramento da verdade material. Vigora o princípio da livre actividade inquisitória do tribunal, por contraposição ao dispositivo, o que significa que podem ser conhecidos não só os factos carreados para os autos pelas partes, mas também quaisquer outros não alegados, que sejam importantes. Para tal, o tribunal pode investigar livremente os factos. Acresce que o juiz tem a iniciativa probatória, pelo que tem o poder de coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes. Por outro lado, só admitirá as provas que considere necessárias.

Concretamente sobre a prova pericial, esta passou a ser opcional, de modo que é o juiz que decide se é necessário ordenar a realização de perícia. Por regra, será necessária porque só através da perícia se consegue determinar a concreta incapacidade, se a mesma é permanente ou transitória, a data provável do seu início e quais os meios de apoio e tratamento que se apropriam ao caso (art. 899.º, nº 1, do CPCP). Porém, o legislador excluiu o seu carácter obrigatório, pelo que é o tribunal a analisar se os elementos dos autos são suficientes e idóneos (art. 897.º, nº 1, do CPCP). No que diz respeito à nomeação peritos, sendo ordenada a perícia, é também ao juiz que cabe decidir se a mesma é singular ou colegial. Se, ainda assim, subsistirem dúvidas, o juiz pode mandar realizar diligências suplementares, incluindo exame do beneficiário numa clínica da especialidade (art. 899.º, nº 2, do CPCP).

Os amplos poderes instrutórios do juiz têm importância não só para a tomada da decisão final, mas também na adopção das medidas de acompanhamento provisórias e urgentes, que se mostrem necessárias para providenciar quanto à pessoa e bens do requerido, a que se refere o art. 139.º, nº 2, do CCP.

ii. Reforço da gestão processual e adequação formal

O dever de gestão processual e a adequação formal constituem um traço inquestionável do actual processo civil, conferindo ao juiz o poder autónomo de direcção activa do processo (art. 6.º, nº 1, e 547.º, do CPCP). Ao pautar-se por este princípio, a actuação do juiz deve ser colaborativa – por um lado para que sempre prevaleça a matéria sobre a forma e, por outro, para que o processo seja tramitado com a fluidez desejável, de modo simples e ágil, na medida em que isso seja possível – sem desvirtuar os fins do processo

e os direitos fundamentais das partes. Assim, a lei processual admite que seja o juiz a ajustar, dentro da legalidade, os contornos do processo, adotando mecanismos de simplificação e de agilização processual, desde que o faça com respeito pelos princípios fundamentais da igualdade das partes e do contraditório. Compete ao juiz, no uso deste poder, dirigir o processo da forma que entenda mais adequada às especificidades da causa, quer na fase liminar do processo (pode, por exemplo, determinar a apresentação do processo a despacho liminar nos termos do art. 590.º, nº 1, do CPCP), quer ao longo de todo o processo.

No processo especial de acompanhamento de maior acentuam-se as situações em que compete ao juiz o poder de adoptar, ou não, certa medida ou o poder de decidir sobre o modo como proceder. Veja-se, por exemplo:

- No que respeita à publicidade a dar ao processo: o legislador deixou de consagrar uma norma de conteúdo imperativo, que impunha a imediata publicidade da propositura da acção. Com o intuito de preservar a dignidade do beneficiário e por forma a evitar o estigma resultante dessa solução²⁹, deixa-se agora ao juiz o poder de decidir sobre a publicidade a dar ao processo (no início ou na sua pendência) e à decisão, face ao caso concreto. Também é ao juiz que compete decidir sobre a amplitude dessa publicidade e, bem assim, sobre o meio através do qual se fará³⁰ (art. 153.º, nº 1, do CCP; art. 893.º, 894.º e 902.º, nº 3, do CPCP);
- No que se refere às comunicações e ordens a dirigir a instituições e entidades: compete também ao juiz ponderar sobre a necessidade de serem feitas comunicações e ordens a instituições de crédito, a intermediários financeiros, a conservatórias do registo civil, predial

²⁹ Ao elencar as causas da desadequação do anterior regime, o legislador indicava “o tipo de publicidade previsto na lei, com anúncios prévios nos tribunais, nas juntas de freguesia e nos jornais, perturbador do recato e da reserva pessoal e familiar que sempre deveria acompanhar situações deste tipo” (cfr. Exposição de motivos da proposta de Lei nº 110/XIII, p. 3). Como afirmam Marques e Vieira (2018, 71) “[...] publicitação generalizada e independente da avaliação individual do caso é manifestamente contrária ao princípio 4 (publicidade adequada) da Recomendação do Conselho de Europa, além de que promove a estigmatização social dos incapazes. É compreensível que a necessidade de publicação se imponha por razões de segurança jurídica, mas de modo a salvaguardar o respeito pela privacidade individual é igualmente apropriado que se criem mecanismos próprios. A título de exemplo, salientamos o caso de Itália, onde a medida é publicitada num registo próprio, que para esse efeito foi criado, e também no assento de nascimento (artigo 405.º do Código Civil Italiano).

³⁰ Isto sem prejuízo da obrigatoriedade de comunicação da decisão, uma vez transitada em julgado, aos serviços do registo civil (art. 153.º, nº 2, do CCP; art. 902.º, nº 2, do CPCP).

ou comercial, a administrações de sociedades ou a quaisquer outras entidades³¹ (art. 894.º e 902.º, nº 3);

- Sobre o meio de proceder à citação do beneficiário: afastando as regras gerais da citação, que determinam a citação pessoal por via postal como a modalidade aplicável oficiosamente pela secretaria, sem necessidade de despacho judicial (art. 226.º, nº 1, do CPCP), no processo especial de acompanhamento de maior está previsto que o *“juiz determina, quando o processo deva prosseguir e o requerente da medida não seja o beneficiário, a sua imediata citação pelo meio que, em função das circunstâncias, entender mais eficaz”* (art. 895.º, nº 1, do CPCP). É o juiz que decide a modalidade de citação, podendo desde logo determinar a imediata citação por contacto pessoal do agente de execução ou do funcionário judicial, com as formalidades previstas no artigo 231.º do CPCP; ou determinar que o beneficiário seja convocado por aviso postal para ser citado na secretaria, conforme o nº 10 do referido artigo 231.º.

iii. Oportunidade e conveniência

No ordenamento português, o juiz deve obediência à lei e está sujeito à estrita legalidade (art. 8.º do CCP). O conteúdo da decisão judicial deve ser o que resulte da aplicação da solução legal, subsumindo o caso ao preceito normativo (geral e abstrato) que lhe seja aplicável, através do método dedutivo, que parte do geral para o particular, isto é, da norma para o caso concreto. Em face dessa regra, fica afastada a equidade ou justiça do caso concreto em que, diversamente, é aplicado o método indutivo, o que significa que a solução é encontrada do particular para o geral, do caso concreto para a norma. Apesar da enunciada regra da sujeição à estrita legalidade, o ordenamento português também prevê a equidade como fonte (mediata) de direito, nos casos seguintes: i) quando haja disposição legal que o permita; ii) se houver acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível; iii) no caso em que as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória (artigo 4.º do CCP)³². Como ensina ASCENSÃO (1984, 497) “[...] a equidade é uma régua maleável. Ela está em condições de tomar em conta circunstâncias do caso, como a força ou a fraqueza das partes, as incidências sobre o seu estado

³¹ Pode tratar-se, por exemplo, de comunicações que visam restringir o acesso a informação bancária, que ordenem a guarda de objectos valiosos, que impeçam o beneficiário de ter intervenção em certas operações bancárias ou registrais, que proibam a outorga de certos contratos ou a frequência de determinados estabelecimentos, como referem Geraldês, Pimenta e Sousa (2020, 335).

³² Ver anotação ao artigo 8.º do Código Civil, em Lima (1987, 57).

de fortuna, etc., que a regra despreza, para chegar a uma solução que se adapta melhor ao caso concreto – mesmo que se afaste da solução normal, estabelecida por lei”.

Ora, quando o tribunal é chamado a decidir num processo especial de acompanhamento de maior, prevalece a equidade sobre a legalidade estrita, pelo que o juiz, com vista à decisão a adoptar, ou seja, à medida de acompanhamento a fixar no caso, pode recorrer a critérios de conveniência e de oportunidade. Como dispõe o art. 987.º do CPCP, o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna. Tendo por critério a discricionariedade, o juiz pode optar, fundamentadamente, por uma solução que, embora não respeitando estritamente o direito substantivo, seja aquela que entende satisfazer de forma mais perfeita os interesses em causa. Por isso mesmo, o juiz não se encontra vinculado ao pedido.

3.3. Carácter urgente do processo

A lei processual atribuiu carácter de urgência ao processo de acompanhamento de maior (art. 891.º, nº 1). Foi uma medida adoptada como forma de combate à morosidade processual —que se pretende evitar nestes casos— visto que, normalmente, é premente a necessidades das medidas de acompanhamento. Dessa prerrogativa de urgência resulta que o processo deve ser tramitado com preferência em relação aos demais processos de carácter ordinário e, ainda, que os prazos não se suspendem durante as férias judiciais (art. 138.º, nº 1) e, bem assim, que o prazo de recurso é encurtado para 15 dias (art. 638.º, nº 1, e 677.º).

Apesar de se compreender a intenção do legislador, na verdade, não é certo que seja através da atribuição de carácter urgente ao processo que as decisões venham a proferir-se, efectivamente, em menos tempo. Ao que se sabe, a morosidade processual resulta, sobretudo, de atrasos na instrução do processo, em especial associados à demora dos relatórios periciais. Nessa medida, se não forem encontradas soluções para melhoria do suporte técnico e humano nos institutos de medicina legal, dificilmente será recuperado o atraso nos processos, mesmo tendo eles carácter urgente³³.

³³ O Parecer do Conselho Superior da Magistratura (2018, 45) chamou a atenção para este aspecto e manifestou-se contrário à atribuição de carácter urgente a mais um processo, o que, além do mais, acaba por desvirtuar aquilo que devia ser uma prerrogativa excepcional, que tem vindo a tornar-se regra.

4. TUTELA CAUTELAR E MEDIDAS PROVISÓRIAS

No novo regime, deixou de haver uma norma exclusiva para as “providências provisórias” (anterior art. 900.º, do CPCP), que se encontrava expressamente articulada com a correspondente no direito substantivo, no antigo art. 142.º, do CCP³⁴. Actualmente, existe uma referência, na lei civil, à possibilidade de serem determinadas “medidas de acompanhamento provisórias e urgentes, necessárias para providenciar quanto à pessoa e bens do requerido” (art. 139.º, nº 2, do CCP)³⁵. E, por outro lado, no direito adjectivo, afirma-se que “em qualquer altura do processo, podem ser requeridas ou decretadas oficiosamente as medidas cautelares que a situação justificar” (art. 891.º, nº 2, do CPCP). Com esta alteração não houve nenhuma mudança substancial em matéria de tutela cautelar. Continua a ser possível, como anteriormente seria, requerer medidas cautelares de carácter antecipatória (como seja ordenar o acompanhamento provisório e designar acompanhante provisório), bem como requerer medidas cautelares conservatórias, em especial para preservação do património do beneficiário (por exemplo, ordenar o congelamento de contas bancárias).

Como ensina SOUSA (2019, 43-44) a distinção entre medidas provisórias e urgentes (art.º 139.º, nº 2, do CCP) e medidas cautelares (art.º 891.º, nº 2, do CPCP), assenta nos termos seguintes: i) uma medida cautelar antecipa uma medida de acompanhamento, designadamente sujeitando a celebração de determinado tipo de negócios à autorização de um terceiro; ii) as medidas provisórias e urgentes são medidas impostas para protecção da pessoa ou do património do beneficiário, como seja: o tribunal impor que alguém, em representação do beneficiário, trate da obtenção, junto dos serviços da segurança social, de uma pensão ou procure regularizar a situação sucessória do beneficiário junto de outros herdeiros.

5. CRITÉRIOS LEGAIS DE ATRIBUIÇÃO DE LEGITIMIDADE ACTIVA NO PROCESSO

Neste ponto, o legislador introduziu alterações assinaláveis, claramente resultantes do novo paradigma do instituto do maior acompanhado, centrado no beneficiário, de forma que a arquitectura processual passa a assumir

³⁴ Onde se dizia: “1. Em qualquer altura do processo pode ser nomeado um tutor provisório que celebre em nome do interditando, com autorização do tribunal, os actos cujo adiamento possa causar-lhe prejuízo. 2. Pode também ser decretada a interdição provisória, se houver necessidade urgente de providenciar quanto à pessoa e bens do interditando.”

³⁵ Como exemplifica Sousa (2019, 43) “o tribunal pode submeter o maior a tratamento médico ou a uma reabilitação para cura do consumo de álcool ou de estupefacientes e pode impor a administração do património ou das finanças do beneficiário por um terceiro”.

o próprio beneficiário como titular do “interesse directo em demandar”. Assim, a legitimidade activa é atribuída ao próprio beneficiário ou, não sendo ele o Requerente, mediante sua autorização. Sem prejuízo, o Ministério Público mantém legitimidade para actuar e requerer medidas de acompanhamento independentemente da autorização do beneficiário (art. 141.º, nº 1, do CCP).

Vejamos os diferentes cenários possíveis, do lado do requerido e do lado do requerente.

Quanto à legitimidade activa: i) o requerente é o próprio beneficiário, que actua por si; embora esta situação possa suscitar dúvidas de congruência com o pressuposto da capacidade judiciária, supondo que se constata que o beneficiário está em situação de incapacidade accidental, o juiz deve designar um curador provisório para o representar em juízo³⁶ (art. 17.º, nº 1, do CPCP); ii) o requerente é o próprio beneficiário, que age através do seu representante legal, seja o seu progenitor ou tutor, ou de mandatário a quem tenha conferido poderes de representação, nos termos do art. 156.º CCP; iii) o requerente é o cônjuge, o unido de facto ou qualquer parente sucessível, em substituição do beneficiário, mediante autorização deste; sendo que esta autorização pode ser expressamente concedida pelo beneficiário ou suprida pelo próprio tribunal, a requerimento daquele que propõe a acção, nos casos em que o beneficiário não a possa dar livre e conscientemente, ou quando para tal se considere existir um fundamento atendível. O pedido de suprimimento de autorização é cumulado com o pedido de acompanhamento, na própria petição inicial (art. 141.º, nº 2 e 3, do CCP: e art. 892.º, nº 2, do CPCP). Nestas situações, o tribunal, no uso dos seus poderes inquisitórios (de facto e de prova) deve aferir das circunstâncias em que a autorização foi prestada ou da efectiva necessidade do pedido de suprimimento de autorização; iv) o requerente é o Ministério Público, a quem incumbe promover os direitos e interesses dos adultos com capacidade diminuída (art. 4.º, nº 1, al. i), do Estatuto do Ministério Público³⁷.

Quanto à legitimidade passiva: i) se o beneficiário se assume como parte, por si ou através de alguém em sua representação ou em sua substituição, o requerido deve ser o Ministério Público, que intervém no processo como parte principal (art. 4.º, nº 1, al. i) e 9.º, nº 1, al. d) do Estatuto do Ministério

³⁶ Sousa (2019, 47).

³⁷ Aprovado pela Lei nº 68/2019, de 27 de agosto.

Público)³⁸; ii) se o requerente é o Ministério Público, nesse caso o requerido é o beneficiário.

Sobre as partes, acresce ainda que o Ministério Público terá sempre intervenção acessória, em qualquer processo de acompanhamento de maiores, quando não intervenha como parte principal (art. 10.º, nº 1, al. a), do Estatuto do Ministério Público)³⁹.

6. TRAMITAÇÃO DO PROCESSO

6.1. Oportunidade da pretensão

A acção especial de acompanhamento de maior há-de ser proposta quando o beneficiário, sendo maior de dezoito anos, se encontre impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres. Não há, naturalmente, um prazo para a propositura da acção ou para o exercício do direito de agir.

Porém, não é forçoso que o beneficiário atinja a maior idade para que se dê início ao processo que vise a aplicação de medidas de acompanhamento. À semelhança do que sucedia no regime anterior, a acção pode ser intentada dentro do ano anterior à maioridade, para produzir efeitos a partir dessa (art. 142.º do CCP). Nesse caso, já fica salvaguardada a passagem directa do regime da menoridade para o regime do maior acompanhado, sendo que, uma vez atingida a maioridade na pendência da acção, mantêm-se as responsabilidades parentais ou a tutela até ao trânsito em julgado da sentença (art. 131.º do CCP).

6.2. Articulados e fases subsequentes

O processo inicia com a apresentação do requerimento inicial, a cujo conteúdo se refere o artigo 892.º do CPCP. Nesse primeiro articulado, o

³⁸ Oliveira (2021, 53) refere que “(...) mesmo quando a acção seja proposta pelo beneficiário ou por qualquer das pessoas elencadas no artigo 141.º, nº 1, do CC, o MP assume, também, intervenção principal, podendo apresentar resposta em qualquer dos casos. Quando seja o beneficiário a propor a acção ou a prestar o seu consentimento para tal, naturalmente que a resposta do MP deverá ter em consideração a sua auto-determinação, mas, uma vez que a lei exige a verificação de determinados pressupostos para que o acompanhamento possa ser decretado, não basta, para esse efeito, a mera vontade do beneficiário, pelo que o MP, no âmbito da sua função de promoção dos direitos e interesses do beneficiário, deverá, nessa medida, sindicar a existência de tais pressupostos, bem como controlar o conteúdo do acompanhamento que é proposto, com respeito pelos princípios da necessidade e proporcionalidade”.

³⁹ Neste sentido, Sousa (2019, 48).

requerente deve alegar a causa de pedir e formular o pedido, justificar a sua legitimidade e, bem assim, apresentar o respectivo requerimento probatório o qual, nos termos gerais, integra a própria petição inicial, conforme resulta do artigo 552.º, n.º 6, do CPCP (ver, ainda, art. 892.º, n.º 1, al. e), do CPCP)⁴⁰.

Sobre a fundamentação da legitimidade, a questão é especialmente necessária quando não se trata do próprio beneficiário, caso em que é necessário invocar e provar em que qualidade se assume a legitimidade activa, nos termos já supra expostos. Além disso, sendo o caso, alegar a respectiva autorização ou solicitar ao tribunal, fundamentadamente, o seu suprimento (art. 892.º, n.º 2, do CPCP). Sobre a causa de pedir, o requerente tem o ónus de alegar os fundamentos factuais de cuja prova resultará a necessidade de protecção do beneficiário. Complementarmente, indicar a publicidade a dar à decisão final (art. 892.º, n.º 1, al. d), do CPCP). No pedido, o requerente indica a medida ou medidas de acompanhamento que considere adequadas e, ainda, quem deve ser o acompanhante e, se for caso disso, a composição do conselho de família (art. 892.º, n.º 1, als. b) e c), do CPCP).

Apresentado o requerimento inicial, o processo é concluso ao juiz para despacho liminar⁴¹, acto em que o juiz afere das condições de prosseguimento do processo e, se tudo estiver em conformidade, ordena a citação da parte contra quem a acção foi proposta, que será o Ministério Público, caso o requerente haja sido o beneficiário, quem o represente ou quem ele autorize⁴²; ou, o beneficiário, se o requerente for o Ministério Público. Se o citando é o beneficiário, o juiz determina a modalidade de citação a aplicar ao caso. É também nesta fase que o juiz decide sobre a publicidade a dar ao início da acção, designadamente sobre a forma mais adequada de o fazer⁴³.

Feita a citação do requerido, entra-se na fase do contraditório, com a apresentação de resposta no prazo de 10 dias a contar da citação (art. 896.º, do CPCP). Não havendo oposição, é citado o Ministério Público ou, sendo

⁴⁰ Não será necessário demonstrar o pagamento prévio da taxa de justiça, na medida em que este processo está isento de custas processuais, cfr. art. 4.º, n.º 2, al. h), do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro.

⁴¹ Ao contrário da tramitação regra em processo comum, no qual o processo apenas é apresentado ao juiz no fim dos articulados (art. 590.º, n.º 2, do CPCP).

⁴² Como forma de controlo da vontade do beneficiário, quanto à autorização prestada e quanto às medidas requeridas, nas situações em que a acção haja sido proposta com autorização do beneficiário, este também deve ser citado, para se pronunciar sobre a autorização e sobre as medidas. Ver Oliveira (2021, 52).

⁴³ Apesar destes poderes do juiz, parece estar excluído que não se faça qualquer publicidade pois, em maior ou menor medida, sempre estarão em causa interesses de terceiros. Neste sentido, Callapez (2020, 107) e Ribeiro (2019, 100).

este o requeente, é nomeado defensor oficioso, para efeitos de defesa, salvo se ele tiver constituído mandatário judicial (art. 21.º, nº 2, do CPCP).

Após a fase dos articulados, segue-se a fase instrutória. Nesta fase, além da audição pessoal e directa do beneficiário obrigatória (139.º, do CCP), é produzida a prova requerida, além daquelas que o juiz ordene, por sua iniciativa, no uso dos seus poderes inquisitórios (arts. 897.º, 898.º, 899.º, todos do CPCP).

Sobre a obrigatoriedade da audição do beneficiário, apesar de estar consagrada como regra, julga-se que não deve ser tomada como totalmente absoluta, procurando ter em conta a situação concreta do beneficiário. O juiz, no uso dos seus poderes de gestão processual e adequação processual, afere da efectiva utilidade desse acto e pode, em casos excepcionais, quando conclua ser desnecessário face aos elementos de que já disponha, dispensar essa audição⁴⁴.

7. SENTENÇA: CONTEÚDO E EFEITOS

Formada a sua convicção, o juiz profere sentença em que determina as medidas de acompanhamento e designa o acompanhante⁴⁵, além do seu

⁴⁴ Como se decidiu no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.09.2019, Processo nº 12596/17.3T8LSB-A.L1.L1-2, Relator: Laurinda Gemas, “Apenas será de equacionar não o fazer [a audição pessoal e directa do beneficiário] numa situação em que comprovadamente tal diligência se não possa realizar (v.g. beneficiário em coma), pois não deixará de ter aqui aplicação o princípio da limitação dos atos, não sendo lícito realizar no processo atos inúteis (cf. art. 130.º do CPC)”. Noutro sentido: i) o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03.03.2020, Processo nº 858/18.7T8CNT-A.C1 I, Relator: Isaías Pádua, em que foi decidido que a falta de audição do beneficiário constitui uma nulidade. Foi assim sumariado: “I-Entre os vários princípios que orientam/norteiam o processo especial de acompanhamento de maiores encontra-se o da imediação (pelo tribunal/juiz) na avaliação da situação física e/ou psíquica do beneficiário. II-Princípio esse que impõe obrigatoriamente ao juiz que, em qualquer caso e circunstância, proceda (direta e pessoalmente) à audição do beneficiário, sem que a possa dispensar. III-A omissão dessa audição é geradora de nulidade processual”; ii) o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 04.06.2019, Processo nº 647/18.9T8ACB.C1, Relator: Alberto Ruço, onde se afirmou que “[a] audição directa do beneficiário pelo juiz, no âmbito do processo especial de acompanhamento de maiores, determinada no nº 2 do artigo 897.º do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 49/2018 de 14 de agosto, deve ocorrer em todos os processos, sem exceção”.

⁴⁵ Sobre os critérios de designação do acompanhante, a lei indica um elenco exemplificativo, contudo, não deve deixar de ser considerada a vontade do beneficiário e a sua ligação à família. Assim, como se decidiu no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24.10.2019, Processo nº 887/18.0T8PVZ.P1, Relator: Aristides Rodrigues de Almeida: “A lei não define regras formais ou materiais para a formulação pelo maior dessa escolha. Por isso, ela poderá resultar de um documento escrito redigido antecipadamente pelo maior em momento em que se encontre em plenas condições para exercer por si mesmo os seus direitos e para acautelar a possibilidade futura da necessidade de acompanhamento, como poderá resultar da audição do beneficiário no decurso do próprio processo se o tribunal concluir que o mesmo mantém capacidade para fazer de modo consciente essa opção. E, cremos, poderá ainda resultar da vontade presumível do beneficiário, se houver elementos para a determinar, isto é, para reconstituir a ideia que o beneficiário formularia se fosse confrontado com a necessidade da escolha à luz

substituto ou conselho família, se for o caso (art. 900.º, do CPCP; arts. 143.º e 145.º, do CCP). É ainda fixada a data de início dos efeitos da sentença, com consequências na anulabilidade dos actos praticados pelo beneficiário (art. 903.º, do CPCP); assim como, é determinada a publicidade a dar à decisão. Sem prejuízo de outras comunicações que o juiz entenda pertinentes, após o trânsito em julgado da sentença, é feita comunicação oficiosa aos serviços do registo civil, onde fica averbada a situação do maior acompanhado (art. 153.º, nº 2, do CCP; art. 902.º, nº 2, do CPCP, aplicando-se o disposto nos arts. 1920.º-B e 1920.º-C, do CCP).

Além disso, pode ficar desde já indicada a periodicidade da revisão da sentença, que na falta de indicação será efectuada de cinco em cinco anos (art. 155.º, do CCP)⁴⁶. Esta medida expressa bem o carácter temporário e tendencialmente transitório das medidas de acompanhamento. Embora não se refira expressamente, a revisão pode igualmente ser suscitada pelo acompanhado, alteradas que sejam as circunstâncias que determinaram a aplicação do regime de acompanhamento⁴⁷.

Uma vez transitada em julgado a sentença, esta passa a produzir os seus efeitos, alterando-se a situação civil do beneficiário, cuja actuação passa a pautar-se pelas medidas que lhe foram decretadas. Cessa assim o processo e extingue-se a instância⁴⁸.

III. CONCLUSÕES

O novo processo especial de acompanhamento de maior assenta nos princípios que enformam o paradigma actual do estatuto do maior acompanhado, de forma coerente e articulada com a lei civil.

Foi criado um processo adequadamente flexível face ao novo estatuto do maior acompanhado. As alterações incidiram nos procedimentos, ou seja, nas formalidades do processo mas, primordialmente, o que se pretendeu foi uma

do seu modo de ver, pensar e se relacionar com as pessoas do seu convívio. Na falta de escolha - ou, cremos, se o tribunal julgar a escolha inconveniente por não reconhecer ao acompanhante escolhido idoneidade para o exercício das funções - a nomeação deve recair sobre a pessoa cuja designação melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário.”

⁴⁶ A revisão é requerida por apenso (art. 904.º, nº 3, do CPCP). Também pode ser requerida a cessação e modificação do acompanhamento, caso se altere a situação do beneficiário (art. 904.º, nº 2, do CPCP e art. 149.º, do CCP).

⁴⁷ Neste sentido, Vitor (2018, 144).

⁴⁸ Outra causa de extinção da instância é a morte do beneficiário na pendência do processo (art. 904.º, nº 1, do CPCP). Diferentemente, regime anterior previa o “*seguimento da acção mesmo depois da morte do requerido*”, o que podia ter interesse para verificar se a incapacidade existia e desde quando, com vista à eventual aplicação do regime de anulação dos actos já anteriormente praticados.

mudança no processo “material”, isto é, no modo como deve ser exercido o poder jurisdicional. Assim, o juiz deve pautar a sua actuação pelo inquisitório, pela gestão processual, assim como pela oportunidade e conveniência dos critérios de decisão. É importante a capacidade de julgar e “conhecer” caso a caso; e de construir a decisão mais adequada aos interesses do beneficiário, preservando, tanto quanto possível, a sua autonomia pessoal.

A eficiência do processo dependerá muito do adequado exercício dos poderes do juiz e, além disso, da resposta apropriada e em tempo útil dos exames e relatórios técnicos.

Este é um processo que vai exigir muito dos juízes e do Ministério Público, mas não só. A efectividade das medidas e a concretização do novo modelo, assente nos princípios de proporcionalidade, de subsidiariedade, de necessidade, de flexibilidade procedimental e de controlabilidade, carece, sobretudo para este último aspecto, de uma estrutura institucional adequada, que permita a monitorização de todas as situações, com vista à revisão periódica das sentenças.

O legislador cumpriu o seu papel de forma satisfatória. Foi capaz de adaptar a lei processual de modo adequado, muito embora tivesse a seu favor o espírito das últimas reformas processuais, que já tinham reforçado a gestão processual e a adequação formal, aqui tão necessárias. Resta ter confiança no exercício desses poderes, pela magistratura, e no Estado, enquanto entidade que deve providenciar pelos meios e instrumentos necessários à eficácia do sistema e, conseqüentemente, à confiança no seu funcionamento.

Como alerta CUENCA GÓMEZ (2012, 74) *“resulta imprescindible aclarar que su articulación [del sistema de apoyo] no puede consistir simplemente en reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de persona de apoyo en las legislaciones nacionales, sino que exige crear y/o promover la creación de diversas figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal, adaptar o reemplazar otras instituciones legales, establecer protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones, desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, dotar de recursos materiales, humanos y financieros etc. El funcionamiento adecuado de este sistema debe involucrar, además, a toda la sociedad. El Estado y sus diferentes autoridades y funcionarios (no sólo jueces y fiscales, sino también médicos, notarios etc.) deben velar por el buen funcionamiento del sistema de apoyo y también diferentes agentes y operadores privados de diferentes áreas deben contribuir”*.

IV. BIBLIOGRAFIA

- ALVES, RAÚL GUICHARD. 1995. “Alguns aspectos do instituto da interdição”. *Direito e justiça*. Vol. IX, tomo 2: 131-168.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. 1984. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA. 2018. *Maiores Acompanhados. Primeiras Notas depois da Aprovação da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto*. Coimbra: Gestlegal.
- BELEZA, MARIA DOS PRAZERES. 2019. “Brevíssimas notas sobre a criação do regime do maior acompanhado, em substituição dos regimes da interdição e da inabilitação – Lei nº 49/2018, de 14 de agosto”. Em *O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, 13-21. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. (última consulta: 29.01.2021).
- CALLAPEZ, PEDRO. 2020. “Acompanhamento de Maiores”. Em Pinto, Rui e Leal, Ana Alves (Coord.), *Processos Especiais*, vol. I, 97-116. Lisboa: Editora Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- Conselho Superior da Magistratura. 2018. *Parecer sobre a proposta de Lei nº 110/ XIII que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação*. Lisboa: Conselho Superior da Magistratura. (<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c75-61574e7059585270646d46446232317063334e68627938344d445a6d4d7a45334d6930334f575a684c5452695a44457459546c6a596931694d54566d4e4459304d544d7a5a574d756347526d&fich=806f3172-79fa-4bd1-a9cb-b15f464133ec.pdf&Inline=true>). (última consulta: 29.01.2021).
- CARVALHO, ANA SOFIA. 2018. “Análise Crítica do Futuro Processo Judicial para Acompanhamento de Maior”. Em Neto, Luísa e Leão, Anabela Costa (Coords.), *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, 9-19. Porto: Universidade do Porto. https://cije.up.pt/client/files/000000001/livro-actas-seminarioautonomiaecapacitacao_1055.pdf. (última consulta: 29.01.2021).
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. 2018. “Da situação jurídica do maior acompanhado – Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”. *Revista de Direito Civil*, Ano 3, nº 3: 473-554.
- CUENCA GÓMEZ, PATRICIA. 2012. “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 10, 61-94. La Rioja: Universidad de La Rioja. <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf>. (última consulta: 29.01.2021).
- FREITAS, JOSÉ LEBRE de. 2019. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 4.^a ed. Coimbra: Gestlegal.

- GERALDES, ANTÓNIO ABRANTES, PIMENTA, PAULO E SOUSA, Luís Filipe de. 2020. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. I. 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- GOMES, JOAQUIM CORREIA. 2020. “Anotação ao Preâmbulo da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência”. Em Gomes, Joaquim Correia, Neto, Luísa e VÍTOR, Paula Távora (Coord.), *Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário*, 23-32. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda. https://cije.up.pt/client/files/0000000001/cdpdl_1618.pdf. (última consulta: 03.02.2021).
- GOMES, JOAQUIM CORREIA, NETO, LUÍSA E VÍTOR, PAULA TÁVORA (Coord.). 2020. *Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda. https://cije.up.pt/client/files/0000000001/cdpdl_1618.pdf. (última consulta: 03.02.2021).
- LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE E VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES. 1987. *Código Civil Anotado*. Vol. I. 4.^o ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARQUES, SOFIA E VIEIRA, FERNANDO. 2018. “Proteção da autonomia na incapacidade – novas exigências ao regime jurídico português”. *Julgar Online – Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, nº 34. <http://julgar.pt/protecao-da-autonomia-na-incapacidade-novas-exigencias-ao-regime-juridico-portugues/>. (última consulta: 29.01.2021).
- MIRANDA, JORGE E MEDEIROS, RUI. 2005. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO. 2018. “Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei nº 49/2018”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 4013, Ano 148.^o: 72-84.
- OLIVEIRA, ANA RITA SIMÕES DE. 2021. “O Ministério Público e o regime do maior acompanhado”. Em Bronze, Ângela Maria Batista Monteiro da Mata Pinto *et al.* (Org.), *O Ministério Público e o Regime do Maior Acompanhado - Formação do Ministério Público*, 41-68. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_MaiorA_2021.pdf. (última consulta: 29.04.2021).
- RIBEIRO, NUNO LUÍS LOPES. 2019. “O maior acompanhado – Lei nº 49/2018, de 14 de Agosto”. Em *O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, 75-109. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. (última consulta: 29.01.2021).
- SILVA, MANUEL DIAS DA. 1919. *Processos Cíveis Especiais*. 2.^a ed. Coimbra: Tipografia França Amado.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE. 2019. “O regime de acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais”. Em *O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, 39-60. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf. (última consulta: 29.01.2021).
- VÍTOR, PAULA TÁVORA. 2020. “Anotação ao Artigo 12.^o da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência”. Em Gomes, Joaquim Correia, Neto, Luísa e Vítor, Paula Távora (Coord.), *Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência –*

Comentário, 127-138. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda. https://cije.up.pt/client/files/0000000001/cdpdl_1618.pdf. (última consulta: 03.02.2021).

- 2018. “Os Novos Regimes de Proteção das Pessoas com Capacidade Diminuída”. Em *Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência*, Neto, Luísa e Leão, Anabela Costa (Coords.), 125-146. Porto: Universidade do Porto. https://cije.up.pt/client/files/0000000001/livro-actas-seminarioautonomiaecapacitacao_1055.pdf. (última consulta: 29.01.2021).

VÍCTIMAS VULNERABLES: ESPECIAL REFERENCIA AL ESTATUTO DEL MENOR A LA LUZ DE LA LO 8/2021 DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA¹

Vulnerable victims: special reference to the statute of minors in the light of the protection of children and adolescents against violence act 8/2021

Ana BELTRÁN MONTOLIU

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universitat Jaume I Castellón
beltrana@uji.es

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. II. MARCO JURÍDICO. 1. Internacional. 2. Nacional. III. LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA. IV. MENORES: VÍCTIMAS VULNERABLES. 1. Consideraciones generales. 2. Declaración de la víctima menor de edad. V. MODELO BARNAHUS O CASA DE LOS NIÑOS. V. REFLEXIÓN FINAL. VII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La participación de la víctima menor en el proceso penal requiere una especial atención desde la perspectiva procesal pues al tratarse de personas menores de edad es necesario tener en consideración su condición de vulnerabilidad en todas las fases del procedimiento. En este trabajo se proporciona un análisis crítico del estatuto jurídico de las víctimas menores con referencia a su marco jurídico y particularidades en la toma de declaración. Se analizan las novedades que incorpora en el ordenamiento jurídico español la *Ley orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia* que contribuyen a mejorar sustancialmente la toma de declaración de la víctima menor. Finalmente se estudia el modelo Barnahus, como referente en el sistema de protección a la infancia y adolescencia.

Abstract: The participation of the minor victim in criminal proceedings requires special attention from a procedural perspective, since it is necessary to take into consideration the vulnerability of minors at all stages of the proceedings. This paper provides a critical analysis of the legal status of minor victims with reference to their legal framework and particularities in minor's testimony. It analyzes the novelties

¹ Artículo realizado en el marco del proyecto de investigación: "VÍCTIMAS VULNERABLES: PROTECCIÓN PROCESAL DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICO-PRÁCTICA (VIVUPRO)" (AICO/2019/188): Investigadora principal: Andrea Planchadell Gargallo.

incorporated in the Spanish legal system by *The Protection of Children and Adolescents Against Violence Act 8/2021*, which contribute to substantially improve the taking of the minor victim's testimony. Finally, the Barnahus model is studied as a reference in the child and adolescent protection system.

Palabras clave: Víctima vulnerable- declaración de la víctima menor de edad- protección integral a la infancia -Juzgado de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia-prueba preconstituida- modelo Barnahus

Keywords: Vulnerable victim - statement of the minor victim – comprehensive protection of children - Violence against Children and Adolescents Court - preconstituted evidence - Barnahus model

I. INTRODUCCIÓN

Todos los niños y niñas tienen derecho a una vida libre de violencia². En este sentido, es imperativa la adopción de mecanismos por parte de los ordenamientos jurídicos internos³ que los protejan frente a violaciones de sus derechos. A nivel mundial se detecta, sin embargo, que la violencia es una situación habitual⁴ en las vidas de niños, niñas y adolescentes⁵, manteniéndose a menudo invisible para la sociedad⁶.

² Art. 19 *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989, BOE 313, 31 de diciembre de 1990.

³ El artículo 39 CDN exige que los Estados miembros tomen “todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de cualquier niño o niña víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso”.

⁴ DÍAZ 2019.

⁵ En relación con la violencia doméstica, cerca de 300 millones de niños de 2 a 4 años en todo el mundo (3 de cada 4) son habitualmente víctimas de algún tipo de disciplina violenta por parte de sus cuidadores. En el ámbito escolar, se destaca que, en todo el mundo, cerca de 130 millones de estudiantes entre las edades de 13 y 15 años (poco más de 1 de cada 3) experimentan casos de acoso escolar. Por lo que respecta a las cifras relativas a muertes violentas en adolescentes, cada 7 minutos, en algún lugar del mundo, un adolescente es asesinado en un acto violento. Sólo en 2015, la violencia costó las vidas de alrededor de 82.000 adolescentes en todo el mundo. Por último, en cuanto a la violencia sexual, en 38 países de ingresos bajos y medianos, cerca de 17 millones de mujeres adultas informan haber tenido relaciones sexuales por la fuerza en la niñez. Vid. en detalle UNICEF: *Una situación habitual, Violencia en las vidas de los niños y adolescentes*, noviembre 2017, pp. 3-6.

⁶ La violencia contra los niños se presenta bajo diversas formas y depende de una amplia gama de factores, desde las características personales de la víctima y el agresor hasta sus entornos culturales y físicos. Sin embargo, gran parte de la violencia ejercida contra los niños permanece oculta por muchas razones: en primer lugar, por miedo; muchos niños tienen miedo de denunciar. Por otro lado, la aceptación social de la violencia es también un factor importante. Finalmente, no trasciende porque no existen siempre vías seguras o fiables para que se pueda denunciar. Es importante identificar la violencia contra los niños en cinco ámbitos: la familia, la escuela, las instituciones alternativas de cuidado, los lugares donde los niños trabajan y las comunidades. En detalle, PINHEIRO, P.S. (2006): *Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas*, (A/61/299), 29 de agosto 2006, p. 9.

Tal y como pone de manifiesto la Organización Mundial de la Salud⁷, se calcula que hasta 1000 millones de niños de entre 2 y 17 años en todo el mundo fueron víctimas de abusos físicos, sexuales, emocionales o de abandono en el último año, afectando a su salud y el bienestar a lo largo de toda la vida⁸. Por otro lado, en el contexto de los conflictos armados⁹ se producen crímenes contra los niños siendo imprescindible que no queden impunes por los efectos devastadores que generan sobre los mismos¹⁰. En este sentido, el *Representante Especial de la Asamblea General de Naciones Unidas para la cuestión de los niños y los conflictos armados*¹¹, identifica seis violaciones graves que afectan a los niños, a saber: reclutamiento y utilización de niños; matanza y mutilación de niños; violencia sexual contra los niños; atentados contra escuelas y hospitales; secuestro de niños y denegación del acceso humanitario¹². Frente a esta situación, se establece un

⁷ INSPIRE, *Siete estrategias para poner fin a la violencia contra los niños: Magnitud de la violencia contra los niños*: El homicidio es una de las cinco principales causas de defunción entre los adolescentes. Además de las víctimas mortales, hay decenas de millones más de niños afectados por la violencia. Uno de cada cuatro niños y niñas sufre maltratos físicos. Casi una de cada cinco niñas sufre abusos sexuales. El 80% de las víctimas de homicidio son niños del sexo masculino. Estos datos aparecen reflejados en la Infografía <https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/inspire/INSPIRE_infographic_ES.pdf?ua=1>

⁸ Organización Mundial de la Salud, *Violencia contra los niños: Datos y cifras*, 8 de junio 2020. <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-children>>

⁹ Hay que destacar que el número de violaciones graves contra los niños sigue siendo elevado y además, la pandemia de COVID-19 aumentó la vulnerabilidad de los niños afectados por conflictos y supuso una carga adicional para los agentes de protección de la infancia. A pesar de las dificultades persistentes y emergentes, se lograron importantes avances para hacer cesar y prevenir las violaciones graves en relación con varias situaciones de países relativas la cuestión de los niños y los conflictos armados, particularmente en la esfera de la justicia de transición. Vid. AGNU (2020): *Los niños y los conflictos armados. Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados*, (A/HRC/46/39), 23 de diciembre 2020, p.8.

¹⁰ Así se pone de relieve que los niños se convierten en un objetivo militar. Los fenómenos que mayor repercusión tienen en la vida de los menores son: Los niños soldados, los refugiados y los niños internamente desplazados, la explotación sexual y violencia basada en el género y las minas terrestres y municiones sin detonar. Además, se producen efectos en la propia salud de las víctimas ya que se generan transmisiones de enfermedad, malnutrición, discapacidades, etc. Entre las medidas de prevención deviene imperativo implementar asignaturas de “Educación para la paz”, proceder a la desmilitarización y la alerta temprana para la adopción de medidas que puedan proteger a los menores. En detalle vid. Informe de Graça Machel “Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños”, (A/51/306), 26 de agosto 1996. La publicación de este informe fue determinante en la creación del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados.

¹¹ AGNU, Resolución 51/77 (A/RES/51/77), 20 de febrero de 1997.

¹² Office of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, Working Paper n° 1, *The Six Grave Violations Against Children During Armed Conflict: The Legal Foundation*, October 2009.

plan de actuación concreto global con la finalidad de proteger a los menores afectados por los conflictos armados¹³.

En este artículo se pretende proporcionar una visión general sobre el estatuto jurídico de la víctima menor en el proceso penal, resaltando aquellas cuestiones más novedosas o que tienen una mayor repercusión en la práctica forense. Con esa finalidad se abordará en primer lugar, el marco normativo referente a los menores y su situación en el proceso penal tanto a nivel internacional como nacional. A continuación, dedicaremos un apartado a destacar las principales novedades que aparecen en la *Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*¹⁴ (en adelante LOPIVI) en especial el nuevo art. 449 ter de la LECrim que establece como regla general la declaración de la víctima menor de 14 años como prueba preconstituida en determinados delitos. Asimismo, aludiremos a la figura del Juzgado especializado en la Violencia contra la Infancia y la Adolescencia¹⁵ proyecto piloto previsto por el Consejo General del Poder Judicial que entrará en funcionamiento en 2021 y al que hace expresa alusión la citada ley.

Seguidamente explicaremos el estatuto jurídico de las víctimas menores en el proceso penal. Señalaremos asimismo cuáles son las circunstancias que se deben tener en cuenta debido a su especial vulnerabilidad en el proceso y dedicaremos atención a las medidas de protección de carácter general y específicas, deteniéndonos en la declaración de la víctima menor mediante prueba preconstituida.

Por último, nos centraremos en el modelo *Barnahus*, como modelo de referencia eficiente y eficaz que combina el respeto a los derechos de la infancia y el derecho de defensa, garantizando a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva con indicación de los estándares internacionales previstos a tales efectos que tienen como objetivo lograr un sistema que se acomode a las necesidades de las víctimas menores.

¹³ Es una campaña mundial para generar mayor conciencia y acción para proteger a los niños afectados por la guerra. *ACT TO PROTECT Children affected by conflict*, <https://childrenandarmedconflict.un.org/act-to-protect-children-affected-by-armed-conflict/> (Consultado el 2 de mayo de 2021)

¹⁴ BOE nº 134, de 5 de junio de 2021.

¹⁵ CGPJ, “Canarias crea el primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España”, Nota de prensa, 23 de febrero de 2021.

II. MARCO JURÍDICO

1. INTERNACIONAL

Para poder entender las particularidades procesales que aparecen en la participación del menor como víctima en el proceso, es necesario apuntar, aunque sea sucintamente, la principal normativa¹⁶ que se refiere a su protección ya que nos permitirá comprender mejor la evolución y reconocimiento de los principales derechos de los niños.

En 1924 la Sociedad de Naciones adoptó la *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño*, primer texto internacional en la historia de los Derechos Humanos que trata sobre los derechos de la niñez, elaborado por Eglantyne Jebb, fundadora de *Save the Children Fund*. Se conforma de cinco principios básicos afirmando que la “humanidad debe al niño lo mejor que ésta puede darle”.

En 1959 se proclama por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre) la *Declaración de los Derechos del Niño*, que incluye diez principios esenciales reconociendo, entre otros, el derecho del niño a la educación, el juego, la atención de la salud, y a un entorno que lo apoye.

Las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores* (Reglas de Beijing)¹⁷ de 1985, explican en detalle los principios de un sistema de justicia que propicie el interés superior del niño, incluyendo educación, servicios sociales y un tratamiento proporcional para los niños detenidos.

Es en el año 1989 cuando aparece la *Convención sobre los Derechos del Niño*¹⁸, que se convertirá en el texto normativo fundamental al cambiar el paradigma para que los niños y niñas dejaran de ser objeto de protección para convertirse en un sujeto de derecho, con los mismos derechos que cualquier otro¹⁹. Debemos partir del concepto de infancia que se fija en este tratado, comprendiendo a toda persona menor de dieciocho años sin

¹⁶ Sin perjuicio de que se pueda consultar mayor información en UNICEF, Cronología sobre los derechos del Niño, <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia> (Consultado el 21 de abril de 2021)

¹⁷ Resolución 40/33 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985.

¹⁸ Es el tratado más ratificado de la Historia contando con 196 ratificaciones a fecha 26 de mayo de 2021. Ha sido aceptada por todos los países del mundo salvo Estados Unidos, <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos> (Consultado el 26 de mayo de 2021)

¹⁹ Tal y como pone de manifiesto CARDONA LLORENS “lo que debemos proteger no son los niños, sino sus derechos”, CARDONA LLORENS, 2021:123; CARDONA LLORENS, 2020: 37.

distinción entre niños o jóvenes²⁰. Al ser de obligado cumplimiento por los Estados, el Comité de los Derechos del Niño²¹ realiza un seguimiento en cada país²². Esta Convención a su vez cuenta con 3 Protocolos que lo complementan²³: 1) El protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil; 2) El protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados y, 3) El protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño. Son también relevantes la Observación General número 12, de 2009, sobre el derecho a ser escuchado, la Observación número 13, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia y la Observación número 14, de 2014, sobre la consideración primordial del interés superior del niño y la niña²⁴.

Indiscutiblemente en el ámbito europeo²⁵ son varios los referentes legislativos que sirven de fundamento para preservar y promover los derechos de los niños. En el art. 3 del Tratado de Lisboa²⁶ se expresa la “protección de los derechos del niño” siendo un objetivo general de la política común, tanto a nivel interno como en relaciones exteriores.

En la *Carta Europea de los Derechos del Niño*²⁷ de 1992, el Parlamento Europeo reconoce la importancia que la infancia tiene como etapa de la vida

²⁰ Es interesante observar que no existe uniformidad en relación a lo que se entiende por “juventud”, ya que en las Naciones Unidas se ha venido utilizando tradicionalmente la franja de edad de 15 a 24 años, pero solo a efectos estadísticos, de modo que es complicado a nivel internacional y nacional proporcionar una definición coherente. Sobre el marco internacional y regional de derechos humanos aplicable a los jóvenes y las dificultades y discriminación que afronta ese grupo para ejercer sus derechos, puede consultarse AGNU (2018): *La juventud y los derechos humanos Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/39/33)*, 28 de junio de 2018.

²¹ Está formado por 18 expertos en derechos de la infancia procedentes de países y ordenamientos jurídicos diferentes, <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> (Consultado el 22 de mayo de 2021)

²² En relación a datos sobre España y datos relacionados con la infancia, puede consultarse el Observatorio de la Infancia, <https://observatoriodelainfancia.vpsocial.gob.es/home.htm>, y la Plataforma de infancia, España examinada por el Comité de los Derechos del Niño, 22 de enero de 2018. <https://plataformadeinfancia.org/espaa-examinada-comite-los-derechos-del-nino/> (Consultado el 22 de mayo de 2021)

²³ BOE nº 27, de 31 de enero de 2002; BOE nº 92, de 17 de abril de 2002; BOE nº 27, de 31 de enero de 2014, respectivamente.

²⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general nº 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado*, (CRC/C/GC/12), 20 de julio de 2009; *Observación general nº 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, (CRC/C/GC/13), 18 de abril de 2011 y, *Observación general nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, (artículo 3, párrafo 1) (CRC/C/GC/14), 29 de mayo de 2013.

²⁵ Sobre los derechos de la infancia y adolescencia en las constituciones europeas vid. CABEDO MALLOL, V./ RAVETLLAT BALLESTÉ, I 2020, *passim*.

²⁶ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (OJ C 306, 17.12.2007, p. 1-271).

²⁷ DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.

de una persona, el papel de la familia en la satisfacción de las necesidades de los niños y el hecho de que tales necesidades suponen una serie de derechos para la infancia y, en consecuencia, obligaciones para la familia, el Estado y la sociedad.

Por su parte, hay varios convenios a tener en cuenta: el *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, (Convenio de Lanzarote) de 2007, prevé entre sus disposiciones la necesidad de asistencia a las víctimas (art. 14), y dedica el capítulo VII (arts. 30-36) a la Investigación, enjuiciamiento y el derecho procesal; el *Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica* de 2011 (Convenio de Estambul), donde se hace alusión a la necesidad de sensibilización en el contexto de menores (art. 13), se mencionan la protección y apoyo a los menores por expertos (art. 26) y se alude a la mutilación genital femenina (art. 38); el *Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos* (Convenio de Varsovia) de 2005, señala los siguientes aspectos para los menores: prevención (art. 5), medidas para desincentivar la demanda de trata (art. 6), identificación de las víctimas (art. 10); asistencia (art. 12, f), permiso de residencia (art. 14), repatriación (art. 16), medidas de protección especiales (art. 29.3), procedimiento judicial (art. 30) y desapariciones (art. 33); y, el *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* (Convenio de Budapest) de 2001, que menciona específicamente los delitos de pornografía infantil (art. 9).

Asimismo, merece la pena destacar el *Manual de legislación europea sobre los Derechos del Niño de 2015*²⁸ en el marco de la celebración del 25º aniversario de la CDN (ratificada por todos los Estados europeos) que pretende poner de relieve el papel que desempeña la normativa jurídica europea para garantizar los derechos universales de los niños. Se persigue con este manual lograr una mayor sensibilización en este ámbito²⁹.

²⁸ Elaborado conjuntamente por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y el Consejo de Europa, junto con la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ecthr-2015-handbook-european-law-rights-of-the-child_es.pdf (Consultado el 21 de mayo de 2021).

²⁹ Vid. LIEFAARD/ RAP/ BOLSCHER, 2016: 85. Esta guía incorpora técnicas de comunicación con víctimas de abusos, y proporciona un enfoque muy adaptado a las necesidades propias de la justicia juvenil.

Finalmente existen una serie de Directivas³⁰, recomendaciones³¹ y estrategias³² que están relacionadas, bien con la necesidad de terminar con la violencia contra los menores, bien con el objetivo de reconocer los derechos de las víctimas del delito.

2. NACIONAL

En el ámbito de protección y asistencia a las víctimas menores en el ordenamiento jurídico español³³, encontramos la premisa inicial en el artículo 39 de la CE al considerarse la protección de las personas menores de edad una obligación prioritaria de los poderes públicos. Adicionalmente debemos tener en consideración la siguiente normativa:

En primer lugar, la *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882* (en adelante LECrim), dispone de distintos preceptos que pueden afectar directamente al menor³⁴. Es ineludible tener en cuenta también el *Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*³⁵ en lo relativo al menor, pues se introducen cambios significativos con el objeto de mejorar el estatuto jurídico del menor en el proceso penal³⁶.

³⁰ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

³¹ Recomendación Rec (2003) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre justicia juvenil de 24 de septiembre de 2003.

³² AGNU, *Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal* (A/RES/68/189, 11 de febrero 2014).

³³ A nivel del ordenamiento interno español, se puede encontrar toda la legislación de menores actualizada en https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=286_Legislacion (Consultado el 14 de mayo 2021).

³⁴ En concreto específicamente: art. 109 bis, art. 110, art. 261, art. 416.3, art. 433, art. 448, art. 544 ter, art. 544 quinquies, art. 681, art. 707, art. 777.3, art. 788.2 y art. 730 LECrim.

³⁵ Disponible en el Ministerio de justicia, versión para información pública, <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/actividad-legislativa> (Consultado el 14 de mayo de 2021).

³⁶ Ministerio de Justicia, Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, Memoria del Análisis de Impacto Normativo, Enero 2021. En concreto, se pone de relieve el impacto que tendrá en el ámbito de menores en las siguientes cuestiones: a) *derechos de las víctimas* en el proceso penal, con especial referencia a los menores de edad y personas discapacitadas necesitadas de especial protección, así como el hecho de abordar de forma integral el tratamiento de los problemas que genera la discapacidad de la persona encausada. Cuestiones, todas ellas, tratadas de forma fragmentaria e insuficiente en la legislación actual (p. 15); b) El capítulo V se dedica al *Estatuto de la Víctima*, introducido en el Derecho vigente a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, que constituye, a su vez, una transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. El

En segundo lugar, la ley 4/2015, de 27 de abril, *Estatuto de la Víctima del Delito* (en adelante LEVD)³⁷ por su parte, supuso el reconocimiento necesario de todos aquellos derechos y garantías que afectan a la víctima y prevé medidas concretas para aquellas tienen la consideración de especial vulnerabilidad, entre las que se encuentran precisamente los menores.

texto de la presente ley se ajusta a esa regulación legal, manteniendo la sistemática del Anteproyecto de 2011, pero volcando en ella los contenidos del actual "Estatuto de la Víctima". La víctima es identificada, en la línea de la regulación de 2011, con la persona ofendida o directamente perjudicada por la infracción y se regulan normas específicas sobre las víctimas menores o en situación de vulnerabilidad, con especial mención a la prohibición de victimización secundaria. Asimismo, se recogen sus derechos a recibir información inmediata, a ser informadas de la tramitación del proceso, a ser oídas, a entender y a ser entendidas, a la traducción e interpretación, a la protección de la intimidad, a actuar como acusación o a obtener una reparación civil, entre otros derechos (p. 28); c) *limitación de la publicidad en el juicio oral*: se recogen excepciones a la publicidad cuando así lo exija el orden y seguridad públicos, los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes, pudiendo el tribunal establecer medidas de protección a las víctimas y a sus familiares restringiendo la publicidad del Juicio (p. 32); d) *Archivo por oportunidad*, tiene como límite la utilización de violencia e intimidación o las de delitos cometidos contra víctimas menores de trece años (p. 33); e) *medidas específicamente orientadas a ofrecer una protección eficaz a los bienes jurídicos de las víctimas* o de terceras personas, entre las que se encuentra la suspensión de la eficacia de instituciones de guarda y custodia de menores o discapacitados o la suspensión del régimen de comunicación y visita (p. 38); f) *declaraciones testificales de los menores y las personas con discapacidad*, asegurando su adaptación a las particulares condiciones y circunstancias concurrentes, con posible intervención de expertos y sin perjuicio de acudir, de resultar preciso, al incidente de aseguramiento de prueba. En la misma línea tutelar, se incorporan al texto de la ley las directrices básicas sobre el régimen de protección de testigos, que se inspiran, en esencia, en las que ya contuviera la Propuesta de Código Procesal Penal (p. 53); g) *Instrumentos de valoración de riesgo de violencia o reincidencia* y, sobre todo, de las pruebas periciales sobre credibilidad de los testimonios de menores de edad. Se garantiza, en todo caso, que estas últimas se realicen siempre por expertos en psicología del testimonio con experiencia acreditada en la realización de este tipo de informes (p. 53); h) *la exención del deber de denunciar por razón del vínculo familiar o afectivo* no alcanza ahora a los supuestos de delitos cometidos contra bienes personales de menores de edad. En tales casos, prima el deber de protección y garantía de la integridad e indemnidad del menor sobre la consideración al vínculo afectivo o familiar (p. 58); i) *normas protectoras de los testigos menores*, la ley consolida y mejora las normas protectoras de los testigos menores o que son especialmente vulnerables por razón de enfermedad o discapacidad, además de abordar por primera vez y de forma exhaustiva la problemática de las personas encausadas en situación de discapacidad (p. 113-114); j) *especial protección declaración testigos* se brinda a los menores y que beneficia, en particular a las niñas, y a los hijos de mujeres víctimas de violencia de género. En particular, en materia testimonial, se facilita la declaración de los testigos menores de edad, rodeándolos de las mayores garantías como son la declaración acompañados de quienes ejerzan su patria potestad, tutela o guarda, salvo que el procedimiento se dirija contra éstos; la ausencia de juramento para testigos menores de catorce años; la limitación de la confrontación visual, etc (art. 672), (p. 119).

³⁷ Debemos recordar que esta ley es consecuencia de la necesidad de adaptar la legislación española en materia de víctimas a la legislación europea tras la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen. DE HOYOS SANCHO 2013: 1, ORDEÑANA GEZURAGA, 2014. En detalle sobre un comentario exhaustivo a esta ley vid. TAMARIT SUMALLA/ VILLACAMPA ESTIARTE/ SERRANO MASSIP, 2015; SERRANO MASSIP, 2013.

III. LEY ORGÁNICA 8/2021 DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Específicamente relacionada con la temática³⁸ que nos ocupa, podemos resaltar la reciente aprobación de la *Ley Orgánica 8/2021* ya que es la primera ley de carácter integral en el ámbito de la infancia a nivel nacional que protege a los niños y adolescentes frente a la violencia y aparece como un referente a nivel internacional³⁹.

Esta ley, conocida también popularmente como “Ley Rhodes”⁴⁰, tiene como objeto “garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia (...) estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida”(art. 1).

Se pretende así propiciar un marco de prevención y protección frente a la vulneración de los derechos de los menores coordinado y común en todo el territorio del Estado. Nace con vocación de cumplir finalmente con los compromisos internacionales asumidos por España en esta materia. Se pone de relieve la naturaleza multidimensional de esta violencia y se identifican los factores de riesgo y sus consecuencias. Además, incide en que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad son sujetos especialmente sensibles y vulnerables a esta tipología de violencia.

La ley contiene 60 artículos estructurados⁴¹ en un título preliminar y cinco títulos, nueve disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y veinticuatro disposiciones finales. Los ejes sobre los que se asienta esta

³⁸ Téngase en cuenta asimismo: Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 175, de 23 de julio de 2015); Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 180, de 29 de julio de 2015) y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 15, de 17 de enero de 1996).

³⁹ Vid con carácter divulgativo las siguientes noticias que proporcionan una visión general sobre las principales novedades, entre otras: SOSA TROYA, 2021; SAVE THE CHILDREN, 2021; MORENO 2021; CARVAJAL, 2021; PERAITA, 2021.

⁴⁰ Se denomina así por el famoso pianista James Rhodes afincado en España que sufrió abusos durante su niñez.

⁴¹ En el Título Preliminar aparecen las disposiciones generales. Título I. Derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia de género (arts. 9-14); Título II Deber de comunicación de situaciones de violencia (arts. 15-20); Título III Sensibilización, prevención y detección precoz (arts. 21-52); Título IV De las actuaciones en centros de protección (arts. 53-55); Título V De la organización administrativa (arts. 56-60).

norma integral son la prevención, la detección temprana, la atención inmediata y recuperación.

Tal y como afirma UNICEF, estamos ante una ley que nos convierte a todos parte de la solución⁴². Se basa esta ley en unos principios esenciales como son la protección frente a la victimización secundaria, la coordinación y cooperación inter e intraadministrativa, la prohibición de toda forma de violencia; el empoderamiento de niños, niñas y adolescentes, la accesibilidad universal; la especialización y capacitación de profesionales, el respeto a los estados evolutivos de los menores y, por último, la incorporación de la perspectiva de género y discapacidad.

Se trata de una ley integral, porque es necesaria la participación de todos para detener la violencia. Se apuesta por destinar distintas medidas de protección en los diferentes ámbitos generando nuevas obligaciones y formas de proceder para los sectores y agentes profesionales que trabajan con ellos. Es imprescindible en este sentido que se actúe en los siguientes ámbitos: familia, educación, sanidad, servicios sociales, nuevas tecnologías, deporte y ocio, fuerzas y cuerpos de seguridad, administración general en el exterior y protección de datos.

De forma independiente vamos a apuntar a continuación las novedades y mejoras que se van a incorporar en el ámbito judicial que aparecen contempladas en el Título I bajo la rúbrica “Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia” (arts. 9- 14). En primer lugar, se garantizan y reconocen los derechos de los niños, niñas y adolescentes (art. 9). Se hace alusión expresamente al derecho de información⁴³ y asesoramiento (art. 10). Estamos ante un derecho fundamental para que estas víctimas puedan conocer sus derechos y puedan recibir orientación legal en las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Además, se exige, que se proporcione dicha información y asesoramiento en un lenguaje claro y comprensible, en un idioma que puedan entender y adaptándose a las circunstancias personales de sus destinatarios. Se reconoce el derecho a las víctimas a ser escuchadas (art. 11) con todas las garantías y sin límites de edad. Para ello será imprescin-

⁴² UNICEF (2021): *Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, Guía para familias*, <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/guia-ley-proteccion-infancia.pdf> (Consultado el 26 de mayo de 2021).

⁴³ Los derechos de información de las víctimas tienen como un fundamento que entronca en la dignidad humana por lo que su reconocimiento, ejercicio y garantías no deben hallarse condicionados a que se haya incoado o se sustancie un proceso penal contra el infractor, ni a que las víctimas tengan legitimación para ejercitar la acción penal. SERRANO MASSIP, 2015: 69.

dible, tal y como se indica, que exista una adecuada preparación, formación y especialización de profesionales.

No se olvida la ley, como no podía ser de otra manera, de poner en relieve el derecho a la atención integral (art. 12), destinando medidas de protección, apoyo, acogida y recuperación. Por otra parte, se prevé la legitimación para la defensa de derechos e intereses en los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia (art. 13) y, finalmente se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita en todo caso (art. 14).

A continuación, la ley incluye en el Título II el deber de comunicación de situaciones de violencia, potenciando así que se erradique la invisibilidad en muchos supuestos. Se distingue entre un deber general de comunicación de la ciudadanía (art. 15), y otro cualificado (art. 16), es decir, se convierte en especialmente exigible a aquellas personas que por razón de su cargo, profesión, oficio o actividad asistan, cuiden, enseñen o protejan a los menores y en el ejercicio de las mismas, hayan tenido conocimiento de una situación de violencia contra los mismos. Además, se permitirá la propia comunicación cuando la iniciativa surja de los propios menores y se establece que podrán ser acompañados de una persona de su confianza que hayan designado. (Art. 17). Para evitar que la violencia quede silenciada se ha previsto el deber de información en los centros educativos y establecimientos residenciales (art. 18), así como el deber de comunicación de contenidos ilícitos en Internet (art. 19). Todos estos deberes de comunicación, para que realmente sean efectivos, deben ir acompañados de una serie de garantías de protección y seguridad, tal y como se establece en el art. 20.

Con la finalidad de dar cumplimiento a todas las medidas que afectan al ámbito judicial, se ha procedido a modificar distintas leyes como queda reflejado en las disposiciones finales. No nos olvidemos de que, para que esta ley pueda realmente funcionar, será preciso incorporar los cambios legislativos oportunos en el ámbito penal, procesal y en especial en la protección jurídica del menor.

Desde la *perspectiva penal*⁴⁴, se ha procedido a ampliar el plazo de prescripción de delitos graves contra menores⁴⁵, entre ellos los abusos sexua-

⁴⁴ Vid. Disposición final sexta: Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁵ Disposición final Sexta, Doce: Se modifica el apartado 1 del artículo 132, que queda redactado como sigue: "...En los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento".

les, empezando a contar cuando la víctima cumpla treinta y cinco años y no dieciocho como actualmente sucede. Es una realidad innegable contrastada científicamente que las víctimas necesitan tiempo para poder tomar la determinación de denunciar, permitiéndose al no hacerlo, como hasta ahora, que muchos casos quedaran impunes. Este cambio legislativo propiciará, a nuestro parecer, una mayor visibilización de este tipo de delitos.

Conscientes del gran impacto que tienen en nuestras vidas las nuevas tecnologías, y concretamente internet, y del particular protagonismo que tienen en las vidas de los niños, niñas y adolescentes, en esta ley se configura un nuevo delito⁴⁶ que castigue a quienes promuevan a través de internet⁴⁷ el suicidio, autolesión o trastornos alimenticios entre menores o la comisión de delitos de naturaleza sexual contra menores (art. 143 bis CP).

Desde la *perspectiva procesal*⁴⁸, es esencial adaptar los juzgados a las necesidades de esta tipología victimal⁴⁹, de modo que es coherente y lógico que se haya previsto la especialización de los órganos jurisdiccionales, de la fiscalía y de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los juzgados y tribunales⁵⁰. A tales fines, se prevé que, en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno remitirá a las Cortes dos proyectos. Por un lado, uno destinado a la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial para que se produzca la especialización suponiendo la inclusión de Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, así como la especialización de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales, adaptándose necesariamente las pruebas selectivas que permitan acceder a los mismos. Del mismo modo, en este proyecto se deberán incorporar las modificaciones precisas para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en Infancia, Familia y Capacidad. Por otro, se hace alusión al proyecto ley de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto

⁴⁶ En la línea de la expansión del derecho penal y como indica BARONA VILAR, las respuestas hacia la criminalidad se han endurecido globalmente, con un avance hacia el más y más derecho penal. BARONA VILAR. 2020: 243.

⁴⁷ APARICIO TORRES/ LÓPEZ JARA, 2017: 51-71.

⁴⁸ Vid. Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adoptada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Se modifican los siguientes preceptos: art. 109 bis, art. 110, art. 261, art. 416, se suprime el párrafo cuarto del artículo 433; se suprime el párrafo tercero del artículo 448; se introduce un artículo 449 bis, art. 449 ter; se modifican los apartados 6 y 7 del art. 544ter; se introduce art. 703 bis, se modifica el párrafo segundo del art. 707; se modifica el art. 730; se adiciona un apartado 3 al art. 777, y se adiciona un apartado 2 y se reenumeran los apartados 2 al 6 que pasan a ser del 3 al 7, en el art. 788.

⁴⁹ FERREIRO BAAMONDE, 2005.

⁵⁰ LOPIVI. Disposición final decimonovena. Especialización de los órganos judiciales, de la fiscalía y de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los Juzgados y Tribunales.

Orgánico del Ministerio Fiscal, a los efectos de establecer la especialización de fiscales en el ámbito de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, conforme a su régimen estatutario. De forma simultánea también se regularán la composición y funcionamiento de los Equipos Técnicos que presten asistencia especializada a los órganos judiciales especializados en infancia y adolescencia y la forma de acceso a los mismos de conformidad con los criterios de especialización y formación indicados en esta ley.

Respecto a los *Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia*⁵¹ debemos advertir que ya está en marcha en nuestro ordenamiento jurídico, un proyecto piloto que permitirá que el Juzgado de Instrucción número 3 de Las Palmas de Gran Canarias sea la primera experiencia con la nueva especialización⁵². Estamos ante una iniciativa pionera en España que tiene previsto funcionar a partir de octubre de 2021 durante un período máximo de 24 meses y que pretende adaptarse a las necesidades de las víctimas menores en el proceso penal⁵³.

En relación con la violencia machista, la ley ha realizado un esfuerzo para que se reconozca también la violencia que “con el objeto de causar perjuicio o daño a las mujeres” se ejerza sobre familiares o allegados menores de edad. Se debe proteger a los menores que viven en entornos familiares marcados por la violencia de género⁵⁴, suspendiéndose el régimen de visitas cuando aparezcan “indicios fundados” de que los hijos hubieran “presenciado, sufrido o convivido con la violencia”, salvo que el juez presente una resolución motivada que justifique lo contrario, después de haber evaluado la relación paternofamiliar⁵⁵. Se prohibirá custodia compartida si el juez aprecia

⁵¹ Vid. SOSA TROYA, 2021. En este artículo se realiza una entrevista a Tomás Luis Martín, magistrado de carrera que dirigirá este proyecto piloto. Señala que el principal reto al que se enfrenta es la posibilidad “de transformar los procesos y adaptarlos a las necesidades de los menores” y pone de relieve que a la justicia le hace falta modernizarse y adaptarse para el trabajo con víctimas. Está convencido de que esta ley era buena y necesaria y que tiene como meta primordial evitar la victimización secundaria.

⁵² COMUNICACIÓN CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Canarias crea el primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España”, Notas de Prensa, martes, 23 de febrero de 2021.

⁵³ Sobre cómo va ser el funcionamiento de este Juzgado, puede consultarse el reportaje y vídeo en SANTANA, 2021, <https://www.rtve.es/noticias/20210323/primer-juzgado-violencia-contra-infancia-adolescencia/2083387.shtml> (Consultado 23 de marzo de 2021).

⁵⁴ Sobre los efectos de la violencia de género sobre los hijos, se recomienda el visionado de las dos series que se apuntan, donde se reflejan los problemas probatorios de la declaración de la víctima, así como otros aspectos relacionados con la necesidad de adaptar el sistema judiciales a las particularidades de la víctima, CHRISTENSEN, P.F./ SAHLSTRØM, S.A./ BENDIXEN, N./ EL-TOUKHY, M. (2020): *Que viene el Jobo* (Cry Wolf), Dinamarca; KELLEY, D.E (2017): *Big Little Lies*, Estados Unidos.

⁵⁵ Esto implica la reforma de los arts. 92, 154 y 158 del Código Civil, así como de los apartados 6 y 7 del art. 544 ter LECrim que regula la orden de protección. Entendemos que esta aproximación da un paso más en el ámbito de protección de la violencia de género, ya que si bien es cierto que en los arts. 65 y 66 de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se recoge que el

durante el procedimiento indicios de violencia machista y se retirará la patria potestad a los penados por homicidio o por asesinato en dos supuestos: cuando el autor y víctima tengan hijos en común o respecto a otros hijos cuando la víctima fuere hijo o hija del autor.

A nuestro parecer, otra de las medidas que va a contribuir muy positivamente a esa coordinación que antes aludíamos, será el *Registro Unificado de Servicios Sociales sobre Violencia contra la Infancia* (RUSSVI) (art. 44 LOPIVI). En esta misma línea, y como mejora desde el ámbito administrativo también será esencial el *Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia* (art. 56 LOPIVI) ya que con los datos obtenidos por el Registro se publicará anualmente un informe de la situación de la violencia contra la infancia y la adolescencia al que se dará la mayor publicidad posible.

El mayor logro conseguido por esta ley en el ámbito procesal se refiere a la declaración de la víctima menor⁵⁶ con carácter de prueba preconstituida. Por fin se materializa una de las reivindicaciones más contundentes por parte de las asociaciones de víctimas que ponían de manifiesto, el verdadero calvario judicial que sufren las víctimas en el sistema judicial⁵⁷. La nueva normativa convierte en obligatoria la prueba preconstituida para los menores de catorce años y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección en unos supuestos determinados. De modo que, a partir de ahora, solo deberán declarar una vez ya que su testimonio será grabado durante la fase de instrucción y se reproducirá en el juicio oral, convirtiéndose en estos casos, la declaración en el juicio oral en la excepción (art. 449 bis LECrim). Asimismo, una novedad significativa en cuanto al papel activo que pueden tener las víctimas, lo encontramos en los arts. 109 bis y 110 de la LECrim donde se amplía el término para ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas.

Existe otro grupo de medidas que se refieren a la protección jurídica del menor y que afectan a los siguientes aspectos:

juez podrá retirar la patria potestad, esto ahora con la LOPIVI se convierte en obligatorio en el caso de homicidio o asesinato.

⁵⁶ Este aspecto se analiza en detalle en el apartado IV. 2 de este estudio.

⁵⁷ DOMÍNGUEZ /NÚÑEZ, 2021.

- a) prohibición de los desnudos en las pruebas para determinar la edad y de las contenciones mecánicas especialmente invasivas, pues se prohíbe atar a los menores a una cama o a otros objetos fijos⁵⁸.
- b) respeto al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la víctima y sus familiares, incluso en caso de fallecimiento del menor. En esta situación, la difusión de cualquier tipo de imagen deberá contar con la autorización expresa de herederos o progenitores (art. 8.4 LOPIVI)⁵⁹.

Por último, en el ámbito social y *educativo* hay que destacar el importante papel que van a tener las dos nuevas figuras que se crean en esta ley: El Coordinador de Bienestar y Protección, que actuará en los centros educativos (art. 35 LOPIVI) y el Delegado de Protección para los centros deportivos y de ocio infantil y/o adolescente (art. 48.1 c) LOPIVI). Asimismo, los agentes de autoridad deben continuar mejorando en su formación y debe existir una buena cooperación con las fuerzas de seguridad (arts. 49 y 50 LOPIVI), los servicios sanitarios y cualquier servicio público necesario para su intervención. Será imprescindible elaborar protocolos de actuación en los centros de protección (art. 53 LOPIVI) y asegurarse de que se trata de entornos seguros.

Finalmente, no podemos concluir este apartado sin dejar constancia del importante papel que desempeña la educación⁶⁰ cuando hablamos de violencia sobre los menores. Es precisamente en el aspecto educacional donde se deben volcar los mayores esfuerzos porque es en la figura de los niños donde reside el futuro de la sociedad, de modo que se deberá hacer especial hincapié en todas las etapas educativas en la educación afectivo sexual (art. 30 LOPIVI), sin olvidar la relevancia que tiene el ámbito sanitario (arts. 38-40 LOPIVI), que puede ser en numerosas ocasiones el personal que entra en contacto por primera vez con el menor debido a un problema de salud. Por eso se entiende que será preciso elaborar protocolos específicos de actuación con el objetivo de facilitar la promoción del buen trato, la identificación de factores de riesgo y la prevención y detección precoz de la violencia sobre los niños. Además, se deberán tener en cuenta las especificidades de las actuaciones a desarrollar cuando la

⁵⁸ Se reforma el art. 12 de La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Disposición final octava, Ley infancia.

⁵⁹ Se trata de una reivindicación formulada por la existencia de casos como el de Patricia Ramírez, madre del pequeño Gabriel, quien ha denunciado un “trato cruel e inhumano” desde la muerte de su hijo, por la utilización de la imagen de su hijo en las redes sociales e internet sin su consentimiento. EFE, 2021.

⁶⁰ Vid en detalle arts. 30-37 Ámbito educativo LOPIVI.

víctima de violencia sea una persona con discapacidad, problemas graves del neurodesarrollo, problemas de salud mental o en la que concurra cualquier otra situación de especial vulnerabilidad (art. 38.2 LOPIVI).

En esta misma línea, debemos destacar la creación del *Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia*, de modo que se garantice el ejercicio efectivo del derecho de participación en la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas y políticas nacionales que afectan a los niños, niñas y adolescentes (Disposición decimoséptima LOPIVI).

IV. MENORES: VÍCTIMAS VULNERABLES

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Cuando nos aproximamos al estudio de las víctimas menores que aparecen en el proceso penal en España, debemos recalcar que una de las principales dificultades, desde el punto de vista práctico, es que no existen datos desagregados completos y por lo tanto esto implica que, sin estadística⁶¹ sea prácticamente imposible poder llevar a cabo una política de infancia. Con todo, la mayor crítica en este contexto es que, al no disponer de estudios detallados al respecto, no se puede conocer la realidad y por consiguiente es más complicado detectar las causas de los problemas. Además, hay que señalar que, por ahora, solo se registran víctimas directas⁶². Ciertamente en determinadas materias (p. ej. violencia de género)⁶³ sí que existen protocolos específicos y se pueden acotar los datos⁶⁴. Así, de los

⁶¹ Así la primera recomendación que se hizo a España desde el Comité de Derechos del Niño fue que el ordenamiento jurídico español debe recopilar datos desagregados porque hay una carencia de datos suficientes en materia de infancia. Por otra parte, UNICEF presenta todos los años un informe sobre la situación de la infancia en España elaborado mediante investigaciones en distintas Comunidades Autónomas, INE..., por lo tanto, la ausencia de un buen sistema de datos desagregados es un problema diagnosticado por la ONU para conocer la realidad de la infancia. Así lo pone de manifiesto CARDONA LLORENS, Antigo Miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, GARROCHO SALCEDO, 2015:10.

⁶² ESCORIHUELA, 2021.

⁶³ Encontramos en España, 5.445 Casos activos con *menores en situación de vulnerabilidad* por niveles de riesgo (Datos acumulados desde el 13/03/2019 hasta el 30/04/2021) y 1.789 casos activos con menores en situación de *riesgo* por niveles de riesgo (Datos acumulados desde el 13/03/2019 hasta el 30/04/2021) <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/estadisticas> (Consultado el 30 de abril de 2021).

⁶⁴ Así por ejemplo en la web *Infanciaendatos.es* se hace referencia a la Infancia vulnerable, y determina 4 grupos diferentes: Población de 11 a 18 años víctima de maltrato físico entre iguales en el colegio o instituto; Población menor de 18 años víctima de violencia familiar; Población menor de 18 años víctima de delitos informáticos (cibercriminalidad); Población menor de 18 años víctima de delitos contra la libertad y la indemnidad sexual. Las cifras, información y datos que se muestran no están actualizados, de modo que no nos permite obtener una visión ajustada a la situación real en España.

datos contemplados en el portal estadístico de criminalidad del Ministerio del Interior⁶⁵, se obtiene la cifra de 40.493 víctimas menores en total en el año 2019. Por otra parte, nos encontramos con 39 menores víctimas mortales en casos de violencia de género contra su madre en España en el período comprendido entre 2013 a 2021⁶⁶. Con esta limitación de cifras y datos no contamos con información suficiente que nos pueda proporcionar una visión de la realidad con menores víctimas en nuestro ordenamiento jurídico. Tendremos que esperar un tiempo para ver si la implementación de la LOPIVI lleva aparejada una mejora en este ámbito, pues sí que se han establecido mecanismos que permitan disponer a los agentes implicados de información más completa y detallada que la actual.

Teniendo presente esta peculiaridad estadística que acabamos de mencionar, y sin perder de vista lo que ello implica, lo siguiente que debemos aclarar es el concepto de víctima. Así, por víctima se entiende: “la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal” y “los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona”⁶⁷. Con este punto de partida podemos señalar que, en el ámbito de los menores, un niño es “víctima” desde el momento en que se judicializa su problema y cuando es sujeto pasivo de un delito, pero no únicamente en estos casos, sino que también debemos considerar que un niño infractor es igualmente una víctima del sistema⁶⁸, de la sociedad, no siendo el proceso penal la

⁶⁵ Cifra que se obtiene de la suma de menores en la franja de edad de 0-13 años (12.964 víctimas) y de 14-17 años (27.529 víctimas) a fecha 21 de mayo de 2021.

⁶⁶ Ministerio de Igualdad, Fichas de menores víctimas mortales, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/docs/Vmortalesmenores_18_05_2021.pdf (Consultado el 19 de mayo de 2021).

⁶⁷ Art. 2.1 a) Directiva 2012/29/UE) Vid. asimismo el art. 2 LEVD donde se hace una distinción entre víctima directa e indirecta. Tal y como comenta PLANCHADELL GARGALLO, se establece un concepto amplio de víctima, que comprende toda persona física que sufra un delito, sin distinguir entre categorías de los mismos, e independientemente del daño físico, moral o material padecido. También pone de relieve que la consideración de víctima, aunque no se diga expresamente, no se condiciona a que se identifique o no al presunto responsable del hecho delictivo, se haya detenido, acusado o condenado, pues se es víctima del delito y el reconocimiento de sus derechos no puede condicionarse a la existencia de un imputado o acusado, PLANCHADELL GARGALLO, 2021: 121-122. Sobre la repercusión de la Directiva en el ordenamiento jurídico español, vid. DE HOYOS SANCHO, 2014.

⁶⁸ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE nº 11, de 13/01/2000). No será objeto de este estudio el estatuto de los menores infractores, sin perjuicio de que se apunte alguna cuestión relacionada con sus derechos y garantías procesales. Sobre la normativa internacional y la evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España vid. JIMÉNEZ FORTEA 2014 y 2016. NAVARRO VILLANUEVA, 2020.

solución, sino la consecuencia. Todo ello nos hace recordar que a los niños se les debe tratar como niños⁶⁹ y debemos proteger sus derechos como verdaderos sujetos del proceso⁷⁰.

Es importante no perder de vista que la LEVD no hace una enumeración de las víctimas ni vulnerables, ni especialmente vulnerables, dando por supuesto quiénes son⁷¹, aceptándose como tales a los miembros de ciertos grupos desfavorecidos y personas individualizadas⁷² por distintas razones⁷³. En el supuesto de los menores se entiende que son víctimas vulnerables por razones de edad.

¿Entonces, qué medidas concretas se adoptarán teniendo en cuenta esa condición de vulnerabilidad cuando hablamos de menores víctimas en el proceso?

Como advertencia previa debemos señalar que, cuando la LEVD establece la vulnerabilidad de algunas víctimas, obliga a su vez a implementar acciones específicas más directas⁷⁴.

Es evidente que, cuando se trata de víctimas menores de edad, será necesario dotarles de medidas de protección que se adecúen a su situación particular.

En este sentido, vamos a diferenciar a continuación, dos aspectos: En primer lugar, expondremos aquellos derechos que tienen un carácter genérico y que son presupuesto indispensable para poder entender que se garantizan los derechos de los menores en el procedimiento. En segundo lugar, abordaremos tanto las medidas de protección generales (previstas

⁶⁹ ESCORIHUELA, 2021.

⁷⁰ Así los dos principales obstáculos a los que se enfrenta el niño para el ejercicio de sus derechos: 1) Por su desarrollo psicológico y situación física y real, es un sujeto en evolución que necesita de un marco de protección, porque se encuentra en una circunstancia de vulnerabilidad; 2) Barreras que no tienen que ver con su situación, barreras culturales que se le han impuesto para impedirle el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad con los demás. Así lo apunta CARDONA LLORENS, Antiguu Miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, GARROCHO SALCEDO, 2015:9.

⁷¹ El diccionario de la RAE nos proporciona una definición de víctima especialmente vulnerable entendiendo por tal al “sujeto pasivo del delito con circunstancias personales que determinan que se halle en una situación de inferioridad o indefensión, que comporta una agravación de la responsabilidad penal para el autor del delito”.

⁷² El Código penal por su parte, hace expresa alusión a personas especialmente vulnerables en los siguientes preceptos: art. 140, 1. 1º, art. 148, 5º, art. 153.1, art. 156 bis, art. 171.4, art. 172.2, art. 172 ter, art. 177 bis 3 b), art. 180.3º, art. 184.3, art. 188.3 a) y art. 362 quater. En estos casos, entiende el código penal que lo determinante será su edad, enfermedad, discapacidad o situación. Fundamentalmente en las agresiones sexuales, violencia de género, trata de seres humanos o acoso sexual, la consecuencia penal, al tratarse de una víctima especialmente vulnerable, se traduce en una agravación de la pena.

⁷³ Tal y como pone de relieve GÓMEZ COLOMER, la Exposición de Motivos hace referencia a las víctimas vulnerables y algunas normas se alude expresamente a ellas, GÓMEZ COLOMER 2015: 323.

⁷⁴ Exposición de Motivos, apartado III, párrafo I, LEVD.

sin distinción para todas las víctimas), como las medidas de protección específicas para menores.

En relación con los *derechos genéricos*, el derecho de la víctima a entender y a ser entendida (art. 4 LEDV) es indispensable pues el resto de derechos previstos no tendrían sentido, si no se garantiza siempre y en todo momento que se conoce o se sabe por parte de la víctima qué está sucediendo. Además, debe poder expresarse y explicar lo que ha sucedido. Consciente el legislador de que cuando hablamos de víctimas no todas tienen las mismas necesidades, se instaura un sistema de evaluación individualizado donde se preste especial atención a las características personales de la víctima y concretamente si hay relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito (pensemos en violencia paterno-filial) o si se trata de un menor o requieren de especial protección (art. 23.2, a) LEVD) siendo preciso en estos casos que se atiendan sus necesidades y se tengan en cuenta sus opiniones e intereses (art. 24.3 LEVD). Íntimamente relacionado con esta cuestión, se imponen especiales deberes de protección a la Fiscalía en estos casos⁷⁵ adoptando las medidas adecuadas a su interés superior⁷⁶ (art. 19, pár. 2 LEVD).

Siguiendo en la esfera de la protección general hay varias cuestiones a considerar: a) Evitar el contacto visual entre víctima e infractor (art. 20 LEVD). Las instalaciones y dependencias deben estar preparadas para poder lograr ese objetivo, pues la confrontación visual genera en la víctima un daño que puede evitarse si se adecúan los espacios judiciales; b) Las víctimas deben poder declarar sin dilaciones injustificadas, el menor número de veces posible, posibilitando el acompañamiento para que se sientan más seguras desde el punto de vista emocional y se procurará que los reconocimientos médicos sean los imprescindibles (art. 21 LEVD); c) Garantizar la intimidad⁷⁷ de las víctimas y familiares, impidiéndose la difusión de cual-

⁷⁵ “En el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso” (art. 19, párrafo 2º LEVD).

⁷⁶ Estamos ante una expresión amplia, y aunque en términos generales se entiende lo que se pretende decir, no existe unanimidad en torno a su concreta delimitación. En definitiva, lo relevante es que se está manifestando con claridad una voluntad de aspirar a la protección y defensa del interés del menor (es decir, de su persona) por encima de otras circunstancias, MARTÍN OSTOS 2020: 1219-1220.

⁷⁷ Ante la posible fricción entre la libertad de información y el principio de publicidad con el derecho de las víctimas a su intimidad, debe procederse a un análisis particular y concreto de los intereses en juego. Clave en esta ponderación debe ser, más allá de la veracidad de la noticia y su interés social, responder a la cuestión de si los datos que se dan a conocer de la víctima son necesarios para la comprensión de la noticia y esa función de control social que cumple la información. Así pues, debe huirse de revelar datos, tales como la identidad de la víctima, su trabajo, su domicilio y, por supuesto, aquellos referidos a sus gustos, vida privada, costumbres, comportamientos estrictamente privados, que no solo no

quier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad (art. 22 LEVD); d) Formación en los principios de protección: deviene esencial para lograr un buen funcionamiento del sistema de protección articulado que los profesionales que atiendan a las víctimas tengan experiencia profesional en factores de especial vulnerabilidad en casos de menores o con discapacidad (art. 30 LEVD).

En cuanto a *las medidas de protección concretas* contempladas en el art. 25 LEVD, se alude a las dos etapas del procedimiento: a) En la fase de investigación será necesario que las dependencias para la toma de la declaración estén adaptadas a tal fin, que se lleven a cabo por profesionales especializados, y en la medida de lo posible, se efectúen por la misma persona y del mismo sexo que la víctima cuando así se solicite⁷⁸; b) En la fase de enjuiciamiento, se insiste de nuevo en evitar la confrontación visual entre víctima y presunto autor, se prevé la posibilidad de que sea oída sin estar presente en la sala de vistas, se establecen medidas para que no se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima y, se permite, con justificación, la celebración del juicio a puerta cerrada (art. 681 LECrim)⁷⁹.

Por último, existen unas *medidas de protección específicas*⁸⁰ (art. 26 LEVD) para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección que persiguen como objetivo dotar de un plus en la salvaguarda de los derechos y garantías del menor en el sistema judicial: a) Declaración del menor: se deberá grabar y podrá practicarse por medio de expertos (psicólogos); b) Defensor judicial en tres supuestos: 1) Conflicto de intereses entre los representantes legales de la víctima 2) Conflicto de intereses con alguno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de asumir sus funciones y 3) Víctima no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares. En caso de duda sobre la edad, la víctima se presume menor.

añaden nada (salvo morbo) a la información, sino que además pueden llevar a la creencia de que la propia víctima ha precipitado el comportamiento delictivo y acrecientan la tan preocupante victimización secundaria, especialmente para víctimas vulnerables. Así lo pone de manifiesto muy acertadamente PLANCHADELL 2019: 434-435.

⁷⁸ No se trata de un aspecto de “preferencias”, sino que estamos en una posibilidad que puede llegar a ser determinante para que la víctima decida declarar, ejercer la acusación particular, etc. Por ejemplo, en el caso de Afganistán, se comprueba que una de las causas por las que no se denuncia más en delitos de violencia sexual se debe al escaso número de mujeres agentes (que actualmente forman el 1,8 % de la fuerza), lo que desincentiva claramente que las víctimas acudan ante la policía para denunciar. Vid. CSNU, *Violencia sexual relacionada con los conflictos* (S/2019/280), 29 de marzo de 2019, pág. 33.

⁷⁹ Todo ello sin olvidar que siempre se podrá adoptar alguna de las medidas establecidas en el 2 de la *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales* (BOE nº 307, de 24/12/1994).

⁸⁰ Exposición de motivos VII LEVD.

Mención aparte merecen varios colectivos específicos⁸¹ de menores que, por la naturaleza de los delitos, requieren de un tratamiento de protección aun más especializado. Nos estamos refiriendo a menores víctimas en casos de violencia de género⁸², abusos sexuales⁸³, explotación sexual y pornografía infantil y a la trata de seres humanos⁸⁴.

En definitiva, todas estas posibilidades que acabamos de mencionar tienen como denominador común que se trata de manifestaciones de maltrato infantil, entendiéndose por tal cualquier tipo de violencia física, emocional, abuso sexual, desatención o trato desconsiderado, explotación comercial o de otra índole que ocasione un daño real o potencial a la salud, supervivencia, desarrollo o dignidad del niño en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder⁸⁵.

El maltrato infantil, en todas sus formas, tiene una serie de características comunes⁸⁶ que son las siguientes: a) la vulnerabilidad de la víctima (implica que los menores no suelen denunciar a sus agresores, invisibilidad del delito ya que permanece oculto y genera dificultades en las declaraciones); b) el autor es en la mayoría de ocasiones de su círculo de confianza; c) falta de elementos probatorios (generalmente la única prueba de cargo es la declaración de la víctima).

⁸¹ Así lo pone de manifiesto la LEVD Exposición de Motivos III, párr. 8.

⁸² EM V, párrafo 8 y Art 10, párrafo 3 LEVD. Vid. Medida 205 del Pacto de Estado contra la Violencia de género: En el ámbito judicial, aprobar un protocolo de actuación específico para la toma de declaración de menores. El Convenio de Estambul, en sus Arts. 31 y 25, obliga a los Estados a que en los servicios de apoyo a víctimas se tengan en cuenta las necesidades de los niños y niñas para cualquier forma de violencia incluida en el mismo. Se adoptarán medidas para que, en el momento de decidir sobre la guarda y custodia relativas a los hijos e hijas, se tengan en cuenta los episodios de violencia y que, en ningún caso, el ejercicio de estos derechos ponga en peligro los derechos o la seguridad de la víctima o de sus hijos e hijas. Vid en detalle CGPJ. *Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género*, 16 de noviembre de 2018; y FGE, *Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*, diciembre 2020, p. 19-20 (declaración del menor de edad). DÍAZ-AGUADO JALÓN, M.J.; MARTÍNEZ ARIAS, R.; MARTÍN BABARRO, 2020; MARTÍNEZ GARCÍA, E. 2019. MARTÍNEZ GARCÍA, E. /GRIFO, S. 2016.

⁸³ En estos casos se proporcionan unas pautas de actuación dependiendo de la capacidad y edad de la víctima menor implicada. Vid. por ejemplo, GENERALITAT VALENCIANA, *Protocolo de Atención integral, sanitaria y judicial a víctimas de agresiones sexuales de la Comunitat Valenciana*, ed. Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública, 2019, p. 38.

⁸⁴ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Actuaciones para la detección y atención a Víctimas de Trata de Seres Humanos (TSH) Menores de Edad*, aprobado en sesión extraordinaria del Pleno del Observatorio de la Infancia el 1 de diciembre de 2017.

⁸⁵ Definición proporcionada por la Organización Mundial de la Salud, https://www.who.int/topics/child_abuse/es/ (Consultado el 2 de mayo de 2021).

⁸⁶ GUÖBRANDSSON, 2021.

El objetivo perseguido en la configuración de un estatuto jurídico de la víctima menor no es otro que el de protegerla⁸⁷ y hacer respetar sus derechos. Asimismo, se pretende evitar la victimización secundaria, pudiendo definirse la misma como el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que este es objeto de enjuiciamiento⁸⁸.

Esta victimización, en el caso de producirse, genera un profundo malestar en la víctima y una gran desconfianza en el sistema y la sociedad⁸⁹ puesto que hay una discrepancia entre las expectativas generadas y la realidad con la que se encuentran. Ahora bien, la víctima en el sistema de justicia puede sufrir daños critogénicos, derivados de la victimización secundaria, pero puede obtener beneficios procedentes de la justicia terapéutica⁹⁰. De ahí que sea fundamental focalizar todos los esfuerzos en las medidas preventivas identificándose claramente en el ámbito de la administración de justicia qué se puede considerar como maltrato institucional⁹¹. En el supuesto particular del menor, se puede agudizar la victimización secundaria, pues las secuelas psicológicas son más graves y por eso se debe insistir en la prevención⁹². Así que hay que comprender que para un niño enfrentarse a un juicio supone mayor angustia y nivel de estrés que para un adulto, y al recordar hechos dolorosos puede sentir miedo. Si además le añadimos que las instalaciones judiciales, no siempre cuentan con espacios adaptados a sus necesidades, el solo hecho de acudir a un lugar para ellos desconocido, puede ser ya de por sí traumático⁹³.

⁸⁷ Art. 26 LEVD: “evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito”.

⁸⁸ TAMARIT SUMALLA, 2006: 17-50.

⁸⁹ GUTIÉRREZ-BERMEJO/ AMOR ANDRÉS 2019: 22.

⁹⁰ PEREDA BELTRÁN, 2021.

⁹¹ Vid. AVAIM (2008): *Decálogo para la prevención del maltrato institucional a la infancia y adolescencia*, p. 9. donde se refiere a la Administración de Justicia. Entre otros, se menciona el establecimiento de mecanismos de supervisión para detectar el maltrato, formación especializada del personal que trabaje con menores; que se tenga muy presente el carácter evolutivo de la infancia y adolescencia, siendo fundamental evitar dilaciones indebidas; el interés superior del menor deberá ser prioritario en la adopción de resoluciones judiciales y siempre se atenderá a sus opiniones.

⁹² SEMPERE FAUS, 2020: 882.

⁹³ HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 1998:28.

2. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD

La declaración de la víctima en general y de la víctima menor de edad⁹⁴ en particular⁹⁵ es una de las situaciones⁹⁶ que puede generar mayor victimización secundaria por todo lo que implica⁹⁷. Debemos ser conscientes de las graves consecuencias psicológicas que tal participación puede producir, sobre todo, si, como ha sucedido hasta ahora, el menor debe declarar en reiteradas ocasiones⁹⁸. Además, su declaración es determinante, pues, como ya hemos advertido, una de las características comunes en los delitos que implican maltrato infantil, suele ser que la declaración de la víctima es la única prueba de cargo con la que se cuenta para poder desvirtuar la presunción de inocencia (estableciéndose por jurisprudencia ya consolidada los tres criterios a considerar a tales efectos: ausencia de incredibilidad subjetiva⁹⁹; verosimilitud¹⁰⁰ y persistencia en la incriminación¹⁰¹).

⁹⁴ Sobre el efecto estigmatizador que genera para la víctima tener que declarar varias veces episodios traumáticos, vid. GRANT, S. et al (2019), “Creedme” (Unbelievable) basada en una historia real de Marie, una adolescente que fue acusada de denunciar falsamente haber sido violada, y las dos detectives que mediante una concienzuda investigación pudieron llegar a la verdad. Basada en el artículo ARMSTRONG, K./ MILLER (2016), “An Unbelievable Story of Rape”. Premio Pulitzer.

⁹⁵ Marco normativo básico en relación con la declaración de menores: nuevo Art. 449 ter de LECrim que se incorpora por la aprobación de la LOPIVI. Arts. 109, 433, 448, 681, 707 y 730 LECrim; Anteproyecto LECrim: art. 469. Declaración de menor de edad; art. 486. Pruebas periciales sobre la credibilidad de los testimonios de menores de edad; Artículo 591. 2 c) Objeto del incidente y supuestos en que procede; Artículo 600. Especialidades de la declaración de menores de edad o de personas con discapacidad.

⁹⁶ Tal y como reflexiona GARCÍA DEL MORAL: “si la necesidad de minimizar lo que se conoce como victimización secundaria es una tarea ineludible en todo proceso penal, se hace mucho más imperiosa cuando la víctima es un menor. En un niño la necesidad de recordar y relatar el suceso traumático al que fue sometido comporta por regla general consecuencias más perniciosas que en un adulto. La “sanación” no llegará y a veces ni siquiera comenzará mientras no se cancele toda necesidad de presencia procesal. Los tiempos procesales son ajenos a las necesidades terapéuticas: siguen un ritmo diferente. Verse obligado a repetir una y otra vez con detalles el episodio, ser sometido a preguntas y repreguntas en momentos diferentes, retrasa la recuperación. Por regla general a estos efectos el menor es más frágil que el adulto. Por eso lo ideal —y en eso suelen convenir las legislaciones actuales— es reducir sus comparecencias a las estrictamente necesarias: así se reduce su victimización. La reiteración de declaraciones, la incertidumbre en la fecha de celebración del juicio oral y su resultado desencadenará en muchos casos estrés emocional, interfiriendo en el proceso terapéutico de recuperación del menor”. GARCÍA DEL MORAL 2014: 3.

⁹⁷ Los efectos nocivos del contacto de la víctima con las instancias judiciales pueden alcanzar su máxima expresión cuando ésta es llamada a declarar como testigo, VILLACAMPA ESTIARTE, 2005: 277.

⁹⁸ Así lo pone de manifiesto MONTESINOS GARCÍA, 2016: 218.

⁹⁹ A los niños por su propia naturaleza se les reconoce una capacidad de fabulación superior a la normal STS nº 1582/2002, de 30 de septiembre, Rec. 2023/2001. F.D. 1º “la dificultad es aún mayor cuando la víctima del delito es un menor de edad, pues su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada, y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio oral”. En estos supuestos, será fundamental el informe psicológico para tener en cuenta la veracidad de las afirmaciones o

En este sentido, y atendiendo a las garantías procesales reconocidas a nivel nacional e internacional, debe lograrse un equilibrio entre el respeto de los derechos del menor de edad que va a declarar y los derechos fundamentales de los que es titular el justiciable¹⁰². Para ello, debemos considerar dos cuestiones principalmente: 1) La declaración del menor, con identificación de los aspectos más relevantes desde un punto de vista general; 2) La preconstitución¹⁰³ de la prueba en estos supuestos.

En relación con la declaración de la víctima menor, la ley no establece ningún límite de edad (art. 11.1 LOPIVI), de modo que, en principio será posible su declaración con independencia de la edad. Sin embargo, en la práctica, se indican unos parámetros orientativos en general¹⁰⁴ y en el ámbito de

testimonios efectuados. Ahora bien, hay que aclarar como pone de manifiesto la STS nº 290/2020, de 10 de junio, Rec., 3489/2018, F.D. 2º que “el menor puede distinguir entre verdad y fantasía y que se puede valorar la realidad de la declaración, ya que no se cuenta de igual manera lo que se ha vivido que lo que uno se inventa. De igual forma, el vocabulario del niño es menos rico y descriptivo que el del adulto. No mientan más que los adultos, ni son menos fiables, pues al tener menos prejuicios son más objetivos en sus percepciones, y no son más sugestionables que puedan serlo los adultos ante las preguntas capciosas. En cuanto a la sugestión se ha comprobado que la misma aumenta cuando los menores no han vivido directamente los hechos sobre los que se les pregunta, no siendo tan sensibles en el caso de hechos vividos por ellos mismos. Ello determina que en el interrogatorio del perito experto estas precisiones que puedan detectar fabulación pueden hacer “saltar” las alarmas de que el menor miente, lo que el profesional experto puede, y está en condiciones, de detectar la fabulación”.

¹⁰⁰ STS nº 140/2004, 9 de febrero de 2004, Rec. 444/2003, F.D.: “la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes que puedan serlo los adultos que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo, habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado, no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera”.

¹⁰¹ “Comienza la sentencia recurrida proyectando su foco de atención sobre la persistencia, presupuesto que se asienta en la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones; concreción en la declaración, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades; y ausencia de contradicciones, lo que exige la necesaria conexión lógica entre las distintas versiones narradas en momentos diferentes”, STS nº 513/2016, de 10 de junio, Rec. 1324/2015, FD 4º.

¹⁰² Así lo recalcan, HERNÁNDEZ GARCÍA/ MIRANDA ESTRAMPES, 2005:1.

¹⁰³ Para un análisis de la evolución jurisprudencial, vid, entre otros VIGUER SOLER 2018: 54-75.

¹⁰⁴ Tal y como pone de manifiesto la FGE: “De acuerdo con las aportaciones de la psicología del testimonio, podríamos distinguir entre una edad límite para el testimonio infantil, situada en torno a los tres años de edad, fase en que concurre una muy reducida capacidad cognitiva-léxica y la pericial psicológica y la testifical de referencia adquieren un protagonismo indiscutible. Los niños entre los 2/3 y 6/7 años presentan claras limitaciones como testigos, siendo necesario restringir drásticamente la extensión de las actuaciones procesales sobre ellos. Los niños entre 6/7 y 10/11 años tienen más desarrollados sus aspectos cognitivos. Los adolescentes hasta los 16 años tienen una capacidad verbal y un desarrollo

la violencia de género o agresiones sexuales en especial¹⁰⁵ que coinciden al establecer que no se recomienda la realización de una entrevista sobre los hechos si tiene menos de tres años.

Junto al factor de la edad, aparecen otras circunstancias que siempre se deberán valorar previamente a la toma de declaración del menor o con discapacidad, entre otras: el grado de madurez, la naturaleza del delito cometido, el riesgo de contaminación del testimonio, la posible pérdida de información por el lapso de tiempo¹⁰⁶ o la necesidad de preservar la estabilidad emocional y el normal desarrollo personal ante el riesgo razonablemente previsible de que se pueda producir algún daño. En todo caso, antes de realizar la exploración del menor, deberá recabarse informe psicológico médico forense con el fin de averiguar el estado psicológico en el que se encuentra, el momento idóneo para realizar la prueba preconstituida, evaluación de posibles secuelas y, cuando se estime necesario, la valoración de la credibilidad del menor.

Teniendo presente estos aspectos, en la toma de declaración de los menores se han previsto una serie de condiciones que contribuyen sin duda a una mejora del sistema judicial pues suponen una protección adicional para estas víctimas vulnerables, como ya anticipamos *supra*. En concreto, en el marco de la toma de declaración se van a adoptar las siguientes medidas¹⁰⁷: evitar la confrontación visual, grabación en todo caso del testimonio, posibilidad del acompañamiento, realización de la entrevista por un psicólogo, y, por último, no podemos olvidar que no se practicarán careos con menores, salvo que el juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés del menor (art. 455 LECrim).

cognitivo que hace que su testimonio no presente diferencias sustanciales con el del adulto, pero pueden presentar alteraciones derivadas tanto de la victimización como de las características del momento evolutivo de su personalidad (rebeldía, desconfianza en las figuras de autoridad, confusión de la autoimagen, desarrollo sexual, etc.)". FGE Circular 3/2009 *sobre protección de los menores víctimas y testigos*, pp. 10 y 11.

¹⁰⁵ Cuando se trate de menores de 3 años, el juez de instrucción prescindirá de la toma de declaración; en la franja de edad comprendida entre 4 y 10 años, debería realizarse en todo caso mediante prueba preconstituida y, entre 11 y 17, sería aconsejable también la preconstitución de la prueba CGPJ. *Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género...* cit, p. 26.

¹⁰⁶ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, 2010: 140. Este autor señala que el transcurso del tiempo puede resultar asimismo contraproducente en el caso de los menores, pues no hace sino aumentar el riesgo de presiones externas o el peligro de manipulación del ánimo del menor especialmente vulnerable a posibles influencias externas (frecuentemente provenientes de su propio entorno familiar) dirigidas a orientar su declaración en una determinada dirección.

¹⁰⁷ Vid. El Art. 469 Anteproyecto LECrim: Declaración de menor de edad, que incorpora en su redacción mejoras sustanciales respecto a la situación actual prevista en la LECrim vigente en estos momentos.

Mención aparte merece la exención de declarar por razón de parentesco aplicable a menores prevista actualmente en el art. 416 de la LECrim¹⁰⁸. Debemos poner de manifiesto que, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, no existe norma que recoja un derecho de las víctimas menores a no declarar¹⁰⁹. En el ordenamiento jurídico español la jurisprudencia entiende que, en lo concerniente al ejercicio de la dispensa por menores de edad, hay que tener en cuenta como criterio orientador la suficiente madurez del menor¹¹⁰. Así el art. 660.2 a) del Anteproyecto LECrim, que recoge las exenciones a la obligación de declarar por razón de parentesco, delimita que no será aplicable esa exención “cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver”. Es decir, entendemos que será el juez el que deberá valorarlo en cada caso concreto. Actualmente, debemos destacar que la LOPIVI ya ha propiciado esta posibilidad al modificar el art. 416.1. 3º LECrim, de modo que ya está previsto este supuesto, lo que sin duda será un avance en cuanto a la posibilidad de poder contar con la declaración del menor a efectos probatorios.

Otro tema clave es la credibilidad¹¹¹ del testimonio en menores¹¹². El anteproyecto de LECrim dedica el art. 486 precisamente a este aspecto e

¹⁰⁸ Conscientes de la gran repercusión que ha tenido la dispensa del art. 416 LECrim en los casos de violencia de género, y dado que no es el objeto de este trabajo la dispensa, simplemente apuntamos la STS nº 389/2020, de 10 de julio, Rec. 2428/2018 porque implica un cambio significativo en la doctrina al limitar la dispensa cuando se renuncia de forma consciente a la misma.

¹⁰⁹ Este privilegio procesal sí que se reconoce en determinados instrumentos de derecho procesal internacional. En detalle sobre esta cuestión vid. MARAVALL BUCKWALTER, 2019:9.

¹¹⁰ STS núm 209/2017 de 28 de marzo, FD 4º. Esta sentencia pone de relieve que el acceso a la dispensa de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECrim no está supeditado a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tome en consideración en función de su edad y su madurez. Asimismo, continúa afirmando que no es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez remitiéndose a otras normas a partir de las cuales se presume madurez. Sobre la fijación de los criterios para determinar la madurez STS nº 225/2020 de 25 de mayo, FD 3º, donde se pone de manifiesto que “resulta incuestionable la obligación legal de oír a las/los menores en aquellos aspectos que les afecten y de tomar en consideración su opinión “en función de su edad y madurez”.

¹¹¹ “En este terreno de la credibilidad acerca del contenido de la declaración del menor-víctima no podemos olvidar que, como apunta la doctrina más cualificada, en España, al contrario que en otros países, no existe ningún requisito para aceptar la declaración de un niño como testigo en un juicio. Así, no se exige, como en EE.UU, la corroboración de un testimonio de un adulto, ni la evaluación de su competencia por el juez encargado del caso... etc. Es decir, que no plantea una presunción de duda respecto a la declaración de un menor, sino que se valorará en relación con el resto de la prueba practicada, siendo facultativo aportar pericial que valore la credibilidad de su declaración, lo que aclarará, indudablemente, la labor valorativa de la Sala o del Juez”. STS nº 290/2020, de 10 de junio, Rec., 3489/2018, F.D. 2º. Vid asimismo para el análisis del juez en su criterio valorativo ante la declaración de la víctima esta sentencia y el comentario a la misma PLANCHADELL, 2020: 423-434.

¹¹² La evaluación psicológica forense de la credibilidad del testimonio se basa haciendo el análisis del contenido verbal del relato de memoria episódica del menor, obtenido mediante técnicas y protocolos

indica que las pruebas periciales sobre esta cuestión deberán ajustarse a una serie de criterios de fiabilidad y validez¹¹³ que en definitiva persiguen un elevado nivel de profesionalidad y formación por parte del perito con el objetivo de obtener una prueba de calidad. Ahora bien, no podemos olvidar que en ningún caso la prueba pericial psicológica vincula al juzgador ni puede sustituir su función valorativa¹¹⁴.

A su vez, el legislador consciente de las especialidades de la declaración de menores de edad o de personas con discapacidad, establece la necesidad de que el perito en estos supuestos sea un experto en psicología del testimonio y desempeñe su labor mediante métodos y técnicas que sean adecuadas a la edad y condiciones especiales de la víctima, dejando de todo ello constancia mediante grabación y siendo posible que el juez solicite la realización de un dictamen pericial sobre la credibilidad del testimonio (art. 600 Anteproyecto de LECrim).

En cuanto a cómo se deberá practicar la toma de declaración de la víctima¹¹⁵, parece que la preconstitución de la prueba ha llegado definitivamente

específicos de entrevista forense, no sugestiva y basada en la fundamentación científica acerca del funcionamiento de la memoria. Otros aspectos relacionados con la evaluación, tales como la valoración sobre la actividad fisiológica, así como sobre las manifestaciones conductuales y no verbales durante el relato, pueden servir como complemento, pero no como base de análisis en términos de credibilidad. Así lo expone TIFFON 2020: 381-382. JUÁREZ / ÁLVAREZ, 2018.

¹¹³ Art. 486 Anteproyecto LECrim "... a) La exploración del menor se realizará lo más tempranamente posible, se grabará íntegramente y se transcribirá literalmente para su análisis. b) El análisis del contenido de la declaración se realizará utilizando procedimientos y criterios respaldados por la comunidad científica de referencia y publicados en revistas especializadas, de los que se dejará constancia en el informe pericial. c) El análisis de la declaración del menor se realizará teniendo en cuenta las competencias específicas de la persona examinada, así como el origen y el desarrollo de su declaración. A tal fin, se determinarán el momento y las circunstancias en que se hicieron las primeras manifestaciones y se identificarán todas las declaraciones realizadas con posterioridad. d) Para determinar la probabilidad de que la declaración de un menor se corresponda con un suceso vivido, el perito expresará en su dictamen las razones por las que descarta la posibilidad de incompetencia, mentira o sugestión. 2. Las exploraciones y los dictámenes sobre el testimonio de un menor se realizarán siempre por expertos en psicología del testimonio con experiencia acreditada en la realización de esta pericia".

¹¹⁴ FGE, Circular 3/2009, de 10 de noviembre, *sobre protección de los menores víctimas y testigos*, conclusión 12.8, p. 73.

¹¹⁵ Véase en cuanto al tratamiento específico que deben recibir las víctimas especialmente vulnerables, STJUE *Caso Pupino*, de 16 de junio de 2005 (Asunto C-105/03), p. 61, donde la Sra. Pupino, maestra de parvulario en Italia, fue acusada de haber causado lesiones a alumnos menores de cinco años en el momento en que ocurrieron los hechos. En esta sentencia se recalca que "el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta". Asimismo párr. 14, 15, 50-56.

para quedarse¹¹⁶. Y realizamos tal afirmación, porque no es que hasta ahora no existiera esa posibilidad, ya que aparecen varios preceptos que así lo contemplan (entre otros, art. 433, 448 y 777 LECrim)¹¹⁷, pero lo cierto es que, como regla general¹¹⁸, hasta el momento, en nuestro ordenamiento jurídico, se establecía la efectiva declaración de los menores en el juicio oral. El dilema que se plantea no es otro que el de decidir, si deben o no declarar los menores en el juicio oral¹¹⁹ y en consecuencia establecer un tratamiento específico a tales efectos¹²⁰. El art. 449 ter LECrim introducido por la LOPIVI nos proporciona la respuesta a este interrogante pues prevé dos límites iniciales para entender que, siempre y en todo caso en esos supuestos, se llevará a cabo la prueba preconstituida y por lo tanto los menores no tendrán que declarar en el juicio oral¹²¹. Así entendemos que aparece, por un lado, el límite subjetivo que alcanza a menores de 14 años o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Y, por otro, el límite objetivo¹²², que se refiere a los delitos de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo. Si se cumplen esos dos condicionantes “la autoridad judicial acordará en todo caso, practicar

¹¹⁶ El protocolo propuesto por TENA es coincidente en los criterios que aparecen en el art. 449 ter LECrim. Vid. en detalle sobre la toma de declaración de la víctima menor de edad, TENA ARAGÓN, 2017: 267-268.

¹¹⁷ ARROM LOSCOS, 2015:1-64.

¹¹⁸ “La regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa”. En el caso de que no fuera así, se insiste sobre todo en la exigencia de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores, concreto y cuya entidad ha de determinarse, en caso de comparecer y verse sometido al interrogatorio de las partes”. Entre otras, vid. STS 449/2020 de 11 de febrero de 2020, STS nº 3857/201, de 26 de noviembre de 2019, y STS nº 1374/2018, 12 de abril de 2018.

¹¹⁹ En todo caso, como enfatiza BUJOSA VADELL, “Las limitaciones que se impongan en la práctica de la prueba testifical del menor en ningún caso pueden suponer restricciones insuperables para la defensa del acusado”, BUJOSA VADELL 2019: 46-47. SALA PAÑOS 2019.

¹²⁰ Según MUERZA ESPARZA habrá que examinar en cada caso: en primer lugar, si en los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral y, en consecuencia que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías; en segundo lugar, cuáles son los supuestos y los requisitos exigibles para prescindir de dicha declaración; y, en tercer lugar, caso de que tal declaración se acuerde para el acto del juicio oral, si ésta se puede realizar a través de videoconferencia u otro sistema similar”, MUERZA ESPARZA, 2020: 1377.

¹²¹ En verdad, los riesgos de victimización pueden diferir enormemente según los casos, de modo que habrá que atender al supuesto concreto. Así lo entiende CUBILLO LÓPEZ, 2010:183.

¹²² Vid asimismo art. 777.3 LECrim.

la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral”. A nuestro parecer, que se haya previsto la posibilidad de preconstituir la prueba en estos casos, no impide que sea posible comparecer por parte del menor para ratificar la declaración en el juicio oral, si las condiciones del caso así lo permiten. Ahora bien, será con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y se considere necesaria en resolución motivada. Otro supuesto en el que el juez de enjuiciamiento pueda acordar la intervención del menor en la vista, será lógicamente cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el art. 449 bis y por lo tanto esto supusiera indefensión a alguna de las partes (art. 788.2 y 703 bis LECrim).

¿Cómo se procederá a la preconstitución de la prueba en estos casos? Pues, como no podía ser de otra manera, salvaguardando los derechos del justiciable tal y como indica el art. 449 bis LECrim. El órgano judicial deberá garantizar el principio de contradicción, de modo que, aunque sea posible que la persona investigada esté ausente, en todo caso deberá garantizarse la asistencia letrada¹²³ y si tampoco ésta pudiera comparecer, se designará un abogado de oficio a tales efectos. Se dejará constancia de la declaración a través de los medios de grabación del sonido y la imagen oportunos, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia comprobar la calidad de la misma y autorizando el acta sucinta donde quede constancia de la identificación y firma de todas las personas que hayan intervenido. Es fundamental que siempre se garantice el derecho de defensa, de modo que en el posterior juicio oral cualquiera de las partes pueda solicitar la reproducción de tal grabación audiovisual (art. 730.2 LECrim).

Desde la perspectiva práctica, esta prueba preconstituida se llevará a cabo mediante equipos psicosociales “que apoyarán al tribunal de manera interdisciplinar interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba” (art. 449 ter, 2º par, LECrim).

Hay que tener en cuenta que, para garantizar el derecho de defensa del investigado, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que

¹²³ No podemos olvidar la gran repercusión y trascendencia que la asistencia letrada tiene a nivel nacional, internacional y comunitario. Muestra de ello está la Directiva 2013/48/UE. En detalle, entre otros, JIMENO BULNES (2014):456 y ARANGÜENA FANEGO (2014): 31.

estimen oportunas, previo control sobre su pertinencia y utilidad. Tales preguntas se facilitarán a los psicólogos que vayan a efectuar la entrevista. Siguiendo con el máximo respeto al derecho de defensa, una vez haya terminado la audiencia del menor, las partes podrán interesar aclaraciones al testigo. Naturalmente se grabará siempre la declaración y el juez puede, previa audiencia de las partes, solicitar al perito un informe sobre el desarrollo y resultado de la audiencia del menor. Además, se evitará la confrontación visual si el investigado estuviera presente. Finalmente se prevé que estas medidas puedan ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve (art. 449 ter, par.4 LECrim). En nuestra opinión, para poder dar un cumplimiento efectivo a esta posibilidad, debería consolidarse la puesta en marcha de las salas Gesell en entornos amigables en las instalaciones judiciales ya que facilitan en gran medida que esa prueba preconstituida se lleve a cabo de la manera menos dramática posible para el menor de edad.

En definitiva, con este nuevo escenario procesal que hemos presentado se está dando respuesta por parte del legislador a una reivindicación que desde hace tiempo se venía propugnando por parte de la doctrina¹²⁴ y que supondrá, a nuestro parecer, una mejora sustancial pues repercutirá positivamente en el sistema judicial al permitir un trato más humano y personalizado de las víctimas menores de edad.

V. MODELO BARNAHUS O “CASA DE LOS NIÑOS”

Las denominadas Casas de los Niños, tienen su origen o antecedente en los *Children's Advocacy Centers* (CAC)¹²⁵ de Estados Unidos en los años 80 como instrumento para atender desde una unidad centralizada a niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual y maltrato. Existen distintos modelos posteriores conocidos como *Children's House* o Barnahus, pero todos tienen como denominador común evitar que los menores tengan que revivir la experiencia de violencia mediante numerosas declaraciones ante distintos operadores (sanitarios, policiales, judiciales, etc). Asimismo, conscientes de que ante sucesos que pueden calificarse como delitos, de-

¹²⁴ En este sentido, entre otros, MAGRO SERVET, 2008; 193; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, 2009.

¹²⁵ Para obtener más información se puede visitar <https://www.nationalcac.org/> (Consultado el 8 de mayo de 2021)

viene imprescindible acudir a la justicia, estos centros, ofrecen un entorno amigable¹²⁶ y respetuoso con sus necesidades¹²⁷.

La finalidad primordial perseguida en estos centros es triple: a) prevenir la victimización secundaria de los menores y sus familias a través de un entorno amigable en un mismo espacio; b) disponer de profesionales especializados en la evaluación de menores víctimas; y, c) lograr la coordinación de equipos multidisciplinares¹²⁸.

El modelo Barnahus en Europa aparece como una adaptación de los CAC en 1998 en Reikiavik (Islandia)¹²⁹ bajo la dirección del sistema de protección, para evaluar a las menores víctimas de abuso sexual. La verdadera novedad en este caso se basa en que la realización de la entrevista forense al menor se lleva a cabo por un circuito cerrado de televisión ante un representante del ámbito judicial y se produce la preconstitución de la prueba. Hay que destacar que se promociona la creación e Barnahus¹³⁰ desde diferentes ámbitos¹³¹. Así tanto el Consejo de Europa¹³² o el Comité de los Derechos del Niño¹³³ han insistido en la necesidad de fomentar que surjan iniciativas

¹²⁶ Especialmente interesante es la página web *Human Rights Education for Legal Professionals*, HELP online courses, del Consejo de Europa que permite profundizar sobre diversos temas de actualidad. A los efectos de la materia que nos ocupa vid. *Child Friendly Justice*, <http://help.elearning.ext.coe.int/> (Consultado el 1 de marzo de 2021).

¹²⁷ SANJUÁN VÁZQUEZ, 2020:21.

¹²⁸ PEREDA BELTRÁN/ BARTOLOMÉ / RIVAS, 2021:6.

¹²⁹ En detalle sobre este modelo vid. JOHANSSON/ STEFANSEN/ BAKKETEIG/ KALDAL, 2017.

¹³⁰ La Comisión Europea, refiriéndose a la estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025), en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 24 de junio de 2020 (COM/2020/258 final), afirma que en 2021 “*la Comisión quiere adoptar una estrategia integral sobre los derechos del menor*”, promoviendo de forma continua las “«viviendas de menores» como las del modelo escandinavo «Barnahus»”, pág. 13, nota 62.

¹³¹ A nivel europeo hay que resaltar el proyecto *PROMISE Promoting Multidisciplinary Interagency Services for Child Victims of Violence*, (JUST/2014/RDAP/AG/VICT/7397) (2015-2017) (2017-2019) que desde 2015 persigue la obtención de estándares de calidad, buenas prácticas y sensibilización sobre la justicia adaptada a los niños y, en particular, sobre Barnahus o modelos similares https://ec.europa.eu/justice/grants/results/daphne-toolkit/content/promise-promoting-multidisciplinary-interagency-services-child-victims-violence_en y <https://www.barnahus.eu/en/> (Consultadas el 1 de mayo de 2021). En Italia aparece otro modelo similar “La Casa di Nilla”, en detalle, LA CASA DI NILLA (2008): L’ascolto testimoniale del minore presunta vittima di abuso, Riferimenti teorici, metodologici e normativi, I Quaderni Casa di Nilla, Numero 10, <http://www.lacasadinilla.it/wp-content/uploads/2018/01/Quaderno-10.pdf> (Consultado el 24 de junio de 2021).

¹³² Vid, Art. 10 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual.

¹³³ La nueva legislación se adecúa a la definición de violencia propuesta en la Observación General número 13 del Comité, considerándose un avance respecto de la legislación anterior. Establece que los poderes públicos desarrollarán actuaciones de sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección ante cualquier forma de violencia contra la infancia y la adolescencia, mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades

que proporcionen un tratamiento individualizado y de protección para estas víctimas especialmente vulnerables de modo que se centre la atención sobre el interés superior del menor¹³⁴ y recomiendan que se adopte un marco nacional de coordinación entre administraciones e instituciones para responder de forma adecuada frente a situaciones de violencia entre los niños y adolescentes.

En función del país concreto, las Barnahus dependen de distintas administraciones, ya sea servicios sociales, área de protección a la infancia, interior, justicia o salud. Asimismo, pueden atender no sólo a menores víctimas de abuso sexual, sino también, a víctimas de maltrato, de violencia de género u otro tipo de abuso físico y emocional¹³⁵. Lo interesante del modelo es que tiene la suficiente flexibilidad como para adaptarse a las particularidades del país en el que se instaura.

El principio orientador por el que se guían es el denominado principio de “ventanilla única” (“one door principle”) que supone que los menores no tendrán que desplazarse de un lugar a otro, sino que serán los servicios integrados y profesionales los que siempre acudirán a este entorno amigable para atender a las niñas y niños afectados. En este sentido se encuentran presentes profesionales procedentes de diferentes ámbitos diferenciándose en el modelo islandés tres equipos¹³⁶: 1) evaluación, notificación y denuncia; 2) exploración forense; 3) salud mental.

Otro de los aspectos relevantes a tener en cuenta tiene relación con la infraestructura, es decir, debe estar ubicado en un área residencial, siendo desaconsejable que esté cerca de un hospital o de los tribunales. Igualmente se recomienda que los espacios o estancias se adapten a las necesidades de los menores, de modo que sea más fácil para el menor encontrarse con un ambiente que no sea intimidante. Este tipo de consideraciones no son triviales pues se observa que, en la realización de las entrevistas a los menores, si se sienten cómodos, serán capaces de proporcionar un testimonio completo y detallado, aspecto esencial y fundamental ya que, en numerosas ocasiones la declaración del menor será la única prueba de cargo, de modo

colaboradoras y servicios competentes, para garantizar una actuación integral, Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño (CDN) a España, 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6), p. 128.

¹³⁴ En este sentido se fundamenta en la reivindicación de Naciones Unidas plasmada en la Observación General nº14 del Comité de Derechos del Niño, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1) (CRC/C/GC/14), 29 de mayo de 2013.

¹³⁵ SANJUÁN VÁZQUEZ, 2020: 23.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 26.

que puede ser determinante en el juicio oral para poder desvirtuar la presunción de inocencia del acusado y obtener una condena.

Es imprescindible la formación especializada de todos los profesionales que intervienen en el proceso en victimología infanto-juvenil, y en concreto en victimización sexual infantil. No olvidemos que la entrevista se llevará a cabo por medio del equipo forense experto en este ámbito. El protocolo que se utiliza es el del *National Institute of Child Health and Human Development* (NICHD)¹³⁷, siendo una guía de entrevista que está basada en investigaciones sobre las etapas del desarrollo infantil cuyo objetivo es proporcionar una mejor aproximación a los niños, mediante lo que se conoce como entrevista de investigación.

De forma simultánea, el equipo de profesionales clínicos también desempeña una labor esencial, ya que se encargará de atender a la víctima menor de edad y su familia. Se suele emplear la denominada *Terapia Cognitivo-Conductual Focalizada en el Trauma* (TF-CBT)¹³⁸. Se trata de un programa de intervención breve que está especializado en los problemas de niños y niñas que han vivido una experiencia de violencia, abuso o pérdida y presentan habitualmente sintomatología.

Se debe poner de relieve que en este modelo los programas que se desarrollan se evalúan atendiendo a su efectividad, de modo que se produce un seguimiento mediante la obtención de datos de los niños y familias lo que permite ir mejorando y perfeccionando el sistema.

Como balance final sobre el funcionamiento del Barnahus, consideramos conveniente indicar la existencia de unos estándares de calidad que pueden servir de utilidad para aquellos servicios que quieran intervenir con menores víctimas de la violencia de forma efectiva y adaptada a sus necesidades. Aparecen como criterios de actuación flexibles y que permiten que se adecúen a los diferentes contextos políticos, judiciales, legales, socioeconómicos y culturales. El propósito clave de los estándares es proporcionar un

¹³⁷ Este protocolo ofrece numerosos ejemplos de cómo abordar la entrevista. Técnicas, recomendaciones, sugerencias, pautas de actuación, que son determinantes para poder lograr que la víctima menor pueda explicar y detallar su traumática experiencia. Disponible en <http://nichdprotocol.com/> (Consultado el 15 de mayo de 2021).

¹³⁸ Se trata de una terapia "con un mínimo de 8 y un máximo de 25 sesiones de 50 minutos, en las que se trabaja con la víctima de entre 3 y 18 años y sus cuidadores, se ofrece psicoeducación sobre la experiencia de victimización, se tratan habilidades parentales que pueden haberse visto afectadas por la situación, técnicas de relajación que permitan reducir la hiperactivación del sistema de afrontamiento al estrés, identificación y expresión emocional, el triángulo entre pensamientos, emociones y conductas, la narrativa del trauma y el procesamiento cognitivo de los pensamientos distorsionados, la exposición a situaciones o lugares angustiantes, así como estrategias para mejorar la seguridad en el futuro". Vid. KANTER/ PEREDA, 2020: 197.

marco operativo y organizativo común que promueva la práctica y que evite la revictimización, al tiempo que obtenga testimonios válidos para que los tribunales cumplan con los derechos de los niños y las niñas a la protección, asistencia y justicia adaptada¹³⁹.

A continuación, procedemos a señalar¹⁴⁰ los denominados estándares de calidad que tienen su fundamento en las indicaciones apuntadas por Naciones Unidas y el Consejo de Europa:

- *Estándar 1: Principios clave y actividades transversales*: El interés superior del menor debe regir en todas las actuaciones. Es esencial que se respete su derecho a ser escuchado y a recibir información y se deben adoptar medidas para evitar retrasos innecesarios en el proceso de evaluación y valoración.
- *Estándar 2: Colaboración multidisciplinaria e interinstitucional*: existe un compromiso de colaboración y coordinación entre los servicios o departamentos implicados en el proceso de detección, notificación, evaluación y denuncia.
- *Estándar 3: Grupo inclusivo objetivo: es decir, incluir a todos los niños y niñas como posibles usuarios del centro Barnahus*: debe regir el principio de no discriminación. Asimismo, se debe prestar atención a las víctimas menores que se encuentren en una situación de mayor vulnerabilidad (por ejemplo, edad, país de origen, orientación sexual o discapacidad).
- *Estándar 4: Ambiente adaptado a las niñas y los niños*: los centros deben ser accesibles tanto en transporte público como privado; adaptados a sus necesidades, en zonas residenciales, con decoración infantil, garantizando la privacidad de la víctima y evitando en todo caso la confrontación con el victimario.
- *Estándar 5: Gestión interinstitucional e interdepartamental del caso*: es necesaria una coordinación entre todos los agentes implicados en todas las fases mediante acuerdo previo para evitar reiteraciones en las actuaciones (pej exploraciones y pruebas) y así reducir la victimización secundaria. Existirá un profesional referente o persona de apoyo que realice un seguimiento del caso con especial atención a las necesidades de la víctima.

¹³⁹ LIND HALDORSSON, 2019: 10.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 23-96.

- *Estándar 6: Entrevista forense:* se realiza una entrevista basada en la evidencia¹⁴¹ mediante protocolos que garantizan la calidad de la prueba obtenida. Se llevará a cabo por personal especializado (psicólogo experto en evaluación de víctimas de los tipos de violencia que se trate). Tendrá lugar en un circuito cerrado, siendo muy útiles las cámaras Gesell a estos efectos y se procederá a la grabación, lo que permitirá la preconstitución de la prueba. El resto del equipo multidisciplinario puede observar la entrevista forense desde una habitación contigua a través de un espejo bidireccional o grabación¹⁴², existiendo en todo momento interacción con el entrevistador al poder plantear preguntas al menor. Para garantizar el derecho de defensa, el derecho a un juicio justo y el principio de igualdad, estarán presentes todas las personas que normalmente asisten en un juicio (juez, ministerio fiscal, abogados defensores). Por último, es necesario que la entrevista esté adaptada a las características del menor, edad, desarrollo, cultura y posibles necesidades especiales¹⁴³.
- *Estándar 7: Examen médico:* la normal general es que los exámenes médicos se mantengan al mínimo posible y se realicen en las instalaciones del centro, salvo que se trate de un caso que necesite tratamiento hospitalario o de urgencia. El reconocimiento médico debe efectuarse por profesional especializado con formación específica para reconocer los indicadores de abuso físico, sexual y emocional.
- *Estándar 8: Servicios terapéuticos:* se proporcionará tratamientos en salud mental a todos los niños y niñas que lo necesiten. Asimismo, se dispondrá de profesionales de apoyo para atender a la víctima y su familia, con particular atención a las situaciones de crisis que pueden aparecer.
- *Estándar 9: Formación continuada y desarrollo de competencias:* todos los profesionales que participan en los equipos del modelo de

¹⁴¹ Se distingue entre dos tipos: entrevista investigativa (casos derivados a la policía) y entrevista exploratoria (a solicitud de los servicios sociales). El papel del psicólogo es informar al equipo médico sobre la historia del niño y responder preguntas sobre el caso y cualquier aspecto importante para el examen médico y forense. CÁRDENAS, 2021; JUÁREZ LÓPEZ, 2021.

¹⁴² Sobre las recomendaciones a tener en cuenta para que la grabación se ajuste a los criterios de calidad exigidos desde el punto de vista jurisdiccional puede consultarse el documento *The Considerations for evidence recording at the Barnahus factsheet*. En este folleto se explica que existen 4 diferentes fases: Grabación, análisis, presentación y archivo y se pone de relieve que en cada etapa hay una serie de factores que deberían considerarse, <https://www.barnahus.eu/en/wp-content/uploads/2020/09/InterviewRecordingConsiderations.pdf> (Consultado el 21 de mayo de 2021)

¹⁴³ Ejemplos de este tipo de consideraciones puede ser, reducir la duración de las entrevistas, permitir descanso, tener más de una sesión, etc.

- Barnahus, reciben formación periódicamente en sus áreas específicas de conocimiento de forma transversal. Además, la actuación que se desempeña en este entorno está en constante evaluación¹⁴⁴ por parte de las personas involucradas con el objetivo de revisar el correcto cumplimiento de los estándares previstos y mejorar aquellos aspectos que puedan precisar innovaciones.
- *Estándar 10: Prevención, intercambio de información, sensibilización y desarrollo de competencias externas:* con fines preventivos, se procede a la recopilación de datos y estadísticas que se comparten con académicos y otros profesionales de protección a la infancia para lograr una mayor sensibilización respecto a la violencia contra los niños y niñas en la sociedad. Además, se fomenta la organización de formación específica externa para dar a conocer este modelo mediante conferencias, visitas de estudio, y publicaciones.

VI. REFLEXIÓN FINAL

El estatuto de la víctima menor en el proceso, como víctima especialmente vulnerable, requiere de un tratamiento procesal individualizado que se centre en concederle todas las medidas específicas que su condición exige.

Desde el punto de vista normativo, existe actualmente un marco jurídico internacional que abarca todas las necesidades implícitas que requiere la persona que se encuentra en fase de desarrollo. A nivel nacional, debemos destacar y aplaudir la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* porque da respuesta a las recomendaciones y observaciones que desde el Comité de Derechos del Niño se han planteado a España en sus distintos informes. Contamos por fin, con una ley de carácter integral, con una visión multidimensional e interdisciplinar que es imprescindible cuando lo que se está tratando de proteger es a la infancia frente a la violencia. Por otra parte, el *anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* puede suponer un importante avance en

¹⁴⁴ Para realizar un seguimiento se utiliza la *PROMISE Tracking Tool*, herramienta de autoevaluación basada en una hoja de cálculo de Microsoft Excel dirigida al aprendizaje interno y cuyos resultados pueden utilizarse para definir los pasos que los servicios pueden dar para acercarse al modelo Barnahus y a los estándares de calidad de Barnahus. Está estrictamente relacionada con una evaluación de la configuración y el funcionamiento del servicio y no es una herramienta para evaluar el impacto en los beneficiarios. Más información disponible en <https://www.barnahus.eu/en/publication/tracking-progress-towards-meeting-the-barnahus-quality-standards/> (Consultado el 11 de abril de 2021)

este ámbito pues recoge preceptos que mejoran sustancialmente cuestiones muy problemáticas en la práctica forense actual.

La creación del *Juzgado especializado en la Violencia contra la Infancia y la Adolescencia* va a contribuir en gran medida a poder otorgarles a las víctimas menores de una vez por todas, el tratamiento que merecen, y se presenta como instrumento jurídico idóneo para evitar la victimización secundaria que hoy en día muchas víctimas aún siguen padeciendo.

En lo referente al menor de edad en el proceso y su implicación como víctima, hay que destacar que la *Ley del Estatuto de la víctima del delito* ha consolidado las medidas generales y específicas de protección en el ordenamiento jurídico español. La pieza clave a mejorar en este sentido es la toma de declaración del menor de edad. El nuevo art. 449 ter LECrim es el resultado de una constante reivindicación doctrinal que desde hace tiempo exigía una legislación que permitiera como regla general, la preconstitución de la prueba en la declaración de la víctima menor de edad (menores de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección), para los delitos más graves¹⁴⁵, de modo que no tendrán que volver a declarar en el juicio oral. Esta posibilidad cuenta con todas las garantías procesales para el investigado, pues en todo momento es imperativo el respeto al derecho de defensa.

El legislador da un paso adelante con este precepto, ya que, en estos supuestos se evitará en gran medida la victimización secundaria que provoca a la víctima tener que declarar en reiteradas ocasiones y ante distintas personas sobre los mismos hechos. A nuestro parecer, si se sigue avanzando en esta línea, las próximas reformas legislativas deberían ampliar la preconstitución de la prueba para la declaración de todas las víctimas especialmente vulnerables (pensemos en violencia de género o trata por ejemplo) de modo que, de conformidad con el art. 23 LEVD, en la evaluación individual que se realice a las víctimas para atender a sus necesidades especiales de protección, se pueda siempre acudir a esta vía cuando las circunstancias concretas del caso así lo recomienden.

Por último y a modo de conclusión ensalzar como modelo referente de protección integral a la víctima de maltrato infantil, el modelo Barnahus, que, si bien en su origen surgió para las víctimas de delitos de agresión

¹⁴⁵ Delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo.

sexual en Islandia, ciertamente se configura como un mecanismo excelente para proteger a las víctimas especialmente vulnerables. En definitiva, la clave del éxito de este modelo se encuentra en una buena coordinación entre los distintos operadores involucrados en el ordenamiento jurídico cuando hay episodios de violencia, así como en la especialización y constante formación en materia de detección, prevención, apoyo y asistencia a las víctimas menores. Y lo más importante: todo ello sin olvidar el respeto a los derechos procesales de todas las partes involucradas en el proceso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO TORRES, C./ LÓPEZ JARA, M., (2017): “La protección penal del menor víctima de ciberdelitos. Primeras actuaciones, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, (Ejemplar dedicado a: Menores y redes sociales), nº. 14, 2017 pp. 51-71.
- ARANGÜENA FANEÑO, C. (2014): “El derecho a la asistencia letrada en la directiva 2013/48/UE” *Revista General de Derecho Europeo*, nº 32.
- ARROM LOSCOS, R. (2015): “La declaración del menor víctima en el proceso penal: en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *RIEDPA*, nº 3.
- BARONA VILAR, S. (2020): “El valor del consentimiento en el proceso penal: ¿prueba o negación de la prueba”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales*, Vicente Gimeno Sendra, Liber Amicorum, ASECIO MELLADO, J.M^a. (dir)/ ROSELL CORBELLE, A. (coor), Castillo de Luna, Madrid, pp. 237-256.
- BUJOSA VADELL, L., (2019): “El menor como víctima”, en *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables: aspectos interdisciplinarios*, BUJOSA VADELL, L./ DEL POZO PÉREZ, M., (dir), Thomson, Navarra, pp. 27-48.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (2009): “Valor de la declaración de la víctima menor de edad en la fase de instrucción del proceso penal español”, *Diario La Ley*, nº 7106, Sección Tribuna, 3 de Febrero de 2009, Año XXX, Ref. D-32.
- CABEDO MALLOL, V./ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2020): *Los derechos de la infancia y adolescencia en las constituciones europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CÁRDENAS, P. (2021): “Atención psicológica y funcionamiento general de la Barnahus en el contexto islandés”, Webinar Hacia la Barnahus, Una Herramienta para mejorar la atención a la infancia víctima de violencia en la Comunitat Valenciana, 9 de marzo 2021.
- CARDONA LLORENS, J. (2020): “La Convención de Derechos del Niño y la legislación española de protección a la infancia”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 98, pp. 35-48.
- CARDONA LLORENS (2021): “La infancia vulnerable en España: Riesgos y respuestas políticas ante la crisis de la COVID-19”, Cuadernos para el Debate, mayo 2021, pp. 123-134. Disponible en <<https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/cuaderno-debate-7-unicef.pdf>>
- CARVAJAL, A. (2021): “El Congreso aprueba la ley de la infancia, la primera importante que logra desarrollar Podemos”, *elmundo.es*, 20 de mayo 2021.
- CUBILLO LÓPEZ, I.J. (2010): “La protección del testigo menor de edad, en especial evitando su declaración en el juicio oral”, en *La víctima menor de edad: un estudio comparando Europa/América* (ARMENTA DEU, T./ OROMÍ VALL- LLOVERA, (coords), Colex, Madrid, pp. 175-185.
- DE HOYOS SANCHO, M. (2013): “El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea”, en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, DE HOYOS SANCHO, M. (coor), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 49-74.

- DE HOYOS SANCHO, M. (Coord) (2013): *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- DE HOYOS SANCHO, M (2017): *La Víctima del Delito y las Últimas Reformas Procesales Penales*, Ed. Aranzadi, Pamplona.
- DÍAZ, P. (2019): “Cada cinco minutos muere un niño a causa de la violencia”, *Mujerhoy.com*, 20 de enero. Entrevista a Marta Santos Pais *Representante Especial sobre Violencia contra los Niños de Naciones Unidas* hasta 2019.
- DÍAZ-AGUADO JALÓN, M.J.; MARTÍNEZ ARIAS, R.; MARTÍN BABARRO, J. (2020): *Menores y violencia de género*, Gobierno de España, Ministerio de Igualdad.
- DOMÍNGUEZ, I./NÚÑEZ, J., “Denunciar abusos a menores, un calvario judicial”, *ELPAIS*, 11 de abril 2021.
- EFE (2021): “La madre de Gabriel Cruz denuncia el uso de la imagen del menor asesinado”, *elmundo.es*, 22 de marzo 2021.
- ESCORIHUELA, C. (2021): “Infancia víctima y proceso judicial en la Comunitat Valenciana”, Webinar Hacia la Barnahus, Una Herramienta para mejorar la atención a la infancia víctima de violencia en la Comunitat Valenciana, 1 de marzo 2021.
- FERRERO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005.
- GARCÍA DEL MORAL, A. (2014): “Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual (1)”, *www.elderecho.com*, *Revista de Jurisprudencia*, nº 2.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (2015): *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*. 2ª ed., Navarra, Aranzadi.
- GUTIÉRREZ-BERMEJO, B./ AMOR ANDRÉS, P.J. (2019): *Víctimas vulnerables*, Síntesis Madrid.
- GUÒBRANDSSON, B., “Barnahus and its proliferation in Europe”, Webinar Hacia la Barnahus, Una Herramienta para mejorar la atención a la infancia víctima de violencia en la Comunitat Valenciana, 9 de marzo 2021.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., y MIRANDA ESTRAMPES, M., ¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral? (A propósito de la STEDH caso S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002), *Diario La Ley*, nº 6335, Sección Doctrina, 7 de octubre de 2005, Ref. D-225.
- HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.A., (1998): “El menor, víctima en el proceso penal. Aspectos psicológicos y tratamiento”, (Ejemplar dedicado a la Protección de menores en el Código Penal, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 13-63.
- JIMÉNEZ FORTEA, J. (2016): “La normativa internacional aplicable al enjuiciamiento de los menores delincuentes”, *Anuario de justicia de menores*, nº 16, pp. 171-189.
- JIMÉNEZ FORTEA (2014): “La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España”, *Revista Bolivariana de Derecho*, nº 18, pp. 160-181.
- JIMENO BULNES, M. (2014), “La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal ¿realidad al fin?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 18, nº 48, pp. 443-489.
- JOHANSSON, S./ STEFANSEN, K./ BAKKETEIG, E/ KALDAL, A (ed) (2017): *Collaborating against child abuse exploring the Nordic Barnahus model*, Macmillan, Palgrave.
- JUÁREZ, J.R./ ÁLVAREZ, F., (2018): “Evaluación Psicológica Forense de los abusos y maltratos a niños, niñas y adolescente. Guía de buenas prácticas”, Asociación de Psicólogos Forenses de la Administración de Justicia, Madrid.
- JUÁREZ LÓPEZ, J.R. (2021): “La entrevista forense de Niños, Niñas y Adolescentes”, ambos en Webinar Hacia la Barnahus, Una Herramienta para mejorar la atención a la infancia víctima de violencia en la Comunitat Valenciana, 9 de marzo 2021.
- KANTER, B./ PEREDA, N. (2020): “Victimización Sexual en la Infancia e Intervención Basada en la Evidencia: La Terapia Cognitivo-Conductual Focalizada en el Trauma”, *Revista de Psicoterapia*, Vol. 31, nº 115, pp. 197-212.

- LIEFAARD, T./ RAP, S./ BOLSCHER, A., (2016): *¿Puede escucharme alguien? La participación de los niños en la justicia juvenil: Manual para adecuar los sistemas de justicia juvenil europeos a los menores*, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil.
- LIND HALDORSSON, O. (2019): Barnahus: resumen de los estándares de calidad. Guía para la respuesta multidisciplinaria e interinstitucional a los niños y las niñas víctimas y testigos de violencia, Secretaría del Consejo de Estados del Mar Báltico, Child Circle, p. 10. <https://www.barnahus.eu/en/wp-content/uploads/2020/05/ES_StandardsSummaryFINAL.pdf>
- MAGRO SERVET, V., “Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de instrucción en los delitos contra la libertad sexual”, *Diario La Ley*, nº 6972, Sección Doctrina, 20 de Junio de 2008, Año XXIX, Ref. D-193.
- MARAVALL BUCKWALTER, I. (2019): “El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar. Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *InDret* 1/2019, *Revista para el análisis del Derecho*, pp. 233-260.
- MARTÍN OSTOS, J., “El testigo menor de edad en el proceso penal”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales*, Vicente Gimeno Sendra, *Liber Amicorum*, ASENCIO MELLADO, J.M^a. (dir)/ ROSELL CORBELLE, A. (coor), Castillo de Luna, Madrid, pp. 1217-1233.
- MARTÍN-RIOS, P., (2006): “La víctima en el proceso penal de menores español”, *Anuario de justicia de menores*, nº. 6, pp. 57-76.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. /GRIFO, S. (2016): *Género y violencia*, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. (2019): *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTESINOS GARCÍA, A. (2016): “La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral”, en *El proceso penal: Cuestiones fundamentales* FUENTES SORIANO, O., (coor), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 218-228.
- MORENO, R. (2021): “El Congreso aprueba definitivamente la Ley orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia”, *confi legal.com*, 21 de mayo.
- MUERZA ESPARZA, J.J., (2020): “Sobre la prueba testimonial del menor-víctima en el proceso penal de mayores”, en *Derecho probatorio y otros estudios procesales*, Vicente Gimeno Sendra, *Liber Amicorum*, ASENCIO MELLADO, J.M^a. (dir)/ ROSELL CORBELLE, A. (coor), Castillo de Luna, Madrid, pp. 1365-1378.
- NAVARRO VILLANUEVA, C., (2020): “La implementación de una child-friendly justice en el sistema de enjuiciamiento penal en España”, *Boletín Criminológico*, Vol. 26, nº 190, pp. 1-29.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2014): *El Estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional español. Análisis lege data y lege ferenda a partir de la normativa europea en la materia*, IVAP, Oñati.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo”, en *La víctima menor de edad*, ARMENTA DEJU/ OROMÍ VALL- LLOVERA, Colex, Madrid, 2010, pp. 135-147.
- ORTEGA CALDERÓN, J.L. “La exploración del testigo menor en el proceso penal: reflexiones a la luz de la jurisprudencia, legislación positiva y proyecto de reforma”, *Diario La Ley*, nº 9631, 2020.
- PEREDA BELTRÁN, N./ BARTOLOMÉ, M./ RIVAS, E. (2021): “Revisión del Modelo Barnahus ¿Es posible evitar la victimización secundaria en el testimonio infantil?”, *Boletín criminológico*, Vol. 28, nº 207, pp. 1-20.
- PEREDA BELTRÁN, N. (2021), “Efectos de la victimización secundaria sobre los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual”, Webinar Hacia la Barnahus, Una Herramienta para mejorar la atención a la infancia víctima de violencia en la Comunitat Valenciana, 1 de marzo 2021.
- PINHEIRO, P.S. (2010): *Informe Mundial sobre La Violencia Contra los Niños y Niñas, Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños*, (A/61/299), 29 de agosto de 2006. Nueva York. UNICEF, Publicación de las Naciones Unidas.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2021): “La víctima”, en *Proceso penal: Derecho procesal III*, GÓMEZ COLOMER, J.L./ BARONA VILAR, S., (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 119-136.

- PLANCHADELL GARGALLO (2019): “La víctima ante la publicidad del proceso: su posible revictimización”, en *Claves de la justicia penal: feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, BARONA VILAR, S. (dir), pp. 407-438.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2020): “Declaración de menor de edad en juicio oral frente a prueba preconstituida de dicha declaración y credibilidad del testimonio”, *Revista de derecho y proceso penal*, nº. 60, pp. 423-434.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., (2021): “Una aproximación a la protección de las víctimas vulnerables a la luz del estatuto de la víctima del delito”, en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea: Libro homenaje a la Prof.ª Isabel González Cano*, MORENO CATENA y otros (dir), pp. 1445-1474.
- PERAITA, L. (2021): “Nueva ley de Infancia, ¿qué cambia a partir de ahora?”, *abc.es*, 25 de mayo 2021.
- SANJUÁN VÁZQUEZ, C. (2020): “Barnahus: bajo el mismo techo: Un recurso para proteger a niños y niñas de violencia en la Comunitat Valenciana”, Save the Children, España.
- SANTANA, N. (2021): “Primer juzgado de Violencia contra la Infancia y Adolescencia”, *rtve.es*, 23 de marzo 2021.
- SALA PAÑOS, D., (2019) “Proceso penal: declaración de menores víctimas del delito. Limitaciones del derecho de defensa”, *Diario La Ley*, nº 9393.
- SAVE THE CHILDREN (2021): “Ley de protección de la infancia frente a la violencia ¿qué cambios hay?”, 20 Mayo 2021.
- SERRANO MASIP, M. (2013): “Una justicia europea adaptada al menor exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2013, pp. 1-50.
- SERRANO MASIP, M. (2015): “Los derechos de información”, en *El Estatuto de las víctimas de delitos: Comentarios a la ley 4/2015*, TAMARIT SUMALLA, J.M./ VILLACAMPA ESTIARTE, C/ SERRANO MASSIP, M., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 69-99.
- SEMPERE FAUS, S. (2020): “La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº 13, pp. 874-897.
- SOSA TROYA, M. (2021): “España aprueba su primera ley integral para proteger a los niños frente a la violencia”, y “Así se queda la ley de infancia: más tiempo para denunciar los abusos y facilidades para que los niños sean escuchados”, *ELPAIS*, 20 de mayo;
- SOSA TROYA, M. (2021): “El primer juez especializado en violencia contra la infancia: “La justicia no está preparada para el trabajo con víctimas”, *ELPAIS*, 24 de mayo 2021.
- TAMARIT SUMALLA, J. M^a (2006); “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en BACA, E/ ECHEBURÚA, E/ TAMARIT, J.M., (eds): *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 17-50.
- TAMARIT SUMALLA, J.M./ VILLACAMPA ESTIARTE, C/ SERRANO MASSIP, M. (2015): *El Estatuto de las víctimas de delitos: Comentarios a la ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TENA ARAGÓN, M^a F., (2017): “Protocolo de actuación con menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección víctimas de delitos”, *La Víctima del Delito y las Últimas Reformas Procesales Penales*, DE HOYOS SANCHO (ed.), Aranzadi, Navarra, pp. 263-273.
- TINOCO PASTRANA, A. (2005): “La víctima en el proceso penal de los menores”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2005, pp. 1481-1490.
- TIFFON, B.N. (2020): “La credibilidad del testimonio en menores”, *Atlas práctico-criminológico de psicometría forense: Parafilias y agresiones sexuales de menores*, Vol. 4, pp. 331-424.
- VIGUER SOLER, P.L., (2018): “Estatuto de la víctima, protección del menor y prueba preconstituida”, *Cuadernos Penales Jose M^a Lidon, ¿Es posible una justicia orientada a la persona?: retos que plantea el proceso penal tras la aprobación del Estatuto de la víctima del delito*, nº 14, pp. 49-81.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2005): “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a época, nº 16, pp. 265-299

EL ARBITRAJE MARÍTIMO EN LONDRES TRAS EL BREXIT

Maritime arbitration in London after Brexit

Leticia FONTESTAD PORTALÉS

Profesora Titular Derecho Procesal

Universidad de Málaga

lfp@uma.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ARBITRAJE MARÍTIMO. 1. Aspectos generales del Arbitraje. 2. Reflexiones sobre la validez de las cláusulas de arbitraje en los contratos marítimos. 3. Características, ventajas e inconvenientes del Arbitraje en el sector marítimo. 4. Arbitraje marítimo en Londres: Reglas de la *London Maritime Arbitrators Association*. 5. Conclusiones. III. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Dado que la mayor parte de los conflictos que surgen en el ámbito del derecho marítimo se resuelven a través del Arbitraje y, concretamente, ante Asociaciones o instituciones de arbitraje marítimo en Londres, nos planteamos el impacto de la salida del Reino Unido de la Unión Europea en el arbitraje marítimo. ¿Serán suficientes los actuales convenios acerca del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales o, por el contrario, el Brexit complicará la ejecución de los laudos emitidos por los tribunales ingleses? El complejo procedimiento de exequátur al que serán sometidas las resoluciones judiciales del Reino Unido, frente al reconocimiento automático de resoluciones judiciales entre los Estados Miembros de la Unión Europea ¿favorecerá o perjudicará al arbitraje marítimo en Londres como centro de arbitraje marítimo internacional dominante?

Abstract: Given that most conflicts that arise in the field of maritime law are resolved through Arbitration and, specifically, by maritime arbitration associations or institutions in London, we consider the impact of the United Kingdom's departure from the European Union on maritime arbitration. Will the current Conventions on the recognition and enforcement of arbitration awards suffice or, on the contrary, will Brexit complicate the enforcement of awards issued by the English courts? Will the complex exequatur procedure to which United Kingdom court decisions will be subjected, as opposed to the automatic recognition of court decisions between the Member States of the European Union, will it favor or harm London maritime arbitration as the dominant international maritime arbitration center?

Palabras clave: Arbitraje Marítimo. Cláusulas de Arbitraje. Brexit. Arbitraje marítimo en Londres. Asociación de Árbitros Marítimos de Londres. LMAA. Convenio de Nueva York 1958. Convenio de Ginebra de 1961. Derecho marítimo.

Keywords: Maritime Arbitration. Arbitration Clauses. Brexit. Maritime arbitration in London. London Maritime Arbitrators Association. LMAA. New York Convention 1958. Geneva Convention 1961. Maritime Law.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AELC:	Asociación Europea de Libre Cambio
ASBA:	<i>Association of Ship Brokers Agents</i>
BIMCO:	<i>Baltic and International Maritime Council</i>
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CAMP:	Cámara de Arbitraje Marítimo de París
Cfr.:	Confróntese
DOCE:	Diario oficial de la Comunidad Europea
DOUE:	Diario oficial de la Unión Europea
EEE:	Espacio Económico Europeo
HKMAG:	Grupo de Arbitraje Marítimo de Hong Kong
Ibídem:	Igual que la referencia anterior
LA:	Ley de Arbitraje
LCI:	Corte de Arbitraje Internacional de Londres
LCJI:	Cooperación Jurídica Internacional en materia civil
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMAA:	<i>London Maritime Arbitrators Association</i>
MCMR:	Panel Internacional para la Conciliación y Mediación Marítimas
SCMA:	Cámara de Arbitraje Marítimo de Singapur
SIAC:	Centro de Arbitraje Internacional de Singapur
SMA:	<i>Society of Maritime Arbitrators de Nueva York</i>
S.P.:	Sin página
UE:	Unión Europea
Vid:	Véase

I. INTRODUCCIÓN

Como de todos es sabido, el Reino Unido celebró un referéndum el 23 de junio de 2016 sobre su pertenencia a la Unión Europea, en adelante UE, cuyo resultado fue un 51,9 % a favor abandonar la UE frente al 48,1 % en contra¹.

¹ Información disponible en <https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/results-and-turnout-eu-referendum> (última consulta, 04.02.2021).

Como consecuencia, el 29 de marzo de 2017², el Reino Unido notificó al Consejo Europeo su intención de abandonar la UE, activando así, formalmente, el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea³.

El 30 de enero de 2020, la UE ratificó el Acuerdo de Retirada⁴ y el 31 de enero de 2020, al entrar en vigor dicho Acuerdo, el Reino Unido abandonó la Unión Europea, comenzando un período transitorio que duraría hasta el 31 de diciembre de 2020. Es a partir del 1 de enero de 2021 cuando entra en vigor provisionalmente el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido⁵.

A la vista de todo lo expuesto y, en definitiva, tras la salida del Reino Unido de la Unión Europea, la primera preocupación que surge, desde un

² Vid. Carta de 29 de marzo de 2017 de la primera ministra del Reino Unido al presidente del Consejo Europeo (Bruselas, 29 de marzo de 2017), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20001-2017-INIT/es/pdf> (último acceso, 04.02.2021).

³ Como consecuencia de la citada carta de 29 de marzo de 2017, en virtud de la cual el Reino Unido anunciaba su decisión de retirarse de la UE (“Brexit”), el Consejo Europeo (artículo 50), compuesto por los líderes de todos los Estados miembros de la UE salvo el Reino Unido, estableció sus orientaciones para las negociaciones, con las posiciones y los principios de la UE. Así, el 15 de mayo de 2017, el Consejo (artículo 50) adoptó una decisión por la que se autorizaba la apertura de las negociaciones con el Reino Unido y se designaba oficialmente a la Comisión como negociadora de la UE. También adoptó la primera serie de directrices de negociación que dispusieron una estructura clara y un enfoque unificado de la UE de cara a las negociaciones (Bruselas, 15 de mayo de 2017, disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-21016-2017-INIT/es/pdf>. Último acceso, 04.02.2021). Asimismo, el Parlamento Europeo estableció sus principios y condiciones fundamentales (“líneas rojas”) para aprobar el acuerdo de retirada (Vid. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20170329IPR69054/las-lineas-rojas-en-la-negociacion-del-brexit>. Último acceso, 04.02.2021).

⁴ El 24 de enero de 2020, la Unión Europea y el Reino Unido firman el acuerdo de retirada. Tras el voto de aprobación del Parlamento Europeo, el 29 de enero de 2020, y la Decisión del Consejo relativa a la conclusión del acuerdo de retirada, de 30 de enero de 2020, el acuerdo de retirada entró en vigor el 1 de febrero de 2020. Durante el período de transición, se continúa aplicando el Derecho de la UE al y en el Reino Unido. No obstante, durante el período de transición la UE ha tratado al Reino Unido como si fuese un Estado miembro, con la salvedad de su participación en las instituciones comunitarias y en las estructuras de gobernanza. Vid. Decisión (UE) 2020/135 del Consejo, de 30 de enero de 2020, relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Texto pertinente a efectos del EEE), (DOUE L 29, de 31 de enero de 2020) y Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE L 29, de 31 de enero de 2020). Sobre el acuerdo de retirada del Reino Unido de la Unión Europea se puede consultar CHECA MARTÍNEZ, M., “Brexit y Cooperación Judicial Civil Internacional: opciones para Gibraltar”, en *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*, num. 3, 2018-2019, pp. 8-14.

⁵ Que incluye un Acuerdo de Libre Comercio; un marco de cooperación económica, social, medioambiental y en materia de pesca; una asociación en materia de seguridad interior (seguridad, cooperación policial y judicial penal); y un marco de gobernanza común para el conjunto del Acuerdo). Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la energía atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DOUE L 444 de 31 de diciembre de 2020). Vid. el nuevo régimen que se recoge en el documento de la Comisión Europea publicado el 27 de agosto de 2020, Comunicación a las Partes Interesadas, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/civil_justice_es_0.pdf (Último acceso, 14.04.2021).

punto de vista procesal en relación con el Derecho marítimo⁶, es en qué medida se puede ver afectado el arbitraje marítimo en Londres que es, en la actualidad, como todos sabemos, el método de resolución de conflictos que, mayoritariamente, eligen los perjudicados para resolver sus conflictos en este ámbito del derecho. Y ello es así porque, también es de sobra conocido por todos los que se dediquen al derecho marítimo, que Londres se ha convertido en el centro mundial de resolución alternativa de conflictos marítimos y comerciales puesto que el 83 % de este tipo de controversias se resuelven ante Tribunales de arbitraje en Londres, concretamente, ante la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres (*London Maritime Arbitrators Association*), conocida por sus siglas en inglés como LMAA⁷.

No cabe duda de que en materia de cooperación y, en el caso que ahora nos ocupa, en materia de cooperación judicial civil, el Brexit conlleva una serie de cambios en los distintos instrumentos de cooperación judicial, así como en los diferentes procesos judiciales internacionales. Así, tras la salida del Reino Unido de la Unión Europea, dejará de aplicarse, entre otros muchos, el Reglamento 1215/2012, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones⁸ que prevé el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea. Consecuencia de la inaplicación de este Reglamento, en las relaciones entre España y Reino Unido en relación con el reconocimiento de resoluciones judiciales, habrá que estar a lo previsto en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil⁹, en adelante LCJI, excepto en los casos en los que se prevea una legislación especial. Esto se traduce en que, tras el Brexit, para la ejecución en España de sentencias dictadas en el Reino Unido, y viceversa, habrá que tramitar el correspondiente exequátur, lo cual conlleva sin duda un incremento de costes económicos y de tiempo.

⁶ Sobre el impacto del Brexit en el negocio marítimo en general se puede consultar la obra de RODRIGO DE LARRUCEA, J., “Los efectos del Brexit sobre el negocio marítimo. Especial referencia a las nuevas cláusulas de la London Maritime Arbitration Association (LMAA)”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 15, 2019, pp. 113-117.

⁷ *The London Maritime Arbitrators Association (The LMAA)*, es una Asociación fundada el 12 de febrero de 1960 en una “reunión de Árbitros de la Lista Aprobada de Baltic Exchange”. La información acerca de este tribunal de arbitraje se puede consultar en <https://lmaa.london/> (último acceso, 14.04.2021). En el año 2020 se han presentado más disputas marítimas que remiten al arbitraje en Londres que a cualquier otro lugar donde se ofrezcan servicios de arbitraje. Según informa la propia página web de la LMAA, en el año 2020, se han recibido alrededor de 3.010 nuevos asuntos y se han dictado más de 523 laudos.

⁸ Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, 20 de diciembre de 2012).

⁹ BOE nº 182, de 31 de julio de 2015.

Ante esta situación, y con el objetivo seguir aplicando, tras el Brexit, un sistema unificado y flexible en relación con la eficacia de resoluciones procedentes del Reino Unido en la Unión Europea, y viceversa, se plantea la posibilidad de la adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano de 2007¹⁰ más allá del período provisional al que hace referencia el mencionado Acuerdo de retirada¹¹. Sin embargo, el 4 de mayo de 2021, la Comisión Europea declara que la Unión Europea no debe dar su consentimiento a la adhesión del Reino Unido a dicho Convenio dado que “el Convenio de Lugano es una medida de acompañamiento del mercado interior y está relacionada con el contexto de las relaciones entre la UE y la AELC y el EEE. En lo que respecta a todos los demás terceros países, la política consolidada de la Unión Europea es fomentar la cooperación dentro del marco de los Convenios multilaterales de La Haya. El Reino Unido es un tercer país sin una vinculación especial con el mercado interior. Por tanto, no hay motivo para que la Unión Europea se aparte de su enfoque general en relación con el Reino Unido. En consecuencia, son los Convenios de La Haya los que deben regular el marco para la cooperación futura entre la Unión Europea y el Reino Unido en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil”¹².

¹⁰ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (DOUE L339, de 21 de diciembre de 2007). En este sentido debemos recordar que el Consejo Federal Suizo, Depositario del Convenio de Lugano de 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, notificó a los Estados parte que, el 8 de abril de 2020, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte depositaron su solicitud de adhesión al citado Convenio (disponible en https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/autres-conventions/Lugano2/200414-LUG_en.pdf. Último acceso, 09.02.2021). El artículo 129.1 del citado Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica establece que, durante el período transitorio, el Reino Unido quedará vinculado por las obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión, por los Estados miembros que actúen en su nombre, o por la Unión y sus Estados miembros conjuntamente. Por tanto, el Reino Unido ha estado vinculado por el convenio de Lugano hasta el 31 de diciembre de 2020 (Información disponible en https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/autres-conventions/Lugano2/200130-LUG_Annexe_fr.pdf. Último acceso, 09.02.2021). La adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano requiere que todos los Estados miembros (Dinamarca, Islandia, Noruega, Suiza y la Unión Europea) acepten la solicitud del Reino Unido, en el plazo máximo de un año, por lo que resulta previsible que esto se produzca con anterioridad a que estas líneas vean la luz si la UE, fundamentalmente, no se opone a dicha adhesión. Tras la aceptación por parte de los Estados miembros, Reino Unido deberá depositar un instrumento de adhesión que determinará que adquiera la condición de miembro del Convenio de Lugano “el primer día del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión”. *Cfr.* Artículo 72 del Convenio de Lugano, aplicable a la adhesión del Reino Unido como consecuencia de lo previsto en el artículo 70.1.c) puesto que se trata de un Estado que no es miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio y Artículo 73.2 del Convenio de Lugano.

¹¹ *Vid.* artículo 129 Acuerdo.

¹² *Cfr.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Empty sobre la *Evaluación relativa a la solicitud de adhesión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Lugano*

Efectivamente, tanto la Unión Europea¹³ como el Reino Unido forman parte del Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de elección de foro¹⁴ por lo que, si no se autoriza la adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano, cuando la resolución que se pretenda reconocer y ejecutar se haya dictado por un tribunal como consecuencia de un acuerdo de elección de foro válido conforme al referido Convenio, se aplicarán dichas normas para su reconocimiento y ejecución¹⁵. No obstante, no podemos dejar de lado que, en relación con los procedimientos para lograr el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, el Convenio remite a la legislación interna del Estado en que se solicita dicho reconocimiento y ejecución. En el caso de España, la citada LCJl será la que regule el procedimiento de homologación o exequátur con carácter previo al inicio de cualquier trámite de ejecución.

A la vista de lo anterior, y entre las muchas consecuencias del Brexit, se encuentra el hecho de que las resoluciones dictadas por los tribunales británicos, salvo por lo que respecta a aquellas cuyos procedimientos se iniciaron antes de que dejara de aplicarse la normativa europea al Reino Unido, no participarán del régimen más sencillo, directo y simplificado que rige en el ámbito de la Unión Europea¹⁶, teniendo una tramitación más compleja y

de 2007. Bruselas, 4 de mayo 2021 (COM (2021) 222 final). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0222&rid=2> (Último acceso, 01.06.2021).

¹³ Vid. Decisión del Consejo, de 4 de diciembre de 2014, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro (DOUE n° 353, de 10 de diciembre de 2014).

¹⁴ En la actualidad forman parte del Convenio de La Haya de 2005 la Unión Europea, México, Montenegro y Singapur. Está en vigor desde el 1 de octubre de 2015. Para el Reino Unido ha entrado en vigor este Convenio el 1 de enero de 2021 dado que el instrumento de adhesión definitivo se depositó el 28 de septiembre de 2020. Vid. Artículo 31.2.a) del Convenio. No obstante, no podemos olvidar que, en atención a lo establecido en el artículo 76 del Acuerdo de Retirada, las sentencias dictadas con posterioridad al 31 de diciembre de 2020, pero como consecuencia de los procesos iniciados con anterioridad a dicha fecha, seguirán el procedimiento de reconocimiento establecido en el citado Reglamento 1215/2012. En cambio, aquellas sentencias dictadas en procedimientos iniciados con posterioridad al 31 de diciembre de 2020 pero en los que el acuerdo de sumisión es previo a dicha fecha, serán objeto de reconocimiento en función de lo establecido en el Derecho interno de cada Estado (LCJl, en el caso de España) dado que no les resulta de aplicación ni el Convenio de La Haya de 2005, ni el Reglamento 1215/2012 en función de lo que establece el Acuerdo de Retirada.

¹⁵ Aunque no ha entrado en vigor ni, previsiblemente, lo hará en un corto plazo de tiempo, merece la pena hacer referencia al Convenio de la Haya de 2019 para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en materia civil y mercantil por los tribunales de los Estados que lo ratifiquen. Sobre el Convenio de la Haya de 2019 Vid. LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y MARTÍNEZ, A., “El reconocimiento y ejecución en España de Resoluciones Judiciales dictadas en Reino Unido tras el Brexit”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n° 54, 2020, pp. 105-122.

¹⁶ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y MARTÍNEZ, A., afirman, no obstante, que existe la posibilidad de que el Reino Unido acuerde con la Unión Europea la posibilidad de continuar aplicando el Reglamento 1215/2012 a las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos iniciados a partir del 1 de enero de 2021 de forma semejante al conocido como “Acuerdo Danés”, de 19 de octubre de 2005, entre el

costosa para la parte beneficiada por la decisión de los tribunales del Reino Unido¹⁷.

Sin embargo, en lo que a nosotros nos interesa, esto es, el impacto del Brexit en el arbitraje marítimo en Londres, teniendo en cuenta que los instrumentos legislativos de la UE a los que hemos hecho referencia anteriormente excluyen expresamente de su ámbito de aplicación el arbitraje¹⁸, y que al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales de distintos países se le aplican las normas previstas en el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958¹⁹, del que Reino Unido es parte²⁰, podemos afirmar en este punto que el arbitraje, en general, y el arbitraje marítimo en Londres, en particular, no se va a ver

Reino de Dinamarca y la Comunidad Europea, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. *Vid.* LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y MARTÍNEZ, A., “El reconocimiento y ejecución en España de Resoluciones Judiciales dictadas en Reino Unido tras el Brexit”, *op. cit.*, p. 116.

¹⁷ No obstante, el Reino Unido considera, por ejemplo, que forma parte del citado Convenio de La Haya de 2005 desde la adhesión de la Unión Europea el 11 de junio de 2015 y que, como consecuencia de lo establecido en el artículo 31.1 del Convenio, se le sigue aplicando dicho régimen con independencia de su salida de la Unión Europea. *Vid.* la Notificación para Interesados, apartado 3.3. Sobre la incidencia del Brexit en la cooperación jurídica internacional civil, que se puede consultar en la documentación del ministerio de justicia y del Consejo General del Poder Judicial disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/MedidasBrexit/Documents/Incidencia%20del%20Brexit%20en%20la%20cooperaci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica%20internacional%20civil.pdf> (último acceso, 14.04.2021).

¹⁸ *Vid.*, por ejemplo, artículo 1 d) Reglamento 1215/2012 y la propia Exposición de motivos que establece que “El presente Reglamento no se aplica al arbitraje. Ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional...”. Aun cuando el arbitraje ha sido excluido tradicionalmente de los instrumentos normativos de Bruselas desde el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 299, de 31 de diciembre de 1972), no cabe duda que estas cláusulas de exclusión del arbitraje, fundamentalmente en lo que se refiere al arbitraje comercial internacional, ha provocado controversias, sobre las que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en diferentes ocasiones. Para un estudio sobre la jurisprudencia del TJUE en relación con las cláusulas de exclusión del arbitraje en el Convenio de Bruselas de 1968 y el, entonces vigente, Reglamento (UE) 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12, de 16 de enero de 2001), así como para el análisis del Considerando 12 del Reglamento (UE) 1215/2012, que hace referencia a la exclusión del arbitraje (Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE L 351, 20 de diciembre de 2012), se puede consultar la obra de QUINZÁ REDONDO, P., “El arbitraje comercial internacional y los instrumentos de Bruselas: (Re) pensando sobre su compleja relación”, en *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 407-424.

¹⁹ Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf> (Último acceso, 14.04.2021). Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE nº 164, de 11 de julio de 1977).

²⁰ <https://www.newyorkconvention.org/countries> (Último acceso, 14.04.2021).

afectado por la ausencia de normas sobre cooperación judicial en el Acuerdo de Cooperación y Comercio ni, lógicamente, por la inaplicación de los citados convenios²¹.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta este momento, trataremos de dar una visión general del arbitraje marítimo en Londres con especial referencia al arbitraje de la LMAA para acabar concluyendo acerca del posible impacto del Brexit en este centro de arbitraje internacional con sede en Londres.

Consideramos este tema, además, de relevante importancia para nuestro país dado que, según los datos de la Asociación de navieros españoles de enero 2021, sobre el comercio marítimo español, se advierte que el 56,1% del comercio español con Reino Unido se canaliza por vía marítima²².

II. ARBITRAJE MARÍTIMO

1. ASPECTOS GENERALES DEL ARBITRAJE

Aun cuando por las características de este estudio no resulta el momento adecuado para hacer un análisis pormenorizado de la institución del arbitraje como método heterocompositivo de resolución de conflictos, consideramos necesario al menos hacer una breve introducción acerca de esta institución.

Como todos sabemos, la heterocomposición supone la resolución de los conflictos a través de un tercero que, actuando *supra partes*, impone su decisión. A diferencia de los métodos autocompositivos en los que la intervención del tercero, de producirse, no supone capacidad resolutoria alguna, la heterocomposición implica la decisión vinculante del tercero. Co-

²¹ Tradicionalmente no ha existido ningún convenio bilateral con Reino Unido en relación con el arbitraje marítimo, sin embargo, todos los obstáculos desaparecen tras la firma por parte de ambos países no solo del citado Convenio de Nueva York, sino también de la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional, Ginebra 21 de abril de 1961, que lo complementa en función de lo previsto en su artículo 9 (Instrumento de Ratificación de España del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961. BOE nº 238, de 4 de octubre de 1975). Sobre ese aspecto *Vid.* MATILLA ALEGRE, R., *Internacionalidad del derecho marítimo y jurisdicción internacional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 2013 (eLibro), p. 130.

²² Más concretamente, este documento recoge los datos del año 2019 en el que se movieron entre puertos españoles y puertos de Reino Unido 10,9 millones de toneladas (Mt) de mercancías, esto es, el 3,7% del comercio exterior español. Por otro lado, el 6,8% de las exportaciones españolas tuvo como destino Reino Unido mientras que el 2,2% de las importaciones tuvo su origen igualmente en el Reino Unido. *Vid.* Tribuna Profesional, “Brexit: Implicaciones para el transporte marítimo”, *Boletín informativo de ANAVE*, nº 626, enero 2021, p. 21. (Disponible en, https://www.anave.es/images/documentos_noticias/2021/anave_bia626_enero2021.pdf. Último acceso, 15.05.2021).

mo consecuencia de la prohibición de la justicia privada, o autotutela, y la imposibilidad de imponer por parte del Estado una solución a las partes en conflicto mediante instrumentos de autocomposición, los métodos heterocompositivos se presentan en un momento histórico como la mejor solución a los conflictos entre las partes poniendo de relieve que el derecho procesal, desde su dimensión social, como afirma SERRA DOMÍNGUEZ, necesita lógicamente de la jurisdicción²³.

Las manifestaciones heterocompositivas que han llegado a nuestros días son, por un lado, el Arbitraje, de carácter privado, que es sobre el que nos centraremos dado el objeto de nuestro estudio. Y, por otro, la Jurisdicción del Estado. En el Arbitraje, la solución a la controversia la da una o varias personas —árbitros— mientras que en la Jurisdicción es el Estado el que asume la función de decir lo que es justo en cada caso concreto²⁴.

El Arbitraje, participando de la misma naturaleza que la jurisdicción, es anterior en el tiempo y se traduce en la decisión del conflicto surgido entre las partes por jueces privados investidos de *auctoritas*²⁵. En Roma se entendía que el Derecho era primordialmente la solución justa del caso concreto, no el mandato dictado por el Estado o el legislador en virtud de su potestad; lo propiamente jurídico era la solución justa del caso concreto y no la regla emanada del órgano revestido de *imperium*²⁶.

Tradicionalmente la doctrina se ha cuestionado la naturaleza jurídica del arbitraje. Por un lado, la corriente doctrinal de la tesis contractualista o privatista considera al arbitraje como una institución de derecho privado, un

²³ SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Jurisdicción”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1969, p. 20.

²⁴ Sobre la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición desde sus orígenes *Vid.* por todos AL-CALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México 1974, I, y *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1974.

²⁵ Sin ánimo de ser exhaustivos ni profundizar en los orígenes y evolución del Arbitraje, una breve exposición histórica se puede consultar en BARONA VILAR, S., *Introducción al derecho procesal, Derecho Procesal I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 366-367.

²⁶ La jurisdicción, en cambio, supone la atracción por el Estado del poder de dirimir los conflictos y lleva consigo la institucionalización de una organización judicial (estatal) cuyos miembros están investidos de *auctoritas* y *potestas*. La *auctoritas* entendida como la verdad socialmente reconocida (es la esencia de la función jurisdiccional) y la *potestas* como la fuerza socialmente reconocida, es decir, la voluntad de poder socialmente reconocida. *Vid.* por todos, D’ORS, A., *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Madrid 1973, pp. 93 y ss. y CARRERAS LLANSANA, J., “Las fronteras del juez” en *Estudios de Derecho Procesal* (con Fenech), Barcelona 1962, p. 109. Dejando de lado la doctrina más tradicional, sobre el arbitraje se puede consultar la obra de BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2ª edición, Madrid 2011.

contrato en el que resulta decisiva la decisión de un tercero²⁷. Por otro lado, la tesis jurisdiccionalista²⁸ parte del arbitraje como una institución jurisdiccional en el sentido de que ésta es independiente de su atribución a unos órganos estatales y, además, la función y los efectos del laudo son idénticos a los de la sentencia concurriendo, en ambos, el juicio y la cosa juzgada²⁹. Por último, una tercera corriente, intermedia o ecléctica, que parte de la naturaleza contractual en la primera fase de compromiso del arbitraje y la fase del desarrollo del arbitraje que sería equiparable al proceso y a la jurisdicción³⁰.

Aun cuando siempre hemos participado de la tesis jurisdiccionalista³¹ del arbitraje por cuanto que se trata de una institución a la que resultan perfectamente aplicables las notas características de la función jurisdiccional recordando, eso sí, que los árbitros solo poseen *auctoritas* y carecen, por tanto, de potestad como así se prevé en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje³² (en adelante LA) y el artículo 545.2 LEC³³, quizás sea el momento de reflexionar, de nuevo, sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, al igual que lo hace BARONA VILAR, para acabar reconociendo que no re-

²⁷ Defensor de esta doctrina privatista, para GUASP DELGADO el árbitro no es un juez y el arbitraje carece de naturaleza procesal. Cfr. GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Barcelona 1956, p. 22. Vid. HERCÉ QUEMADA, *Derecho procesal civil* (con Gómez Orbaneja), Madrid 1979, II, p. 213 y “Amigable composición”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona 1950, II, pp. 627 y ss.

²⁸ BARONA VILAR distingue entre aquella corriente doctrinal que atribuye naturaleza jurisdiccional al arbitraje, de aquella que reconoce su naturaleza procesal apoyándose en que algunos ordenamientos jurídicos incluyen las normas arbitrales en la norma procesal. Reconociendo que ambas comparten puntos en común, afirma que la teoría jurisdiccionalista se basa en la función que ejercen los árbitros, así como en el efecto de cosa juzgada del laudo, mientras que la concepción procesalista del arbitraje considera que el proceso arbitral es como un proceso judicial y, por tanto, estamos ante el instrumento a través del cual se ejercita la función jurisdiccional. Vid. BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 125.

²⁹ Vid. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “Una nueva regulación del arbitraje” en *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*, Madrid 1964, p. 450; SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Naturaleza jurídica del arbitraje”, en *Estudios de derecho procesal*, Barcelona 1969, p. 571; FENECH, M., “El arbitraje en derecho español”, en *Estudios de derecho procesal* (con Carreras Llansana), Barcelona 1962, p. 418; CARRERAS LLANSANA, J., “Las fronteras del juez” en *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 111 y MONTERO AROCA, J., *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid 1976, p. 95.

³⁰ Defensores de esta teoría intermedia son, por ejemplo, CHILLÓN MEDINA, J.M., y MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje interno e internacional*, Madrid 1991, p. 117.

³¹ En contra de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje se muestra BARONA VILAR cuando lo califica como “...uno de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos...”. Cfr. BARONA VILAR, S., en “Psicoanálisis del arbitraje en la sociedad digital y líquida del siglo XXI. Entre la deconstrucción y la caquexia”, en *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 39.

³² Artículos 43 y 44 LA (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003).

³³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08 de enero de 2000).

sulta necesario seguir categorizando el arbitraje en las clásicas posiciones doctrinales dado que “el arbitraje es el arbitraje”. En palabras de esta autora:

Ello nos lleva a concluir que “el arbitraje es el arbitraje”, y esa es su naturaleza jurídica. Afirmar esto supone —ciertamente— asumir parte de los argumentos que se esgrimen desde la posición ecléctica, como consecuencia de que efectivamente en el arbitraje coexisten componentes contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, quizás, el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma, de ahí que progresivamente se haya incorporado una norma autónoma y específica sobre arbitraje en casi todos los ordenamientos³⁴.

Consideramos que no es el momento de entrar en el debate acerca de si el arbitraje debe incluirse o no entre los métodos alternativos (o adecuados) de solución de conflictos³⁵, esto es, entre las ADR o *Alternative/Adequated Dispute Resolution*³⁶ aunque la doctrina experta en la materia considera al arbitraje un medio de tutela alternativo a la jurisdicción dentro de los sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos que, además, también “favorece la integración del mundo digital y electrónico, siendo componente de las ODR (*On line Dispute Resolution*)”³⁷. Asimismo, como ya hemos

³⁴ BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos)*, op. cit., pp. 125-127. Sobre el arbitraje en general se puede consultar igualmente la obra de esta autora *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2007.

³⁵ El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, publicado el día 15 de diciembre de 2020, hace referencia a métodos adecuados de solución de controversias (Disponible en la página web del Ministerio de Justicia, <https://cutt.ly/lvnX83S>, último acceso 18.04.2021).

³⁶ Sobre el origen, evolución histórica y qué debe entenderse por ADR *Vid* por todos BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos)*, op. cit., pp. 17-27. Sobre los métodos alternativos a la jurisdicción, en general, MARTÍN DIZ, F., “Resolução alternativa de litígios: experiências e propostas”, en *A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios* (coord. por Isabel Celeste Monteiro Fonseca) 2018, Ed. Livraria Almedina, Coimbra 2018, pp. 103-133 y “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 2006, pp. 1637-1654. Para una visión general de los diferentes métodos de resolución de conflictos también se puede consultar la obra de SOLETO MUÑOZ, H., “Presente y futuro de la resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ (coord), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013.

³⁷ BARONA VILAR, S., en “Psicoanálisis del arbitraje en la sociedad digital y líquida del siglo XXI. Entre la deconstrucción y la caquexia”, op. cit., p. 39 y “Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI* (coord. por Silvia Barona Vilar), Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2007, pp. 25-58. Igualmente, MACHO GÓMEZ, C., “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el comercio internacional”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, nº 2, octubre 2013, pp. 403-405. Sobre la Inteligencia Artificial en el Arbitraje *Vid*. Martín Diz, F., “Inteligencia artificial y ADR: evolución en el arbitraje y la mediación”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 2, 2020 (Ejemplar dedicado a: Arbitraje y Covid-19: inteligencia artificial y ADR), pp. 48-93 y CATALÁN CHAMORRO, M.J., “El salto definitivo del arbitraje electrónico a través de la inteligencia artificial”, en *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 431- 471. En relación con las ADR y las nuevas tecnologías *Vid*. SOLETO MUÑOZ, H., “Avances, tecnología y ADR en el sistema de justicia. La necesaria revolución de

puesto de relieve en otras ocasiones, con independencia de que incluyamos o no al arbitraje entre las ADR o MASC³⁸, no podemos olvidar que el impulso de estos sistemas alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos tiene su origen en el Derecho anglosajón cuyos programas de ADR impulsan tanto la mediación como el arbitraje, esto es, no distinguen entre métodos autocompositivos y métodos heterocompositivos como sistemas de ADR³⁹.

Tras esta breve referencia al Arbitraje y dejando de lado tanto las características de este instrumento heterocompositivo de solución de controversias, como las clases de arbitraje, cuestiones a las que haremos referencia en la medida que resulte necesario a lo largo de este trabajo, entramos en una breve exposición acerca de un tipo específico de arbitraje dentro del comercio internacional como es el arbitraje marítimo⁴⁰.

2. BREVE REFERENCIA A LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS MARÍTIMOS

Debemos comenzar por recordar que, por un lado, y como todos sabemos, la mayoría de las controversias marítimas se resuelven a través del arbitraje y, por otro lado, que los centros de resolución de asuntos marítimos de mayor relevancia mundial se encuentran en Londres, Nueva York y Singapur. Aunque también resultan ser dignos de mención los tribunales arbitrales de París, Hamburgo y Hong-Kong.

En efecto, prácticamente la totalidad de las pólizas de fletamento⁴¹ incluyen una cláusula de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje. En general, más del 90% de los contratos internacionales en el sector marítimo incorporan cláusulas de arbitraje y, como afirma FERNÁNDEZ ROZAS, las cláusulas de arbitraje en el Derecho marítimo “están a la orden del día”,

los sistemas de resolución de conflictos”, en *La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro*, Ed. Atelier, Barcelona 2019, pp. 341-353.

³⁸ Métodos alternativos de solución de conflictos.

³⁹ Vid. FONTESTAD PORTALÉS, L., “En busca de nuevas soluciones procesales y extraprocesales en el transporte marítimo de mercancías”, en *Revista de Derecho del Transporte*, nº 26, 2020, p. 108.

⁴⁰ Características y ventajas del arbitraje que, acertadamente, recoge (Vid. por todos) BARONA VILAR, S., *Introducción al derecho procesal, Derecho Procesal I, op. cit.*, pp. 369-370.

⁴¹ Según el artículo 203 LNM “Por el contrato de transporte marítimo de mercancías, también denominado fletamento, se obliga el porteador, a cambio del pago de un flete, a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino”. Asimismo, en el artículo 204 LNM relativo al fletamento por tiempo y por viaje, se determina que las partes “podrán compelerse mutuamente a la suscripción de una póliza de fletamento”.

fundamentalmente, en lo que a la contratación marítima internacional se refiere⁴².

Sin entrar en la controversia originada por la redacción del artículo 468 de nuestra Ley de Navegación Marítima sobre las cláusulas de jurisdicción⁴³ y, en lo que a nosotros nos interesa, el arbitraje en el extranjero, cuya problemática podría ser objeto de otro trabajo de investigación⁴⁴, en relación con la eficacia traslativa del conocimiento de embarque⁴⁵ que determina el artículo 251 LNM⁴⁶, debemos advertir, por un lado, que el artículo 468 LNM incorpora un régimen que exige para la validez de estas normas, por ejemplo, entre cargador y porteador, requisitos formales distintos a los exigidos por las normas comunitarias y en derecho comparado. Del mismo modo, el artículo 251 LNM prohíbe la oposición de este tipo de cláusulas frente a terceros adquirentes de un conocimiento de embarque que las incluya, aunque éstas fueran válidas entre las partes. Sin entrar en que estas dos normas son contrarias a los principios generales sobre la forma que rige para la validez de los contenidos y las obligaciones contraídas en el conocimiento de embarque, debemos señalar que contradicen la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarando válidas y oponibles este tipo de cláusulas frente al cargador y frente a cualquier tercer adquirente en las sentencias TJCE de 16 de marzo de 1999⁴⁷ y STJUE de 9 de noviembre

⁴² Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 2, octubre 2018, p. 373.

⁴³ “Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo”.

⁴⁴ Sobre la validez de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque *Vid.* FONTESTAD PORTALÉS, L., *Navegando hacia el futuro: propuestas de reformas procesales en la LNM y el impacto de la inteligencia artificial en el transporte marítimo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 38-68.

⁴⁵ El conocimiento de embarque es el documento típico del conocido, tradicionalmente, como “transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque”, hoy contrato de “fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque”, en el que se recogen las condiciones de este tipo de contrato. *Vid.* artículo 205 LNM.

⁴⁶ “La transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan a quien hubiese sido desposeído ilegítimamente de aquellas. El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX”.

⁴⁷ Asunto *Castelleti* C-159/97 (ECLI: EU:C:1999:142).

2000⁴⁸. No obstante, se exige que el conocimiento de embarque incorpore dichas cláusulas y que el tercero suceda al cargador en sus obligaciones según determina la ley nacional aplicable⁴⁹. En este sentido, no podemos dejar de advertir que el artículo 17 de las Reglas de La Haya-Visby⁵⁰ y, con más detalle, los artículos 14 a 16 de las Reglas de Hamburgo⁵¹, exigen únicamente la firma del porteador⁵².

A pesar de todo lo expuesto sobre la controversia en relación con la posible contradicción de nuestra LNM en relación con las cláusulas de jurisdicción con la normativa europea, así como el pronunciamiento del TJUE, debemos advertir que ésta no afecta al arbitraje dado que la jurisprudencia comunitaria que desarrolla el Convenio de la Unión Europea sobre Jurisdicción y ejecución de sentencias en asuntos civiles y comerciales, de 23 diciembre 1968, al que se hace referencia en el citado asunto Coreck, no es

⁴⁸ Asunto *Coreck Maritime C-387/98* (ECLI:EU:C:2000:606).

⁴⁹ En relación con este debate doctrinal en la comunidad europea *Vid.* por todos CONTALDI, G., “Le clausole di proroga della giurisdizione contenute in polizze di carico ed il nuovo testo dell’art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, n° 34, Fasc. 1; CARBONE, S., *Lo spazio giudiziario in materia civile e commerciale*, Turin 2009; LOPEZ DE GONZALO, M., “Le clausole di deroga alla giurisdizione di fronte alla Corte di giustizia delle Comunità europee”, en *Diritto marittimo*, 1985 y RIGUETTI, E., “Polizze di carico e requisiti di forma per le clausole di deroga alla giurisdizione: circolazione dei modelli tra disciplina comunitaria e disciplina interna”, en *Int’l Lis*, 2007. En nuestro país, valgan como ejemplo los trabajos de RECALDE CASTELL, A.J., “Validez de una cláusula de sumisión expresa a tribunales extranjeros y legitimación en la acción por pérdidas y averías en el transporte marítimo y combinado en caso de concurrencia de dos títulos-valor” (Comentario a la STS (Sala 1ª) de 10 de noviembre de 1993), en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n° 2, 1995, pp. 1125-1138 y ESPINOSA CALABUIG, R., “Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el artículo 17 privado del Convenio de Bruselas de 1968. (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de marzo de 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA*, C-159/97)”, en *La Ley*, n° 4, 2000, pp. 1744-1749 (LA LEY 11073/2001).

⁵⁰ *Vid.* Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque y por sus Protocolos de 23 de febrero de 1968 y de 21 de diciembre de 1979 (Reglas de La Haya-Visby). Instrumento de Ratificación de 16 de noviembre de 1981, del Protocolo de 21 de diciembre de 1979, que modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 de agosto de 1924 (“Gaceta de Madrid”, de 31 de julio de 1930), enmendado por el Protocolo de 23 de febrero de 1968 (BOE n° 36, de 11 de febrero de 1984).

⁵¹ Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Hamburgo 1978 (Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/hamburg_rules_s.pdf).

⁵² En relación con la validez y forma del convenio arbitral, como afirma MATILLA ALEGRE, las fuentes a tener en cuenta no son ni el Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a obligaciones contractuales, ni el de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional —hoy Reglamento 1215/2012—, de cuyos ámbitos de aplicación está expresamente excluido, sino los citados Convenios de Nueva York y Ginebra, así como, la también citada, Ley de Arbitraje. *Vid.* MATILLA ALEGRE, R., *Internacionalidad del derecho marítimo y jurisdicción internacional*, *op. cit.*, p. 145.

aplicable al Arbitraje, como así viene reconocido por la doctrina⁵³. Ello no obsta a reconocer que, igualmente, la previsión del artículo 468 LNM afecta al arbitraje pues, como afirma ALCÁNTARA GONZÁLEZ, la citada norma prevé la nulidad de las cláusulas de sumisión a un arbitraje en el extranjero contenidas en los contratos de utilización de buques o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. La LNM se separa de la realidad marítima internacional y aboca al Arbitraje español de conflictos marítimos "... a una vía muerta que no habría de seguir la evolución interpretativa internacional del art. II del Convenio de New York, aunque recogida efectivamente por nuestra LA 60/2003". En relación con el arbitraje marítimo internacional, el artículo 468 LNM, continúa este autor, cede frente al contenido del Convenio de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras en lo que al reconocimiento de la validez y reconocimiento del laudo se refiere pues, en su artículo VII, prevé el reconocimiento del convenio arbitral en aplicación del artículo 9 LA, pero no en aplicación del artículo 468 LNM. Todo ello sin dejar de lado que para determinar la nulidad del convenio arbitral extranjero debemos acudir al artículo V del Convenio de Nueva York que remite, no a la ley del país del órgano jurisdiccional competente para resolver la cuestión de la nulidad de la cláusula, sino a la ley a la que las partes hayan sometido el convenio arbitral o, en su defecto, a la ley del lugar donde se haya dictado el laudo⁵⁴.

Para finalizar esta breve referencia a las cláusulas de jurisdicción y arbitraje contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación reguladas en nuestra LNM⁵⁵, y antes de entrar

⁵³ Vid. POWER, V., *EC Shipping Law, Lloyd's of London Press Ltd.*, London 1992, (pp. 541-544), citado por ALCÁNTARA GONZÁLEZ, J.M., "El arbitraje en la Ley de Navegación Marítima", en <https://amyavigo.es/es/el-arbitraje-en-la-ley-de-navegacion-maritima/> (Último acceso, 21.04.2021), septiembre 2020.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Vid. ZURIMENDI ISLA, A., "La aplicación de los artículos 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima: las cláusulas de sumisión a jurisdicción extranjera o arbitraje", en *Homenaje al profesor José María de Elizaguirre*, Alberto Emparanza Sobejano (dir.), José Manuel Martín Osante (dir.), Aitor Zurimendi Isla (dir.), Universidad del País Vasco, 2020, pp. 477-491; IRÁCULIS ARREGUI, N., "La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima", *Revista de Derecho del Transporte*, nº 19, 2017, pp. 173-208; ZURIMENDI ISLA, A., "Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en el conocimiento de embarque tras la Ley de navegación marítima", en *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº 18, 2016; GÓMEZ JENE, M., "Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2014, Vol. 6, nº. 2; GONZÁLEZ PELLICER, J.M., "Sobre el artículo 468 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque", en *Diario La Ley*, nº 8354, de 15 de julio de 2014; FUENTES CAMACHO, V., "¿Puede afectar una cláusula de sumisión expresa incluida en un

de lleno en el arbitraje marítimo, no podemos dejar de mencionar el Anteproyecto de reforma de la LNM que modifica, entre otros, el artículo 468 LNM al objeto de poner fin a la incertidumbre que provoca la citada norma en relación con la ley aplicable. De este modo, para reforzar la competencia jurisdiccional española y, por ende, la tutela judicial en España, en relación a las posibles reclamaciones de mercancías que pudieran ser descargadas en España, este Anteproyecto de reforma de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y de la Ley de Navegación Marítima, introduce una modificación en los artículos 251⁵⁶ y 468 de la LNM⁵⁷ añadiendo, en este último, la referencia a las cláusulas de ley aplicable⁵⁸ pues, como acabamos

conocimiento de embarque a una aseguradora que alega no haberla suscrito? [Algunas reflexiones en torno a la STS (Sala 1.^a) de 29 de septiembre de 2005]”, en *Diario La Ley*, nº 6390, de 30 de diciembre de 2005; GABALDON GARCÍA, J.L., “Sobre las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque: Una propuesta legislativa”, disponible en <https://www.ime.es/?s=gabaldon+garc%C3%ADa> (último acceso 20.04.2021) y PÉREZ BENITEZ, J.J., “De nuevo las cláusulas de jurisdicción en los contratos marítimos: Una regulación insatisfactoria”, en *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, José Manuel Sobrino Heredia (coord.), Gabriela A. Oanta (coord.), J.M. Bosch Editor, Barcelona 2020, pp. 207-219. Sin embargo, debemos reconocer que el artículo 468 LNM no ha hecho sino sacar de nuevo a debate una polémica que viene de antiguo, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, y que es anterior a la publicación de nuestra LNM. Polémica que, en lo que se refiere al contrato de fletamento de mercancías, se encuentra superada.

⁵⁶ Tras reforma de la LNM prevista en el Anteproyecto, el artículo 251 sobre la eficacia traslativa del conocimiento de embarque quedaría de la siguiente manera “1. La transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan a quien hubiese sido desposeído ilegítimamente de aquellas. 2. El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción, arbitraje y elección de ley aplicable, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el artículo 468”.

⁵⁷ No podemos entrar tampoco, dado que excede en mucho del objeto de este trabajo, en la disonancia que existe entre lo previsto en el artículo 251 LNM que hace referencia exclusivamente a los conocimientos de embarque y el artículo 468 LNM de ámbito mucho extenso pues no solo hace referencia al transporte marítimo bajo conocimiento de embarque o contrato de fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque, sino a los contratos de utilización de buques en general y contratos auxiliares de la navegación.

⁵⁸ El Anteproyecto de ley prevé la reforma del artículo 468 LNM tanto en lo que a su rúbrica se refiere como a su contenido, incorporando la referencia a la ley aplicable. De este modo, el Artículo 468 LNM pasaría a rubricarse “Cláusulas de jurisdicción, arbitraje y ley aplicable” y su contenido quedaría de la siguiente manera: “1. Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o a arbitraje en el extranjero, así como las de elección de ley aplicable contenidas en los contratos de utilización del buque, en los contratos auxiliares de la navegación, o en los conocimientos de embarque, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. 2. En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción, de arbitraje o de elección de ley en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el apartado anterior o en los conocimientos de embarque no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo. 3. A falta de acuerdo celebrado en los términos de este artículo, los derechos y acciones del tercer tenedor adquirente del conocimiento de embarque se regirán por la ley del país donde se encuentre el puerto de descarga designado en el título”.

de ver, la validez de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje se encuentra estrechamente relacionada con la cláusula de la ley aplicable ya que, como se afirma en el Anteproyecto, sin ésta el control de aquellas queda diluido. Si se aprobara esta reforma con la nueva redacción del artículo 468 LNM, cuyas críticas vaticinamos no se harán esperar, se determinaría que la ley del país donde se encuentre el puerto de descarga designado en el conocimiento de embarque sería la ley aplicable a los derechos y acciones del tercer tenedor adquirente del conocimiento de embarque, a falta de acuerdo entre las partes⁵⁹.

Esta necesidad de una reforma en la redacción del artículo 468 LNM parece que encuentra su apoyo, además de en las importantes críticas doctrinales de la que ha sido objeto, en las palabras del Consejo de Estado sobre la regulación prevista en el artículo 468 del Anteproyecto de la LNM del año 2013: *“El Consejo de Estado valora positivamente la intencionalidad y finalidad de la norma proyectada, pero no puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que se opone frontalmente a la práctica habitual y generalizada seguida en el tráfico y que previsiblemente tendrá una eficacia muy dudosa”*⁶⁰.

⁵⁹ En relación con la determinación de la ley aplicable recomendamos la lectura de MANZANARES ENTRENA, A., y BLANCO VÁZQUEZ, A., “Ley aplicable al convenio arbitral en el contexto de un arbitraje comercial internacional, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 5, 2021 (Ejemplar dedicado a: La (des) protección de inversiones en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido (TCA)).

⁶⁰ *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Navegación Marítima de 4 de febrero de 2013, de 27 de julio de 2013 (Expediente 449/2013). Documento CE-D-2013-449 (disponible en <https://boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-449>. Última revisión 21.04.2021). En este sentido, la Audiencia Provincial de Pontevedra afirma que “si resulta de aplicación la normativa comunitaria, como es el caso, el art. 251 LNM cede frente a las exigencias del Reglamento Bruselas I bis, al igual que prevé el propio art. 468.1º LNM. En consecuencia, la exigencia de la negociación individual y separada de la cláusula de jurisdicción sólo es aplicable cuando la cláusula atribuya jurisdicción a un Estado no miembro de la UE” (Auto AP de Pontevedra, Sección 1ª, de 21 diciembre 2020. ECLI:ES:APPO:2020:2118A). En sentido contrario *Vid.* Auto AP Barcelona, de 29 de mayo de 2020 (ECLI: ES:APB:2020:3847A). Efectivamente, este es el sentir de la doctrina cuando afirma que las premisas de las que parte nuestra LNM en relación con las cláusulas de jurisdicción y arbitraje se encuentran “claramente alejadas de la citada práctica y usos del sector, consisten en la exigencia de una negociación individualizada y separada de las mismas. La LNM rema en esta troncal materia a contracorriente, y obsesionada con la salvaguardia del principio de seguridad jurídica (que toda ley debe observar, ex artículo 9.3 CE) prioriza la consecución de tal principio hasta el punto de restar operatividad al consagrado valor del favor negotii”. *Vid.* ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Una acertada orientación jurisprudencial en relación a la validez y alcance de la cláusula sumisoria a favor de tribunal extranjero contenida en un conocimiento de embarque. Comentario al auto de 13 de febrero de 2019 de la AAP de Barcelona (sección 15), en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2019), Vol. 11, nº 2, pp. 388-401.

3. CARACTERÍSTICAS, VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL ARBITRAJE EN EL SECTOR MARÍTIMO

En este apartado no tratamos de llevar a cabo un exhaustivo estudio de esta institución⁶¹, sino más bien de ofrecer una visión general al lector acerca del arbitraje marítimo, así como de las razones que lo han llevado a convertirse en el instrumento por excelencia para la resolución de las controversias marítimas. Efectivamente, las controversias que derivan del transporte marítimo de mercancías se resuelven, normalmente, ante tribunales arbitrales. No ocurre así, sin embargo, en lo que a los seguros marítimos⁶² se refiere, pues se trata de un sector en el que los litigios no se suelen resolver mediante el arbitraje⁶³, sino en vía jurisdiccional o, incluso, más recientemente, a través de la mediación⁶⁴.

⁶¹ Para un estudio en profundidad acerca del arbitraje marítimo internacional son de obligada lectura las obras de ESPLUGUES MOTA, C., *Arbitraje marítimo internacional*, Ed. Thomson Civitas, Madrid 2007 y “Some Current Developments in International Maritime Arbitration”, disponible en file:///Users/usuario/Downloads/SSRN-id1952777.pdf (Último acceso, 13.05.2021)

⁶² Afirma ALCÁNTARA GONZÁLEZ que el arbitraje es el instrumento al que se someten más del 80% de las controversias y reclamaciones derivadas de los Contratos de Explotación de Buques, el 100% de las nacidas en relación con Contratos de Construcción Naval y de Salvamento y el 90% de las disputas sobre Ventas de Buques de segunda mano. En cambio, el porcentaje de litigios relativos a Seguros Marítimos aun cuando está creciendo, sigue siendo muy bajo. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, J.M., “El arbitraje en la Ley de Navegación Marítima”, en <https://amyavigo.es/es/el-arbitraje-en-la-ley-de-navegacion-maritima/> (último acceso, 21.04.2021), septiembre 2020.

⁶³ Esto no implica que no se pueda acudir al arbitraje para la resolución de este tipo de controversias pues, en el artículo 76e) de la Ley de Contrato de Seguro, se reconoce el derecho del asegurado a solucionar sus controversias con el asegurador a través de un proceso arbitral. Vid. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE de 17 de octubre de 1980). Además, también el Club P&I de Londres, en su norma número 42 que regula *Jurisdiction and Law*, remite al arbitraje, concretamente al de la LMAA, en lo que al aseguramiento conocido como *Freight Demurrage and Defence* se refiere. Para una lectura acerca de los orígenes, características o las coberturas y exclusiones de los Clubes de Protección e Indemnización (P&I) resulta de interés el trabajo de CABALLERO M., “Los Clubes de Protección e Indemnización (P&I)”, en *Los contratos sobre el buque en derecho español: análisis práctico*, Ed. Dykinson, Madrid 2018, pp. 493-504. Asimismo, sobre el seguro de Protección e Indemnización desde la perspectiva de nuestra Ley de Navegación Marítima Vid. ALBORS, J., “El seguro de Protección e Indemnización (P&I)”, en *Los contratos sobre el buque en derecho español: análisis práctico*, Ed. Dykinson, Madrid 2018, pp. 505-524.

⁶⁴ En el sector náutico, por ejemplo, también se está impulsando la mediación desde el año 2015 frente al arbitraje o el proceso jurisdiccional y muestra de ello sería el acuerdo al que llegan, el 22 de abril de 2015, el Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya y el Colegio Oficial de Ingenieros Navales y Oceánicos para dar impulso a la mediación en este sector. Concretamente se hace referencia en este acuerdo como ventaja de la mediación frente a los métodos heterocompositivos, que la mediación trata de resolver el conflicto sin deteriorar la relación entre las partes o, incluso, una vez dañada la relación, se busca su restauración. En palabras de PRADA, “En un sector como la náutica, es la manera de no quemar la relación de toda una vida entre dos profesionales en disputa ya que no hay vencedores ni vencidos...” apostando además por el uso de la mediación en el caso de aquellas “...empresas que quieran conservar a ese cliente para el futuro, aunque con él se haya cometido algún fallo de servicio y la desavenencia haya ido a más” (disponible en <https://cutt.ly/yvAFTBg>. Última revisión 20.04.2021).

Hecha esta advertencia, y como avanzábamos al inicio, debemos recordar que nos encontramos en un ámbito, el comercio marítimo, en el que tradicionalmente se ha recurrido al arbitraje para la solución de las controversias, posiblemente, para evitar los innumerables conflictos de determinación de la competencia judicial internacional⁶⁵ y, además, en relación con el transporte marítimo de mercancías, para salvar la compleja determinación de la ley sustantiva aplicable⁶⁶, cuestión a la que hace referencia la LA, en su Exposición de Motivos, cuando afirma que “La ley no sujeta a los árbitros a un sistema de reglas de conflicto”⁶⁷.

Debemos reconocer que el arbitraje marítimo, entendido como el que tiene por objeto la resolución de conflictos comerciales marítimos, es decir, cuando existe una conexión entre *res litigiosa* y la navegación, industria o comercio marítimo⁶⁸, no presenta ninguna especialidad digna de resaltar en relación con el arbitraje en general como método de resolución de

⁶⁵ Sobre la competencia judicial internacional civil. La sumisión en el fletamento y transporte *Vid.* MATTILLA ALEGRE, R., *Internacionalidad del derecho marítimo y jurisdicción internacional*, *op. cit.*, pp. 111-126.

⁶⁶ A pesar de esta afirmación no son pocas las controversias que surgen en lo que a la ley aplicable se refiere pues, partiendo de lo previsto en nuestra propia LA, el apartado 2 del artículo 34 permite a los árbitros, para el caso de que las partes no indiquen las normas jurídicas aplicables en un arbitraje internacional, que apliquen las que estimen oportunas, eso sí, como complementa el apartado 3 de la citada norma, teniendo en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos aplicables. Son varias las cuestiones controvertidas que derivan de la redacción de esta norma tales como el motivo de limitar la posibilidad de acudir a las normas jurídicas y usos aplicables en caso de arbitrajes nacionales o el alcance de dichas normas jurídicas y la expresa mención a los usos aplicables. En este sentido, GÓMEZ JENE afirma que, sin duda, debe entenderse aplicable dicha remisión a los arbitrajes nacionales y que la misma se refiere a la *lex mercatoria*. Por último, en relación con la distinción entre normas jurídicas y usos aplicables, indica este autor que podría interpretarse que dichos “usos” no forman parte de la *lex mercatoria*, lo que nos llevaría a una concepción avanzada del concepto de *lex mercatoria*, del que hablaremos más adelante, de tal manera que la distinción sería correcta puesto que la *lex mercatoria* se constituye a partir de la aplicación de los principios generales y no de la aplicación de los usos del comercio internacional. GÓMEZ JENE, M., “Lex Mercatoria y arbitraje comercial internacional: el ejemplo de la nueva ley de arbitraje española”, *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2006, eLibro, pp. 141-143. Sin embargo, PÉREZ CAZARES, considera que la *lex mercatoria* “... son los usos, costumbres y prácticas que se dan en el comercio internacional y que los comerciantes asumen como normas para la solución de conflictos entre ellos, esto es, asume el papel de una ley procesal internacional para resolver las controversias del comercio exterior”. *Cfr.* PÉREZ CAZARES, M.E., “La lex mercatoria una ley procesal global”, en *Derecho global. Estudios sobre derecho justicia* (versión online), 2018, vol. 3, nº 9, pp. 81-106. Disponible en: <http://www.derechoglobal.cucsh.udg.mx/index.php/DG/article/view/167> (Último acceso, 12.05.2021). Para un análisis de la *lex mercatoria* como fuente de derecho internacional *Vid.* MIRA GONZÁLEZ, C.M., “La lex mercatoria como fuente del derecho internacional”, en *Revista CES DERECHO*, Volumen 4, nº 2, julio-diciembre, 2013, pp. 48-56.

⁶⁷ *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, apartado VII, en el que hace referencia a los criterios que han llevado al legislador a la redacción del artículo 34 que regula la importante cuestión de qué normas han de aplicarse a la resolución del fondo de la controversia.

⁶⁸ “Maritime arbitration is therefore the arbitration of maritime commercial disputes”. *Vid.* TETLEY, W., *Marine Cargo Claims*, Ed. Thomson Carswell, Cowansville 2008, 4ª edición, p. 1417.

controversias, pues se trata de un arbitraje como cualquier otro del ámbito del comercio internacional. Sin embargo, si esto es así, ¿de dónde viene la especial relevancia que a lo largo de la historia ha adquirido el arbitraje en el ámbito del tráfico marítimo? La respuesta para cualquier lector que se haya dedicado al estudio del derecho marítimo resulta obvia, pues resulta del conocimiento general que la especialidad del arbitraje marítimo radica en la relevante influencia del derecho anglosajón, tanto en lo que se refiere al clausulado de los diferentes tipos contractuales como en los procedimientos de resolución de controversias marítimas.

Aun cuando ya hemos advertido algunas de las ventajas específicas que presenta el arbitraje marítimo, como evitar la controvertida determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable⁶⁹, dado que las disputas marítimas se caracterizan por su elemento de extranjería, esta tradicional institución de ámbito marítimo comparte los beneficios de cualquier arbitraje en general, como es la celeridad del procedimiento y, por ende, la celeridad en resolver la controversia en comparación con la lentitud del proceso judicial. Dicha celeridad trae igualmente como consecuencia un importante ahorro económico en lo que a los costes de la solución del conflicto se refiere.

No tratamos de hacer una enumeración exhaustiva de todas las ventajas del arbitraje en un ámbito tan complejo como es el derecho marítimo y, específicamente, en el transporte marítimo de mercancías, pero sí que consideramos que merece la pena destacar el hecho de que la solución al conflicto, no solo adquiere el mismo carácter vinculante para las partes en conflicto que la sentencia que pone fin al proceso jurisdiccional, sino que viene de la mano de personas expertas en la materia objeto de conflicto, pues el árbitro, o en su caso el tribunal arbitral, va a ser en todo caso una persona con conocimientos específicos en el sector concreto objeto de con-

⁶⁹ En relación con el tráfico marítimo es habitual que se vean involucrados varios Estados y, por tanto, se complique la determinación de la jurisdicción aplicable y, como consecuencia, la determinación de la ley aplicable, máxime cuando nos encontramos en un sector en el que se les reconoce a las partes involucradas autonomía a la hora de elegir la jurisdicción que mejor convenga a sus intereses (Práctica conocida como *Forum Shopping*). Sobre la elección del foro *Vid.* Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro firmado por la Unión Europea en 2009 (Decisión 2009/397/CE del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro. DOCE L 133 de 29 de mayo de 2009). Siendo así que, de conformidad con lo establecido en la Decisión 2014/887/UE, la UE ratificó el Convenio el 15 de junio de 2015, otorgándole un carácter vinculante para todos los países de la UE (excepto Dinamarca) y para todos los países que lo hayan ratificado desde el momento de su entrada en vigor el 1 de diciembre 2015 (DOUE L 353 de 10 de diciembre de 2014, pp. 5-8). Esta controversia no puede darse en lo que respecta a la aplicación de las normas procesales, tal y como determina el artículo 3 LEC, cuando regula el ámbito territorial de las normas procesales civiles españolas.

flicto, en este caso, el derecho marítimo, que es precisamente un sector en el que se requiere de un amplio conocimiento de las normas marítimas, pero también conocimientos de carácter técnico⁷⁰.

En atención a las indudables ventajas que el arbitraje marítimo ofrece⁷¹, los sectores dentro de este específico ámbito donde mayor relevancia ha adquirido este método heterocompositivo de resolución de conflictos son, el transporte marítimo de mercancías bajo póliza de fletamento y bajo conocimiento de embarque⁷², los conflictos derivados de abordajes⁷³, las disputas en relación con los salvamentos marítimos⁷⁴ y, por último, en materia de contratos sobre construcción de buques⁷⁵.

Dado que el comercio marítimo se caracteriza por su carácter transnacional, y se tiende a la unificación⁷⁶ de las normas internacionales, asistimos a la compleja convivencia de tal multitud de fuentes normativas, tanto nacionales como internacionales⁷⁷, que para su conocimiento se requiere alcanzar el grado de experto en la materia. A dicha complejidad debemos añadir las innumerables fórmulas contractuales de marcado carácter anglosajón que predominan en el tráfico marítimo y que conviven con las prácti-

⁷⁰ Vid. ADRAGNA, E., "Arbitraje marítimo", en *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, nº 241, 2010, pp. 581-591.

⁷¹ En relación con los beneficios del arbitraje se puede consultar FRANCO CONFORTI, O.D., "Aspectos básicos y prácticos del arbitraje comercial internacional", en *La Ley*, nº 8612, Sección Doctrina, de 24 de septiembre de 2015 (Ref. D-347).

⁷² Regulados ambos en el Capítulo II del Título IV de la LNM entre los contratos de utilización del buque.

⁷³ Vid. Capítulo I del Título VI de la LNM dedicado a los accidentes de la navegación.

⁷⁴ Capítulo III del Título VI de la LNM.

⁷⁵ Capítulo V del Título II de la LNM sobre los vehículos de la navegación.

⁷⁶ La unificación de las normas europeas sobre esta materia se inicia con el Tratado de Ámsterdam (por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea y determinados actos conexos. DOUE C 340, de 10 de noviembre de 1997) y se consolida y se refuerza tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007).

⁷⁷ Ya afirmaba AZUNI que "Desde los primitivos tiempos los pueblos comerciantes y navegantes crearon un reducido número de leyes proporcionadas á la extensión de su comercio marítimo. Pero habiéndose engrandecido la navegación, por ser el único medido de dar superioridad al comercio; y multiplicándose sus operaciones, por haber crecido las necesidades que el hombre tenía que satisfacer; y empleándose en la marina mucho mayor número de brazos, porque la utilidad y las recompensas aceleraban sus progresos; ha habido también necesidad de mayor número de reglamentos, y de una legislación mas extensa: y de aquí nace sin duda tan prodigiosa muchedumbre de leyes, de ordenanzas, y de reglamentos de marina". Vid. AZUNI, D.A., (De Rodas, R., trad.), *Sistema universal de los principios del derecho marítimo de la Europa*. Gómez Fuentenebro y Compañía, Madrid 1803, p. 74. Así, este mismo autor, en las páginas 75 a 206, analiza desde las antiguas Leyes de Rhodias, pasando por las leyes marítimas de los romanos recogidas en el Digesto, a las leyes marítimas contenidas en los Códigos Teodosiano y Justiniano, respectivamente, y ahondando en el controvertido origen de las normas del Consulado del Mar. Asimismo, realiza un análisis de las diferentes leyes marítimas: amalfitanas, de Oleron, Wisburg, Marsella, leyes marítimas de Francia, de Inglaterra, de España o de Portugal, etc.

cas y usos mercantiles propias de los operadores marítimos. Todo ello, sin duda, se convierte en un obstáculo a la hora de la resolución de este tipo de conflictos por personas sin conocimientos específicos en la materia.

No acaba aquí la complejidad en cuanto a la regulación normativa en el tráfico marítimo pues no podemos olvidar que, precisamente, los contratos marítimos se caracterizan por la gran variedad de fórmulas contractuales, la mayoría, insistimos, de origen anglosajón, así como la existencia de determinados sectores con prácticas y usos mercantiles confeccionados por el propio operador marítimo del sector que dificulta, aún más, el conocimiento que cualquier persona que no sea especialista en la materia, como es el caso de nuestros órganos jurisdiccionales que no están especializados en derecho marítimo, pudieran tener del mismo.

Como consecuencia de la mencionada complejidad del ámbito del derecho en el que nos movemos, ni siquiera la especialización de nuestros órganos jurisdiccionales, en lo que al derecho mercantil se refiere con la creación de los juzgados de lo mercantil⁷⁸, consigue desterrar la negativa imagen que supone, para la resolución de conflictos marítimos, el acudir al proceso jurisdiccional⁷⁹.

La Cámara de Comercio Internacional⁸⁰, en adelante ICC/CCI, resume los beneficios del arbitraje en general en función de las ventajas que presenta, por un lado, el laudo como resolución de carácter firme e irrecurrible, que es de reconocimiento judicial y ejecución forzosa. Y, por otro lado, en función de las notas características del propio proceso arbitral: neutralidad, confidencialidad, rapidez y economía. Asimismo, como advertíamos anteriormente, reconoce como otra de las principales ventajas del arbitraje, los

⁷⁸ Creados por la Ley Concursal 8/2003, de 9 de julio (BOE nº 164, de 10 de julio de 2003) y regulados en los artículos 86 bis y 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 157, de 2 de julio de 1985).

⁷⁹ En el ámbito del derecho marítimo, al igual que en otros sectores como el derecho de familia, la doctrina reclama una jurisdicción específica para el conocimiento de esta materia. *Vid.* ROCA LÓPEZ, M., *Propuesta para una jurisdicción marítima en los tribunales españoles* (Tesis doctoral), Universitat Abat Oliba CEU (2017), disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/402682> (Último acceso, 15.05.2021). Sobre la autonomía del derecho marítimo *Vid.* FONTESTAD PORTALÉS, L., *El transporte marítimo de mercancías y sus incidencias procesales*, (Tesis Doctoral), Universidad de Málaga (2003), disponible en <https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/2533/16698836.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 453-460. En general, sobre la necesidad de crear nuevos órdenes jurisdiccionales *Vid.* CALAZA LÓPEZ, S., “¿Cuántas Jurisdicciones necesitamos?”, en *Diario La Ley*, nº 9639, 2020.

⁸⁰ Cuya Corte Internacional de Arbitraje se ha convertido en la institución arbitral líder en el mundo.

específicos conocimientos de los árbitros encargados de resolver la controversia⁸¹.

El Arbitraje marítimo⁸², como cualquier otro tipo de arbitraje, se materializa como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes, bien en una cláusula de arbitraje incorporada a un contrato⁸³, bien en un convenio arbitral donde las partes se comprometen a resolver el conflicto surgido, o que vaya a surgir, a través del arbitraje⁸⁴. Sin embargo, debemos reconocer que lo habitual en la práctica marítima es que la mayoría de las pólizas de fletamento (*charter parties*) y los conocimientos de embarque (*bill of lading*), entre otro tipo de contratos⁸⁵, incorporen una cláusula de arbitraje pues los operadores marítimos se muestran cada vez más reticentes a acudir al proceso judicial para resolver sus controversias⁸⁶. Y de ahí una

⁸¹ *Vid.* Documento “Enfoques” de la CCI 20-22. El nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI que entró en vigor el 1 de enero de 2021 se puede consultar en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf> (Último acceso, 11.05.2021).

⁸² Sobre Arbitraje marítimo *Vid.* CASILLAS VÉLEZ, R. C., “Arbitraje marítimo y contratos tipo (Standard contract)”, en *Derecho marítimo internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 360-363.

⁸³ Remitimos al apartado 2.2. en relación con la validez de las cláusulas de arbitraje.

⁸⁴ Tanto las Reglas de Hamburgo (Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, aprobado en Hamburgo el 31 de marzo 1978. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/hamburg_rules_s.pdf. Último acceso, 11.05.2021), que no se aplican en España, en su artículo 22, como el citado Convenio de Nueva York de 1958 y, específicamente, el artículo 1.2 del ya citado Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, hacen referencia a los requisitos del convenio arbitral y la cláusula de jurisdicción. Las Reglas de Rotterdam, por su parte, que todavía no han entrado en vigor por la falta del número de ratificaciones necesarias (Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, hecho en Nueva York el 11 de diciembre de 2008. Ratificadas por España el 19 de enero de 2011. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/rotterdam-rules-s.pdf>. Último acceso, 11.05.2021) regulan específicamente las normas sobre arbitraje aplicables entre los Estados miembros en el capítulo 15, artículos 75-78, mientras que, a pesar de la relevancia que adquiere este instrumento de resolución de conflictos en el sector marítimo, las Reglas de la Haya-Visby no incluyen ninguna regulación específica en materia de arbitraje marítimo (Reglas de La Haya-Visby ratificadas por España y por la generalidad de los países marítimos. Instrumento de Ratificación de 16 de noviembre de 1981, del Protocolo de 21 de diciembre de 1979, que modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 de agosto de 1924 (“Gaceta de Madrid” de 31 de julio de 1930), enmendado por el Protocolo modificativo del Convenio de Bruselas de 23 de febrero de 1968 (Reglas de Visby). El convenio de Bruselas, de 24 de agosto de 1924, para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, conocido también como «Reglas de La Haya», se incorporó a nuestro Derecho por medio de la Ley de Transporte Marítimo de 22 de diciembre de 1949, derogada por Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE nº 180, de 25 de julio de 2014).

⁸⁵ Como compraventa de mercancías o embarcaciones, para la construcción y reparación de embarcaciones, de suministro, de servicios o de salvamento para pequeñas embarcaciones y de barcos de recreo, por ejemplo.

⁸⁶ Sobre las cláusulas de arbitraje marítimo *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Contornos de la sumisión al arbitraje en la contratación marítima internacional”, en *El Arbitraje y la buena Administración de la Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 581-605.

de las principales especialidades del arbitraje marítimo pues, normalmente, estas cláusulas de arbitraje se incorporan en contratos que se basan en formularios tipos⁸⁷ redactados por Organizaciones marítimas como la BIMCO⁸⁸ o la ASBA⁸⁹.

Por otro lado, el arbitraje marítimo se caracteriza porque los árbitros se pueden basar para resolver las controversias marítimas en la conocida *lex mercatoria*⁹⁰. Como afirma, GÓMEZ JENE, la *lex mercatoria* encuentra, precisamente, en el arbitraje comercial internacional su ámbito de aplicación natural. Tanto es así que este autor considera que nuestro legislador, apartándose de la corriente doctrinal que niega la existencia de esta *lex mercatoria*, hace referencia por primera vez a la nueva *lex mercatoria* en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje⁹¹. No obstante, continúa reconociendo que la redacción resulta un tanto ambigua, de tal forma que surgen dudas acerca de si la remisión de la LA es, a la *lex mercatoria* en su acepción clásica, avanzada o, la que considera más acertada, la que parte de la *lex mercatoria* como “method of decision-making. Esto es, lo que no queda claro es si

⁸⁷ BALTIME 139 o GENCON de BIMCO (disponible en <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/balttime-1939-as-revised-2001#>. Último acceso, 11.05.2021) o la NYPE en la que participa ASBA (Disponible en <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/nype-2015>. Última revisión, 11.05.2021), entre las pólizas de fletamento y CONGEBILL, INTANKBILL 78 y VISONBILL, entre los conocimientos de embarque.

⁸⁸ *Baltic and International Maritime Council* (Consejo marítimo internacional y del Báltico. Sobre esta organización marítima se puede consultar <https://www.bimco.org/> (Último acceso, 11.05.2021).

⁸⁹ *Association of Ship Brokers Agents* de Nueva York (Asociación de Agentes de Corredores de Buques de Nueva York), información disponible en <https://www.asba.org/> (Último acceso, 11.05.2021).

⁹⁰ No es el momento de entrar en el análisis de las diversas acepciones de *lex mercatoria*, sin embargo, sí de, al menos, poner de manifiesto que este *ius mercatorum* nace durante la Edad Media como una necesidad de regulación jurídica del comercio internacional que escapaba al ámbito de aplicación del Derecho romano. Sobre los orígenes de la antigua *lex mercatoria* y su evolución hasta la nueva *lex mercatoria* se puede consultar la obra de RENTERÍA DÍAZ, A., “Nueva *lex mercatoria* y globalización: breves notas de teoría general del derecho”, en *Estudios sobre *lex mercatoria*: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2006, pp. 201-224. Sobre la *Lex Mercatoria* Vid. SILVA, J. A., “Resurgimiento de la *lex mercatoria*: la regulación de las relaciones comerciales internacionales”, en *Estudios sobre *lex mercatoria*: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2006, pp. 225-285; GÓMEZ JENE, M., “Lex Mercatoria y arbitraje comercial internacional: el ejemplo de la nueva ley de arbitraje española”, *op. cit.*, pp. 137-151; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina”, en *Estudios sobre *lex mercatoria*: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2006, eLibro, pp. 61-121; OLGIATI, V., (SILVA, J.A. trad.), “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, en *Estudios sobre *lex mercatoria*: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2006, pp. 153-182 y MARRELLA, F., *La nuova Lex Mercatoria – Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Ed. CEDAM Padua, 2003. Para un detenido análisis acerca del debate acerca del concepto de la *lex mercatoria* y su alcance Vid. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Granada 2004, Vol. I, pp. 52-55.

⁹¹ GÓMEZ JENE, M., “Lex Mercatoria y arbitraje comercial internacional: el ejemplo de la nueva ley de arbitraje española”, *op. cit.*, pp. 137 y 141.

el legislador, en este precepto, se está refiriendo a un conjunto de usos, contratos-tipos, etcétera, que regulan únicamente aspectos concretos de la contratación internacional; si se está refiriendo a la *lex mercatoria* entendido como verdadero ordenamiento jurídico y que, como tal, estaría codificado, o si, por el contrario, contempla la posibilidad de referirse a la *lex mercatoria* como método⁹². No obstante, sin entrar en detalles, dado que excede en mucho del ámbito de este trabajo, no podemos dejar de advertir que, en la actualidad, y del mismo modo que en la Edad Media, los empresarios y comerciantes se han visto en la necesidad de crear un sistema normativo supranacional para hacer frente a la nueva realidad comercial internacional que reclama, además, la implementación de las nuevas tecnologías en el tráfico comercial marítimo⁹³.

El arbitraje marítimo se caracteriza, además, por la existencia de centros arbitrales internacionales especializados en la resolución de disputas marítimas como, por ejemplo, la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres (LMAA), la Sociedad de Árbitros Marítimos de Nueva York (SMA), la Chambre Arbitrale Maritime de Paris (CAMP), la Comisión de Arbitraje Marítimo de Tokio (TOMAC), la Cámara de Arbitraje Marítimo de Singapur (SCMA) y la Comisión de Arbitraje Marítimo de China (CMAC)⁹⁴. Además, aun cuando, precisamente, en el arbitraje marítimo, se tiende al arbitraje *ad hoc*, es decir, al que determinen las partes en su convenio arbitral que se caracteriza por ser más flexible, rápido y económico que el arbitraje institucional, los arbitrajes tanto ante la LMAA como la SMA y la SCMA son arbitrajes *ad hoc*⁹⁵.

Además de estas ventajas o especialidades, el arbitraje marítimo, participa de las que presenta cualquier arbitraje en general: la autonomía de

⁹² *Ibidem*. P. 142.

⁹³ Para estudiar en profundidad esta materia *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Ius Mercatorum Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid 2004. Un análisis del alcance del nuevo concepto de *lex mercatoria* se puede encontrar en el apartado II de la Segunda parte dedicado a la “Identificación de la llamada nueva o moderna *lex mercatoria*” de la citada obra de SILVA, J. A., “Resurgimiento de la *lex mercatoria*: la regulación de las relaciones comerciales internacionales”, *op. cit.*, pp. 253-264. Sobre el impacto de la inteligencia artificial en el transporte marítimo de mercancías *Vid.* FONTESTAD PORTALÉS, L., *Navegando hacia el futuro: propuestas de reformas procesales en la LNM y el impacto de la inteligencia artificial en el transporte marítimo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2021, pp. 229-254.

⁹⁴ Un efecto del Brexit en relación con el arbitraje marítimo en Londres fue precisamente la creación en el año 2017, *The Nordic Offshore and Maritime Arbitration Association* (“*Nordic Arbitration*”), como iniciativa de las asociaciones de derecho marítimo de los países nórdicos para ofrecer una alternativa al arbitraje, tanto marítimo como de otras disciplinas, en Londres. Las reglas de *Nordic Arbitration* (NOMA), se pueden consultar en https://352fbe8e-53db-4e97-b204-4fd74eea48b2.filesusr.com/ugd/b8353b_4274e51b4dc44c2ebc8892ad4baf15fc.pdf (Último acceso, 13.05.2021).

⁹⁵ *Vid.* GREGORI, M., “Maritime Arbitration Among Past, Present and Future”, *New challenges in maritime law: de lege lata et de lege ferenda*, Ed. Bonomo, Bolonia 2015, pp. 329-349.

la voluntad de las partes⁹⁶, la privacidad, confidencialidad⁹⁷, flexibilidad, la rapidez en obtener la decisión del árbitro y que ésta recaer en personas expertas en cuestiones marítimas. Tanto es así que, al arbitraje marítimo, como especie del género arbitraje en general, le resultan de aplicación, además de las disposiciones a las que hemos hecho referencia anteriormente, como normas uniformes de derecho marítimo los, ya citados, Convenios de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros de 1958 y, en el ámbito europeo, el de Ginebra sobre la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de 1961. Precisamente, la facilidad en cuanto al procedimiento de reconocimiento y ejecución de los laudos frente a las sentencias, al menos fuera del ámbito de la Unión Europea⁹⁸, supone, junto a la irrecorribilidad del laudo, una ventaja del arbitraje en general⁹⁹.

⁹⁶ Sobre la autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje y sus manifestaciones, *Vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, J.M Bosch, Barcelona 2017, pp. 17-102.

⁹⁷ La doctrina pone manifiesto que esta característica del arbitraje impide la elaboración de una jurisprudencia arbitral marítima consistente que, también, contribuiría a evitar controversias futuras puesto que, excepto autorización expresa de las partes, los laudos deben ser confidenciales. Es más, no existe el reconocimiento legal del deber de confidencialidad en el arbitraje pues, ni el legislador nacional, ni los tratados internacionales, lo reconocen expresamente. En opinión de BARONA VILAR dicho reconocimiento legal de confidencialidad no es necesario desde el momento en que los que participan en el arbitraje deben guardar confidencialidad en relación con el procedimiento arbitral. *Vid.* BARONA VILAR, S., (coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Ed. Thomson-Cívitas, Madrid 2004, p. 907. Efectivamente, el artículo 24.2 LA establece que “Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”. En esta misma línea, COHEN, “A New Yorker looks at London Maritime Arbitration”, en *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1986, pp. 76-77. Sobre la privacidad y confidencialidad del laudo *Vid.* CHÁVEZ BARDIALES, “Nuevas perspectivas sobre la privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, n° 3, 2008/2009 (disponible en <https://issuu.com/limaarbitration/docs/enrique-chavez-bardales>. Último acceso, 13.05.2021). Ello no es óbice para que, por ejemplo, la ICC publique sus laudos arbitrales, como, por ejemplo, en la *Colección de laudos arbitrales de la ICC 2008-2011*, Vol. VI, Ed. Kluwer Law International, 2013. Igualmente, tribunales arbitrales como el citado SMA de Nueva York, publican habitualmente sus laudos en consonancia con lo establecido en sus propias Reglas pues, salvo acuerdo en contrario, las partes consienten en publicar el laudo emitido (*Vid.* SMA Awards Service, disponible en <https://www.smany.org/publications-the-arbitrator.html>. Último acceso, 13.05.2021).

⁹⁸ Es del conocimiento general que en el ámbito de la Unión Europea desaparece la complejidad para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales como consecuencia del, reiteradamente citado, Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁹⁹ *Cfr.* Artículo 43 LA sobre la cosa juzgada y revisión de laudos. La anulación del laudo es otro de los puntos controvertidos del arbitraje en relación con la duración del procedimiento arbitral, dado que los árbitros para evitar una posible anulación del laudo se muestran cautelosos y conservadores a la hora de tomar sus decisiones. Precisamente en relación con el excesivo número de anulaciones de los laudos por parte de los jueces, el TC en la reciente sentencia de 15 de febrero de 2021 (STC 17/2021, Sala Primera, de 15 de febrero de 2021. BOE n° 69, de 22 de marzo de 2021. ECLI:ES:TC:2021:17), limita dicho control judicial de los laudos. En este sentido, *Vid.* CASTEDO F., “El “orden público” como motivo de anulación del laudo arbitral en la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, n° 6, 2021. En relación con esta materia, resulta imprescindible la lectura

Sin embargo, no todo son bondades en el uso de este método herocompositivo de resolución de conflictos en el sector marítimo o, mejor, algunas de sus tradicionales ventajas parece que comienzan a desdibujarse desde el momento en que, en la actualidad, ni se obtiene la decisión de manera tan rápida ni resulta ser un procedimiento tan económico, al menos, en lo que al arbitraje internacional se refiere.

Efectivamente, afirma MULLERAT BALMAÑA que “... poco a poco el arbitraje va dejando de ser un sistema sencillo de dirimir contienda entre dos partes sometiéndolas a un tercero para devenir un proceso largo, complejo y caro”¹⁰⁰. Las razones, según este autor, no son otras que, por un lado, el incremento tanto en las cuantías objeto de disputas como en el hecho de que, cada vez más, se asiste a un arbitraje multiparte en este tipo de conflictos en el sector del comercio internacional¹⁰¹. Por otro lado, el procedimiento arbitral es cada vez más lento, porque se incorporan técnicas y estrategias a imagen de lo que sucede en los procedimientos judiciales, lo que supone un retraso, sin duda, en la obtención de la decisión arbitral a pesar de que el plazo medio de duración del arbitraje se establece, normalmente, en seis meses¹⁰². Hasta tal punto esto es así que, ya en el año 2012, se afirma que “el arbitraje se ha alargado y encarecido de forma que el ahorro de tiempo y de coste puede devenir un estereotipo mítico”¹⁰³.

de los diferentes trabajos publicados en el Ejemplar dedicado a: *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 6, 2021. En relación con el control judicial en el arbitraje *Vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, *op. cit.*, pp. 139-154.

¹⁰⁰ *Vid.* MULLERAT BALMAÑA, R., “El tiempo y coste del arbitraje: cómo mantener el estereotipo”, en *La Notaria*, nº 4/2011-1/2012, p. 80.

¹⁰¹ Sobre el arbitraje con multiplicidad de partes y sus ventajas e inconvenientes. *Vid.* por todos “Conducción eficaz del Arbitraje”, de la Cámara de Comercio Internacional de París, pp. 25-26 (disponible en <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-spanish-version.pdf>. Último acceso, 13.05.2021).

¹⁰² *Vid.* artículo 37.2 LA. Igualmente, la Cámara Española de Arbitraje (CEA) afirma que la duración media de los procedimientos arbitrales que se resuelven ante el Arbitraje de la Corte, no supera los 9 meses (Datos disponibles en la web de la CEA, <https://www.cearbitraje.com/es>. Última consulta, 13.05.2021). El artículo 38 del Reglamento de procedimiento del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) establece que el laudo se dictará en el plazo de 6 meses desde la celebración del acto (Reglamento del TAB disponible en https://tab.es//PDF/NORMATIVA/Reglamento_tab_castellano_27nov20.pdf. Último acceso, 13.05.2021). Igualmente, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el artículo 31 del nuevo reglamento sobre arbitraje, que entró en vigor el 1 de enero de 2021, determina un plazo de 6 meses (Disponible en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf>. Última versión, 13.05.2021). El mismo plazo prevé la Cámara de Arbitraje Marítimo de París en su artículo XVI de las Reglas de Arbitraje en vigor desde septiembre de 2020 (Disponible en <https://www.arbitrage-maritime.org/CAMP-V3/arbitration-rules/#16>. Último acceso, 13.05.2021).

¹⁰³ *Íbidem*.

Aun cuando tradicionalmente se ha afirmado que el proceso arbitral es mucho más económico en comparación con los costes de un proceso jurisdiccional, lo bien cierto es que el hecho de que el arbitraje sea cada vez más lento, por las razones que acabamos de exponer, provoca que sea también un procedimiento cada vez más caro, sobre todo en el ámbito marítimo donde, como todos sabemos, el tiempo es dinero. Así, cuanto más lento sea el proceso arbitral, más caro resulta¹⁰⁴. Si bien debemos reconocer que no siempre será así, pues existen centros de arbitraje que determinan los costes exclusivamente en función de las cantidades reclamadas en cada arbitraje¹⁰⁵.

Dado que una consecuencia lógica de que el proceso arbitral se extienda en el tiempo es que se incrementen los costes económicos, en los últimos años, se están revisando las normas de arbitraje, no solamente por parte de los respectivos legisladores, sino también por parte de las diferentes asociaciones de arbitraje que tienden a incorporar en sus Reglas, procedimientos arbitrales más cortos para reclamaciones de menor cuantía o de menor complejidad. Son los conocidos *Fast track* para la resolución de conflictos que se basan en una reducción de los trámites y de los plazos, por ejemplo, limitando el número de testigos o eliminando las audiencias¹⁰⁶.

La preocupación del incremento de los costes económicos ha llevado a las instituciones o asociaciones arbitrales a realizar diversos estudios con el objetivo de mantener las principales y tradicionales ventajas del arbitraje: tiempo y dinero¹⁰⁷. Sobre la base de estos estudios e informes, la doctrina

¹⁰⁴ No obstante, teniendo en cuenta que la duración media de un proceso ante el juzgado de lo mercantil, aunque se trata de estadísticas referidas a procesos concursales y del año 2019 al no estar disponibles los datos del año 2020, es de 54'9 meses, según la propia Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/> (último acceso, 13.05.2021).

¹⁰⁵ Por ejemplo, la Corte de Arbitraje de Madrid publica en su página web, junto a las Reglas de los costes del arbitraje, un calculador de costes. De este modo para, por ejemplo, una reclamación de 20.000€, los costes ascenderían a un total (IVA incluido) de 9.477,69 €. disponible en <https://arbitramadrid.com/calculador-de-costes> (Último acceso, 13.05.2021).

¹⁰⁶ Vid. como ejemplo, el *Small Claims Procedure of Hong Kong Maritime Arbitrations* que, basado fundamentalmente en la versión de 2017 del *Small Claims Procedure* de la LMAA, ofrece la posibilidad de resolver los conflictos marítimos de forma eficiente, pero también a unos costes económicos más reducidos (Información disponible en <https://www.hkmag.org.hk/resources>. Último acceso, 13.05.2021) o el *Shortened Arbitration Procedure* de la SMA de Nueva York (disponible en <https://www.smany.org/arbitration-S-rules-sep-15-2010.html>. Último acceso, 13.05.2021).

¹⁰⁷ Vid. por todas, Notas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 2016 sobre la organización del proceso arbitral <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/arb-notes-2016-ebook-s.pdf>. (Último acceso, 13.05.2021) y el Informe de la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI disponible en español sobre "Control del tiempo y los costos del Arbitraje", en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration->

elabora una serie de recomendaciones para lograr que los usuarios dejen de plantearse los motivos por los que resulta aconsejable acudir al arbitraje para resolver sus controversias¹⁰⁸. No en vano, principalmente, la mediación, así como otras vías de solución de conflictos¹⁰⁹, han aparecido en la escena del tráfico marítimo, siendo así que no son pocas las instituciones y asociaciones marítimas arbitrales¹¹⁰ que ofrecen y regulan, también, la mediación y/o la conciliación lo que, sin embargo, debemos reconocer que no ha traído consigo una disminución de los asuntos sometidos arbitraje marítimo¹¹¹.

4. ARBITRAJE MARÍTIMO EN LONDRES: REGLAS DE LA LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION

La razón que nos lleva a hacer expresa referencia a las Reglas de la *London Maritime Arbitrators Association* (LMAA) al hablar del posible impacto del Brexit en el arbitraje marítimo en Londres¹¹² no es otra que el hecho

commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-spanish-version.pdf. Último acceso, 13.05.2021).

¹⁰⁸ Vid. por todos, MULLERAT BALMAÑA, R., “El tiempo y coste del arbitraje: cómo mantener el estereotipo”, en *La Notaría*, pp. 81-87 y el nuevo Reglamento de Arbitraje de la citada Corte Internacional de Arbitraje, en cuyo apéndice IV, se incorporan las “Técnicas para la conducción del caso”, disponible en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf> (Último acceso, 13.05.2021).

¹⁰⁹ Sobre la mediación marítima Vid. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “La mediación en el ámbito jurídico internacional: El caso marítimo”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Ed. Netbiblo, Madrid 2010, pp. 308-316 y FONTESTAD PORTALÉS, L., “En busca de nuevas soluciones procesales y extraprocesales en el transporte marítimo de mercancías”, en *Revista de Derecho del Transporte, op. cit.*, pp. 103-146. Sobre los métodos híbridos y otros métodos extraprocesales de resolución de conflictos. Vid. por todos MARTÍN DIZ, F., “La “Segunda Generación” de medios extrajudiciales en la resolución de conflictos: Arb-Med y Med-Arb”, en *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Ed. Bosch 2016 y LALAGUNA HOLZWARTH, M., “La aplicación en España de Med-Arb, Arb-Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 4, 2020.

¹¹⁰ Este es el caso de las citadas SMA de Nueva York y LMAA de Londres, que hacen referencia a la mediación, o la Cámara de Arbitraje Marítimo de París (CAMP) que regula la conciliación. En este aspecto, resulta de interés el Panel Internacional para la Conciliación y Mediación Marítimas (MCMR) basadas en el Reglamento de Conciliación de UNCITRAL de 1980. Para un estudio más detallado de estas Reglas Vid. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “La mediación en el ámbito jurídico internacional: El caso marítimo”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Ed. Netbiblo, Madrid 2010, pp. 308-316. Una guía práctica en español del Arbitraje ante la *Society of Maritime Arbitrators* de Nueva York se puede encontrar en <https://www.smany.org/new-york-maritime-arbitration-guide-spanish.html> (Último acceso, 14.05.2021).

¹¹¹ La LMAA, que continúa liderando el arbitraje marítimo internacional, ha recibido 3010 asuntos, la mayor cifra desde el año 2015 y 1775 asuntos más que en el año 2019 (Información disponible en <https://www.maritimelondon.com/news/london-continues-to-lead-in-maritime-arbitration>, Último acceso, 13.05.2021). Vid. *Supra*. nota a pie nº. 7.

¹¹² Resulta de obligada lectura la obra de ROCA LÓPEZ, M., y CALDIN, H., *El Arbitraje marítimo en Londres*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2007. Sobre el arbitraje marítimo en Londres, aunque basado en leyes anteriores a la *Arbitration Act* de 1996 vigente en la actualidad, resulta interesante la lectura

incuestionable de que ante dicho tribunal arbitral se celebran aproximadamente el 83% de los procesos arbitrales implicados en la resolución de conflictos sobre transportes marítimos en todo el mundo¹¹³ y, fundamentalmente, porque sus Reglas de arbitraje sirven de base¹¹⁴, cuando no se utilizan, en el arbitraje marítimo a nivel mundial.

Es cierto que según refleja el informe, de julio de 2020, de una de las mayores empresas transportistas del mundo, Holman Fenwick Willan (HFW), denominado “*Shipping insight: who rules the waves?*”, el arbitraje de Londres sufrió un pequeño descenso en el año 2017 tras la votación del Brexit. Sin embargo, durante los años 2019 y 2020, las estadísticas demuestran un nuevo incremento de solicitudes de arbitrajes marítimos en Londres, por lo que podemos afirmar que continua a la vanguardia y conserva su posición como centro de arbitraje marítimo internacional dominante a pesar del aumento de la competencia mundial¹¹⁵. Londres continúa siendo, sin duda alguna, la opción prioritaria para la resolución de conflictos derivados del transporte marítimo internacional como así se concluye en el mencionado informe¹¹⁶.

Como pone de manifiesto TASSIOS, los motivos por los que las partes en conflicto en el ámbito del sector marítimo se decantan por Londres

de la obra PATTON, E., y PITMAN J., “Transporte y comercio: el arbitraje en Londres en la actualidad”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 41, 1987, pp. 123-140.

¹¹³ Ello no es óbice para, al menos, reconocer como centros de arbitraje relevantes también en Londres, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, conocida como LCIA, e, incluso, la propia ICC.

¹¹⁴ Este es el caso de la Cámara de Arbitraje Marítimo de Singapur cuyas Reglas sientan sus bases en las Reglas de la LMAA. Singapur, junto a Hong Kong, se han convertido en los dos países más fuertes para hacer la competencia a los tribunales arbitrales de Londres en el mercado global de resolución de conflictos con un equivalente aproximado del 13% del número de casos de arbitraje marítimo de Londres, con 229 nuevos arbitrajes internacionales repartidos entre el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC), la Cámara de Arbitraje Marítimo de Singapur (SCMA) e ICC, entre otros. Las Reglas de arbitraje y las estadísticas de asuntos marítimos sometidos a la SCMA se pueden consultar en <https://scma.org.sg/> y para SIAC, <https://www.siac.org.sg/> (Últimos accesos, 14.05.2021). Para más información acerca del Grupo de Arbitraje Marítimo de Hong Kong (HKMAG) se puede consultar su página web: <https://www.hkmag.org.hk/home> (Últimos acceso, 14.05.2021). Concretamente, en relación con SIAC, supone un importante incremento de asuntos sometidos a su resolución durante el año 2020 como así se refleja en el estudio realizado por CLANCHY, J., “Arbitrations without arbitrators: an institutional paradox” el día 8 de abril de 2021, disponible en <https://www.lexisnexis.co.uk/blog/dispute-resolution/arbitrations-without-arbitrators-an-institutional-paradox> (Último acceso, 14.05.2021).

¹¹⁵ Estadísticas disponibles en la web de la LMAA donde, curiosamente, se refleja el importantísimo descenso del interés por las partes para resolver sus conflictos marítimos a través de la mediación ante esta Asociación Arbitral, que pasa de 223 mediaciones en el año 2014 a 22 en el año 2020 (<https://lmaa.london/wp-content/uploads/2021/02/Statistics-2020-For-Website.pdf>. Último acceso, 14.05.2021).

¹¹⁶ *Vid.* Informe de HFW: “*Shipping insight: who rules the waves?*”, disponible <https://www.hfw.com/downloads/002203-HFW-Maritime-Arbitration-in-Numbers-July-2020.pdf> (último acceso, 14.05.2021).

es, por un lado, por su larga tradición de arbitraje marítimo y, por otra, por la objetividad tanto de los tribunales, conocidos por su neutralidad e imparcialidad, como de los árbitros y abogados ingleses. Asimismo, destaca este autor la profesionalidad de los árbitros como una de las características reseñables del arbitraje de Londres por su dedicación a tiempo completo, que les permite adquirir gran experiencia en un período de tiempo más corto que los árbitros a tiempo parcial, por ejemplo, ya que los árbitros que se dedican a tiempo completo, lógicamente, reciben mayor número de nombramientos. Esto no significa que, como reconoce este autor, el arbitraje marítimo en Londres esté exento de críticas, pues se afirma que se trata de un tribunal de arbitraje en el que participan en su mayoría, aunque también participen fletadores o capitanes marítimos, por ejemplo, abogados que carecen de conocimientos prácticos específicos en comercio y en transporte marítimo¹¹⁷.

Sin entrar en el devenir histórico de la LMAA que, aunque como ya sabemos fue fundada en 1960¹¹⁸ pero sus raíces y tradiciones se remontan a más de 300 años en la historia de la *Baltic Exchange*, lo primero que debemos advertir es que las Reglas de LMAA se llevan a cabo bajo la *Arbitration Act* de 1996¹¹⁹, que es la que rige para todos los arbitrajes en Londres¹²⁰. Estas Reglas o *Terms* de la LMAA, en su versión de 2021, se aplicarán, según determina la Regla 4, a los procedimientos arbitrales iniciados después del 1 de mayo de 2021.

La LMAA no supone una institución arbitral, sino que ofrece un arbitraje *ad hoc*, como advertíamos anteriormente. En este sentido, como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes, éstas podrán incluir en

¹¹⁷ TASSIOS, P. N., “Choosing the Appropriate Venue: Maritime Arbitration in London or New York?”, *Journal of Intl Arb*, vol. 21, nº 4, 2004, pp. 355-365. Por contra, sin embargo, Derek Hodgson, ex Presidente del Comité Marítimo de la Asociación Internacional de Abogados, afirma que los árbitros en Londres para los arbitrajes marítimos se eligen de entre una lista muy corta, aproximadamente unos 33 miembros de pleno derecho de la LMAA, por lo que todos los que ejercen en esta área del derecho saben que siempre aparecen las mismas caras en este tipo de arbitrajes. Continúa Hodgson afirmando que se puede ir cualquier día a *Kusels* y ver a los mismos árbitros entregando sus laudos arbitrales a los mismos abogados (*solicitors or barristers*) —Traducción propia—. *Vid.* RHODES-VIVOUR, D., “The agreement to arbitrate – a primary tool for the resolution of maritime disputes”, en <https://drvlawplace.com/publications/>, pp. 14-15 (Último acceso, 14.05.2021). A título indicativo advertir que en la actualidad son 37 los árbitros de pleno derecho de la LMAA cuya especialidad se puede consultar en la web de la Asociación: <https://lmaa.london/arbitrators-full-members/> (Último acceso, 14.05.2021).

¹¹⁸ *Vid. Supra*. nota a pie nº 7.

¹¹⁹ Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf> (Último acceso, 14.05.2021).

¹²⁰ La propia LMAA resulta de aplicación también a arbitrajes fuera del ámbito marítimo, tal y como prevé el artículo 3, cuando afirma que “The purpose of arbitration according to these Terms is to obtain the fair resolution of maritime *and other disputes*...”. (la cursiva es nuestra).

sus contratos las cláusulas que incorporen las normas aplicables al arbitraje, en este caso, las normas de la LMAA¹²¹.

Al igual que en la versión anterior de 2017, LMAA Terms 2021 prevé dos procedimientos arbitrales:

- 1) Procedimiento de reclamaciones intermedias (ICP)¹²²
- 2) Procedimiento de reclamaciones de menor cuantía (SCP)¹²³, más barato y rápido que el anterior.

No es nuestro propósito entrar en el análisis de las Reglas de esta Asociación de arbitraje, ni en el desarrollo pormenorizado de los diferentes procedimientos arbitrales de la LMAA¹²⁴, nuestro propósito es poner de relieve las cuestiones más novedosas de esta nueva versión de las Reglas LMAA¹²⁵ y las medidas que se han tenido que adoptar para hacer frente a las consecuencias negativas que ha traído consigo el COVID-19 como, por ejemplo, el uso de la videoconferencia en el procedimiento arbitral para las audiencias¹²⁶, y el Brexit que parece que trae como consecuencia que, ya desde el año 2018, la LMAA, *Arbitration Clause* incluya la posibilidad de desarrollar las vistas o audiencias, sin que ello afecte a la sede del Arbitraje, fuera del territorio del Reino Unido¹²⁷. Como novedad, en esta última revisión de las

¹²¹ En este caso, salvo pacto en contrario, al someterse a las Reglas LMAA, la ley aplicable al arbitraje sería la ley inglesa, y la sede del mismo, Inglaterra. *Cfr.* Regla 6 LMAA Terms 2021. Para todo lo que no regule expresamente las Reglas LMAA 2021, rige con carácter supletorio, el citado *Arbitration Act* de 1996.

¹²² El PCI resulta de aplicación en aquellos casos en los que la reclamación o reconvencción supere la suma acordada en el SCP y siempre que la reclamación y reconvencción no superen la cantidad de 400.000 dólares (o cualquier otra cantidad acordada por las partes). *Vid.* <https://lmaa.london/wp-content/uploads/2021/04/LMAA-Intermediate-Claims-Procedure-2021.pdf> (Último acceso, 14.05.2021).

¹²³ El SCP es el procedimiento adecuado para los supuestos en los que ni la reclamación, ni la reconvencción supere la suma de 100.000 dólares (o cualquier otra cantidad acordada por las partes). <https://lmaa.london/wp-content/uploads/2021/04/LMAA-Small-Claims-Procedure-2021.pdf> (Último acceso, 14.05.2021).

¹²⁴ Un esquema del procedimiento arbitral estándar basado en la versión de las Reglas LMAA 2017, pero que en nada han cambiado en relación con la versión de 2021, se puede encontrar en la publicación de AMBROSE, C., MAXWELL, K., COLLETT, M., *London Maritime Arbitration*, Ed. Routledge, 2018. Disponible el Apéndice L (i) en <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/05/LMAA-Standard-Procedure-Diagram.pdf> (Último acceso, 14.05.2021).

¹²⁵ La propia LMAA publica un comentario sobre la nueva versión de las Reglas LMAA 2021, en el que se refleja que no existen cambios relevantes en relación con la versión de 2017 pues el cambio va más dirigido a la adaptación de las mismas a las nuevas realidades tales como el incremento en el uso de las nuevas tecnologías en el procedimiento arbitral, por ejemplo, el uso de las videoconferencias para las audiencias (disponible en <https://lmaa.london/wp-content/uploads/2021/05/COMMENTARY-ON-THE-LMAA-TERMS-2021.pdf> (último acceso, 14.05.2021).

¹²⁶ *Cfr.* Artículo 15 c) LMAA *Terms*. Se incluye también un Anexo, el Sexto, donde se incluyen las directrices para la realización de audiencias virtuales y semivirtuales.

¹²⁷ *Vid.* RODRIGO DE LARRUCEA, J., “Los efectos del Brexit sobre el negocio marítimo. Especial referencia a las nuevas cláusulas de la London Maritime Arbitration Association (LMAA)”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, *op. cit.*, p. 122.

Reglas, se incluye la firma electrónica para los laudos en la Regla 24. Así, se confirma que los miembros del tribunal no necesitan ya reunirse para firmar o corregir el laudo, sino que pueden firmarlo electrónicamente, salvo pacto en contrario de las partes¹²⁸.

5. CONCLUSIONES SOBRE EL IMPACTO DEL BREXIT EN EL ARBITRAJE MARÍTIMO DE LONDRES

Ninguno de los motivos por los que los operadores marítimos en conflicto eligen el arbitraje marítimo en Londres y, más concretamente, el arbitraje bajo las reglas de la LMAA, depende de la pertenencia o no del Reino Unido a la Unión Europea. Sin duda alguna, para cualquier Estado parte de la Convención de Nueva York, la salida del Reino Unido de la Unión Europea no supondrá problema alguno a la hora del reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en Londres. Es más, los laudos de la LMAA serán, igualmente, ejecutables en los Estados miembros de la Unión Europea en aplicación del citado Convenio de Nueva York.

No parece que la salida del Reino Unido de la Unión Europea suponga, por tanto, un impacto negativo en lo que a la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el Reino Unido se refiere, por lo que, en relación con la resolución de conflictos marítimos, sin duda, Londres continuará constituyendo, pese al Brexit, el centro de resolución de controversias marítimas por excelencia. Es más, el arbitraje marítimo en Londres podría verse reforzado ante la nueva situación jurídica tras el Brexit y ver incrementado su atractivo como alternativa a la jurisdicción ante la incertidumbre que surge en torno al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales al margen de la Unión Europea. Mas aún si cabe, tras la consideración de la Comisión Europea de que la UE no debe dar su consentimiento a la adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano de 2007 remitiendo a los Convenios de La Haya para la cooperación futura entre la Unión Europea y el Reino Unido en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil.

Como afirma ROCA LÓPEZ en relación con el Arbitraje marítimo en Londres, “Londres sigue disfrutando con mejor salud que nunca dado que el Brexit (...), no ha influido en lo más mínimo para que Londres ceda un solo centímetro de terreno como el líder mundial de resolución de disputas

¹²⁸ Para un análisis completo de las Reglas LMAA, aunque en la versión de 2006, resulta de imprescindible lectura ROCA LÓPEZ, M., “El arbitraje marítimo en Londres”, en *Derecho procesal y derecho marítimo* (ebook), Fontestad Portalés (dir), Ed. Aranzadi, 2021, s.p.

marítimas por medio del arbitraje”¹²⁹. Otra cosa es que, como afirma ALCÁNTARA GONZÁLEZ al hilo de la crítica a la redacción de los artículos 251 y 468 LNM, “... con la LNM en la mano, siempre que resulte aplicable, el futuro del Arbitraje Marítimo en el contexto nacional e internacional se torna más incierto aún”¹³⁰.

III. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 6, 2021.
- ADRAGNA, E., “Arbitraje marítimo”, en *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, nº 241, 2010, pp. 581-591.
- ALBORS, J., “El seguro de Protección e Indemnización (P&I)”, en *Los contratos sobre el buque en derecho español: análisis práctico*, Ed. Dykinson, Madrid 2018.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México 1974, I.
- *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 1974.
- ALCÁNTARA GONZÁLEZ, J.M., “El arbitraje en la Ley de Navegación Marítima”, en <https://amyavigo.es/es/el-arbitraje-en-la-ley-de-navegacion-maritima/> (último acceso, 21.04.2021), septiembre 2020.
- ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Una acertada orientación jurisprudencial en relación a la validez y alcance de la cláusula sumisoria a favor de tribunal extranjero contenida en un conocimiento de embarque. Comentario al auto de 13 de febrero de 2019 de la AAP de Barcelona (sección 15)”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2019), Vol. 11, nº 2, pp. 388-401.
- AZUNI, D.A., (De Rodas, R., trad.), *Sistema universal de los principios del derecho marítimo de la Europa*. Gómez Fuentenebro y Compañía, Madrid 1803.
- BARONA VILAR, S., en “Psicoanálisis del arbitraje en la sociedad digital y líquida del siglo XXI. Entre la deconstrucción y la caquexia”, en *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020.
- *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2ª edición, Madrid 2011.
 - *Nociones y principios de las ADR solución extrajudicial de conflictos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
 - *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2007.
 - “Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI* (coord. por Silvia Barona Vilar), Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona 2007.
 - *Introducción al derecho procesal, Derecho Procesal I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021.
- CABALLERO M., “Los Clubes de Protección e Indemnización (P&I)”, en *Los contratos sobre el buque en derecho español: análisis práctico*, Ed. Dykinson, Madrid 2018.
- CALAZA LÓPEZ, S., “¿Cuántas Jurisdicciones necesitamos?”, en *Diario La Ley*, nº 9639, 2020.
- CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Granada 2004, vol. I.

¹²⁹ Cfr. ROCA LÓPEZ, M., “El arbitraje marítimo en Londres”, en *Derecho procesal y derecho marítimo*, op. cit., s.p.

¹³⁰ Cfr. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, J.M., “El arbitraje en la Ley de Navegación Marítima”, en <https://amyavigo.es/es/el-arbitraje-en-la-ley-de-navegacion-maritima/> (último acceso, 21.04.2021), septiembre 2020.

- CARBONE, S., *Lo spazio giudiziario in materia civile e commerciale*, Turín 2009.
- CARRERAS LLANSANA, J., “Las fronteras del juez” en *Estudios de Derecho Procesal* (con Fenech), Barcelona 1962.
- CASILLAS VÉLEZ, R. C., “Arbitraje marítimo y contratos tipo (Standard contract)”, en *Derecho marítimo internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- CASTEDO, F., “El “orden público” como motivo de anulación del laudo arbitral en la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 6, 2021.
- CATALÁN CHAMORRO, M.J., “El salto definitivo del arbitraje electrónico a través de la inteligencia artificial”, en *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020.
- CHÁVEZ BARDIALES, “Nuevas perspectivas sobre la privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, nº 3, 2008/2009.
- CHECA MARTÍNEZ, M., “Brexit y Cooperación Judicial Civil Internacional: opciones para Gibraltar”, en *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*, num. 3, 2018-2019.
- CHILLÓN MEDINA, J.M., y MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje interno e internacional*, Madrid 1991.
- COHEN, “A New Yorker looks at London Maritime Arbitration”, en *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1986.
- CONTALDI, G., “Le clausole di proroga della giurisdizione contenute in polizze di carico ed il nuovo testo dell’art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, nº 34, Fasc. 1.
- D’ORS, A., *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Madrid 1973.
- ESPINOSA CALABUIG, R., “Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el artículo 17 privado del Convenio de Bruselas de 1968. (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de marzo de 1999, Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA, C-159/97)”, en *La Ley*, nº 4, 2000 (LA LEY 11073/2001).
- ESPLUGUES MOTA, C., *Arbitraje marítimo internacional*, Ed. Thomson Civitas, Madrid 2007.
- “Some Current Developments in International Maritime Arbitration”, disponible en file:///Users/usuario/Downloads/SSRN-id1952777.pdf
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, J.M Bosch, Barcelona 2017.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 2, octubre 2018.
- “Contornos de la sumisión al arbitraje en la contratación marítima internacional”, en *El Arbitraje y la buena Administración de la Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
 - “Un nuevo mundo jurídico: la lex mercatoria en América Latina”, en *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2006, eLibro.
 - *Ius Mercatorum Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid 2004.
- FONTESTAD PORTALÉS, L., “En busca de nuevas soluciones procesales y extraprocesales en el transporte marítimo de mercancías”, en *Revista de Derecho del Transporte*, nº 26, 2020.
- *Navegando hacia el futuro: propuestas de reformas procesales en la LNM y el impacto de la inteligencia artificial en el transporte marítimo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2021.
 - *El transporte marítimo de mercancías y sus incidencias procesales*, (Tesis Doctoral), Universidad de Málaga, disponible en <https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/2533/16698836.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 453-460.
- FRANCO CONFORTI, O.D., “Aspectos básicos y prácticos del arbitraje comercial internacional”, en *La Ley*, nº 8612, Sección Doctrina, de 24 de septiembre de 2015 (Ref. D-347).
- FUENTES CAMACHO, V., “¿Puede afectar una cláusula de sumisión expresa incluida en un conocimiento de embarque a una aseguradora que alega no haberla suscrito? [Algunas reflexiones

- en torno a la STS (Sala 1.^a) de 29 de septiembre de 2005]”, en *Diario La Ley*, nº 6390, de 30 de diciembre de 2005.
- GABALDON GARCÍA, J.L., “Sobre las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque: Una propuesta legislativa”, disponible en <https://www.ime.es/?s=gabaldon+garc%C3%ADa> (último acceso 20.04.2021).
- GREGORI, M., “Maritime Arbitration Among Past, Present and Future”, *New challenges in maritime law: de lege lata et de lege ferenda*, Ed. Bonomo, Bolonia 2015, pp. 329-349.
- GÓMEZ JENE, M., “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación marítima”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2014, Vol. 6, nº 2.
- “Lex Mercatoria y arbitraje comercial internacional: el ejemplo de la nueva ley de arbitraje española”, *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2006, eLibro.
- GONZÁLEZ PELLICER, J.M., “Sobre el artículo 468 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, en *Diario La Ley*, nº 8354, de 15 de julio de 2014.
- GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Barcelona 1956.
- HERCÉ QUEMADA, *Derecho procesal civil* (con Gómez Orbaneja), Madrid 1979, II.
- “Amigable composición”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona 1950, II.
- IRÁCULIS ARREGUI, N., “La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima”, *Revista de Derecho del Transporte*, nº 19, 2017.
- LALAGUNA HOLZSWARTH, M., “La aplicación en España de Med-Arb, Arb-Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 4, 2020.
- LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “La mediación en el ámbito jurídico internacional: El caso marítimo”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Ed. Netbiblo, Madrid 2010.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., y MARTÍNEZ, A., “El reconocimiento y ejecución en España de Resoluciones Judiciales dictadas en Reino Unido tras el Brexit”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 54, 2020, pp. 105-122.
- LÓPEZ DE GONZALO, M., “Le clause di deroga alla giurisdizione di fronte alla Corte di giustizia delle Comunità europee”, en *Diritto marittimo*, 1985.
- MACHO GÓMEZ, C., “Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el comercio internacional”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, nº 2, octubre 2013.
- MANZANARES ENTRENA, A., y BLANCO VÁZQUEZ, A., “Ley aplicable al convenio arbitral en el contexto de un arbitraje comercial internacional, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 5, 2021 (Ejemplar dedicado a: La (des)protección de inversiones en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido (TCA)).
- MARRELLA, F., *La nuova Lex Mercatoria – Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Ed. CEDAM Padua, 2003.
- MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y ADR: evolución en el arbitraje y la mediación”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 2, 2020 (Ejemplar dedicado a: Arbitraje y Covid-19: inteligencia artificial y ADR).
- “Resolução alternativa de litígios: experiências e propostas”, en *A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios* (coord. por Isabel Celeste Monteiro Fonseca) 2018, Ed. Livraria Almedina, Coimbra 2018.
 - “La ‘Segunda Generación’ de medios extrajudiciales en la resolución de conflictos: Arb-Med y Med-Arb”, en *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Ed. Bosch 2016.
 - “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 2006.

- MATILLA ALEGRE, R., *Internacionalidad del derecho marítimo y jurisdicción internacional*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 2013 (eLibro).
- MIRA GONZÁLEZ, C.M., “La lex mercatoria como fuente del derecho internacional”, en *Revista CES DERECHO*, Volumen 4, nº 2, julio-diciembre, 2013.
- MONTERO AROCA, J., *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.
- MULLERAT BALMAÑA, R., “El tiempo y coste del arbitraje: cómo mantener el estereotipo”, en *LA NOTARIA*, nº 4/2011-1/2012.
- OLGIATI, V., “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva lex mercatoria en la dinámica constitucional europea”, en *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2006.
- PATTON, E., y PITMAN J., “Transporte y comercio: el arbitraje en Londres en la actualidad”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 41, 1987.
- PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “De nuevo las cláusulas de jurisdicción en los contratos marítimos: Una regulación insatisfactoria”, en *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, José Manuel Sobrino Heredia (coord.), Gabriela A. Oanta (coord.), J.M. Bosch Editor, Barcelona 2020.
- PÉREZ CAZARES, M.E., “La lex mercatoria una ley procesal global”, en *Derecho global. Estudios sobre derecho justicia* (versión online), 2018, vol.3, nº 9, pp. 81-106. Disponible en: <http://www.derechoglobal.cucsh.udg.mx/index.php/DG/article/view/167>.
- POWER, V., *EC Shipping Law, Lloyd’s of London Press Ltd.*, London 1992.
- QUINZÁ REDONDO, P., “El arbitraje comercial internacional y los instrumentos de Bruselas: (Re) pensando sobre su compleja relación”, en *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020.
- RECALDE CASTELL, A.J., “Validez de una cláusula de sumisión expresa a tribunales extranjeros y legitimación en la acción por pérdidas y averías en el transporte marítimo y combinado en caso de concurrencia de dos títulos-valor” (Comentario a la STS (Sala 1ª) de 10 de noviembre de 1993), en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 1995.
- RENTERÍA DÍAZ, A., “Nueva lex mercatoria y globalización: breves notas de teoría general del derecho”, en *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2006.
- RIGUETTI, E., “Polizze di carico e requisiti di forma per le clausole di deroga alla giurisdizione: circolazione dei modelli tra disciplina comunitaria e disciplina interna”, en *Int’l Lis*, 2007.
- ROCA LÓPEZ, M., “El arbitraje marítimo en Londres”, en *Derecho procesal y derecho marítimo* (ebook), Fontestad Portalés (Dir), Ed. Aranzadi, 2021.
- ROCA LÓPEZ, M., y CALDIN, H., *El Arbitraje marítimo en Londres*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2007.
- *Propuesta para una jurisdicción marítima en los tribunales españoles* (Tesis doctoral), Universitat Abat Oliba CEU (2017), disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/402682>.
- RODRIGO DE LARRUCEA, J., “Los efectos del Brexit sobre el negocio marítimo. Especial referencia a las nuevas cláusulas de la London Maritime Arbitration Association (LMAA)”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 15, 2019, pp. 109-125.
- SILVA, J. A., “Resurgimiento de la lex mercatoria: la regulación de las relaciones comerciales internacionales”, en *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 2006.
- SOLETO MUÑOZ, H., “Avances, tecnología y ADR en el sistema de justicia. La necesaria revolución de los sistemas de resolución de conflictos”, en *La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro*, Ed. Atelier, Barcelona 2019.
- “Presente y futuro de la resolución de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ (coord), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid 2013.
- TASSIOS, P.N., “Choosing the Appropriate Venue: Maritime Arbitration in London or New York?”, *Journal of Intl Arb*, vol. 21, nº 4, 2004.
- TETLEY, W., *Marine Cargo Claims*, Ed. Thomson Carswell, Cowansville 2008, 4ª edición.

ZURIMENDI ISLA, A., “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en el conocimiento de embarque tras la Ley de navegación marítima”, en *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº 18, 2016.

- “La aplicación de los artículos 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima: las cláusulas de sumisión a jurisdicción extranjera o arbitraje”, en *Homenaje al profesor José María de Eizaguirre*, Alberto Emparanza Sobejano (dir.), José Manuel Martín Osante (dir.), Aitor Zurimendi Isla (dir.), Universidad del País Vasco, 2020.

LA ESTRUCTURA Y FASES DEL PROCESO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

The structure and phases of the trial in the draft bill of the criminal procedure act of 2020

Julio MUERZA ESPARZA

Catedrático Derecho Procesal
Universidad de Navarra
jmuerza@unav.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN. 1. Disposiciones Generales. 2. La iniciación del procedimiento de investigación. 2.1. La denuncia. 2.2. La actividad investigadora de la Policía previa al inicio del procedimiento de investigación. 3. El Decreto del Ministerio Fiscal. 4. La primera comparecencia del investigado. 5. La intervención de las partes. 6. La intervención de la Policía Judicial. 7. El Juez de Garantías. 8. Conclusión de la investigación. 9. El incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba. III. LA FASE INTERMEDIA. 1. Los escritos de acusación y defensa. 2. El procedimiento de la fase intermedia. 3. La resolución del juicio de acusación. 4. La apertura del juicio oral. IV. LA FASE DE JUICIO ORAL. 1. La preparación del juicio oral. 2. Las disposiciones generales sobre el acto del juicio. 3. El desarrollo del juicio. 4. La conclusión del juicio. 5. La sentencia. V. BIBLIOGRAFÍA

Resumen: El pasado 24 de noviembre de 2020 el Consejo de Ministros aprobó un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que será presentado a su tramitación parlamentaria como Proyecto de Ley, una vez haya sido examinado por la comunidad jurídica. Se trata de un texto de nueva planta formado por nueve libros, precedidos de un título preliminar. Consta de 982 artículos, dos disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales, previéndose un periodo de “vacatio legis” de seis años. El presente trabajo aborda el estudio de las tres fases en que se encuentra dividido el único proceso previsto en la norma proyectada —sin perjuicio de los procedimientos especiales (Libro VIII)—: la fase de investigación, dirigida por el Ministerio Fiscal y con la presencia del Juez de Garantías; la fase intermedia, a cuyo frente se encuentra el Juez de la Audiencia Preliminar y, la fase de juicio oral que se celebra ante la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia.

Abstract: On 24 November 2020, the Council of Ministers approved a Preliminary Draft Bill of the Criminal Procedure Act, which will be submitted for parliamentary consideration as a Draft Law, once it has been examined by the legal community. It is a new text consisting of nine books, preceded by a preliminary title. It has 982 articles, two addi-

tional provisions, five transitional provisions, one derogatory provision and eight final provisions, with a “vacatio legis” period of six years. This paper analyses the three phases into which the trial provided for in the draft law is divided —without prejudice to the special procedures (Book VIII)—: the investigation phase, led by the Public Prosecutor’s Office, with the presence of the Judge of Guarantees; the intermediate phase, headed by the Judge of the Preliminary Hearing; and the oral trial phase, which is held before the jurisdictional section of the Instance Court.

Palabras clave: Ministerio Fiscal; Juez de Garantías; Juez de la Audiencia Preliminar; Decreto; Audiencia Preliminar; Congruencia.

Keywords: Public Prosecutor; Judge of Guarantees; Judge of the Preliminary Hearing; Decree; Preliminary Hearing; Congruence.

ABREVIATURAS

ALECRIM: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal

art.: artículo
arts.: artículos
ed.: editorial
Ej.: ejemplo
pp.: páginas
ss.: siguientes
vol.: volumen

I. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (en adelante, ALECRIM) constituye un texto de nueva planta formado por nueve libros, precedidos de un título preliminar. Consta de 982 artículos, dos disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales, previéndose un periodo de “vacatio legis” de seis años.

El modelo en él previsto contempla la existencia de un solo proceso, sin perjuicio también de unos “procedimientos especiales” (Libro VIII: los procedimientos urgentes; el procedimiento por delito privado; el procedimiento contra personas aforadas; el procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea; el juicio por delitos leves; el procedimiento de decomiso autónomo; y, el procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución). Este proceso lo podemos denominar “ordinario” o “habitual”, que son los calificativos antónimos de “especial”, y que, como hemos visto, es el utilizado para designar a los procedimientos previstos en el Libro VIII.

En síntesis, este proceso “ordinario” se divide en tres fases¹:

Una primera fase denominada “procedimiento de investigación” —Libro IV— cuya dirección se atribuye al Ministerio Fiscal, y con la presencia de un “Juez de Garantías” (art. 28), que tiene como tarea fundamental —según señala la exposición de motivos— la de velar por los derechos individuales y no la de impulsar la actividad investigadora como hace actualmente el Juez de Instrucción. En esta primera fase habrá que tener en cuenta especialmente también lo previsto en el Libro II, que trata de las medidas cautelares y en el Libro III, que regula específicamente las diligencias de investigación.

La segunda fase, la fase intermedia —Libro V—, es una fase plenamente jurisdiccional que comprende el ejercicio de la acción penal, el juicio de acusación y la apertura del juicio oral. Al frente de la misma se encuentra, dentro de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, “el Juez de la Audiencia preliminar” (art. 29). Su misión esencial es la de proceder al juicio de acusación y determinar, en consecuencia, si la acción penal ejercitada está suficientemente fundada, es decir, debe decidir sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa, pero ya no intervendrá después en el desarrollo del juicio oral.

Por último, la fase de juicio oral —Libro VI—, que comprende su preparación, desarrollo, conclusión y la sentencia, se celebrará ante la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, constituida por uno o tres magistrados (arts. 30 y 31). Esta unificación en un solo órgano de las funciones de enjuiciamiento hace que la segunda instancia, de carácter limitado, se concentre en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia y que el recurso de casación se configure como mecanismo de unificación doctrinal frente a las decisiones de segunda instancia de estos tribunales².

II. EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

Bajo esa rúbrica, el Libro IV del ALECRIM comprende, además de unas disposiciones generales, la regulación de la denuncia, la actividad investiga-

¹ En mi opinión, desde el punto de vista sistemático, para evitar cualquier equívoco y procurar la máxima claridad, la distribución de los libros propuestos, con alguna modificación en sus rúbricas, podría ser la siguiente: Libro I (Disposiciones Generales); Libro II (Proceso ordinario: fase de investigación); Libro III (Las diligencias de investigación); Libro IV (Las medidas cautelares); Libro V (Proceso ordinario: fase intermedia); Libro VI (Proceso ordinario: fase de juicio oral); Libro VII (Los recursos y la revisión de sentencias firmes); Libro VIII (Los procedimientos especiales); Libro IX (La ejecución penal).

² El Libro VII es el que se ocupa de los recursos.

dora de la Policía, el procedimiento de investigación en sentido estricto, el control judicial de la actividad investigadora, su conclusión y la reapertura de la investigación. La regulación de esta primera fase del proceso finaliza con la previsión de un incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba.

1. DISPOSICIONES GENERALES

Los sujetos que intervienen en esta primera fase del proceso, además del investigado y en su caso de los acusadores, son: el Ministerio Fiscal que, como señalaba anteriormente, dirige la investigación; los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que ejecutarán los órdenes e instrucciones impartidas por aquél; y, por último, el Juez de Garantías que controla la legalidad de esta primera fase del proceso y realizará las actuaciones que la ley le reserva expresamente (art. 521).

El objeto del procedimiento de investigación consiste, como en cualquier proceso penal, en la determinación del hecho delictivo y el sujeto a quien se le atribuye. Ahora bien, el artículo 522 precisa que esta determinación lo es “a los solos efectos de adoptar una decisión fundada sobre la procedencia de la acción penal y, en su caso, sobre el ejercicio de la acción civil”. Es decir, parece que con este inciso el nuevo procedimiento de investigación persigue la misma finalidad que las diligencias previas del procedimiento abreviado y no tanto la del sumario del proceso ordinario por delitos graves hoy vigente³. Tal apreciación resulta confirmada al comprobar que el contenido de esta primera fase del proceso se limita a la práctica de las diligencias “imprescindibles” para adoptar la decisión anteriormente indicada⁴ (art. 523). También, como resulta lógico, en esta fase se podrán adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el resultado del proceso⁵, proteger los derechos del ofendido o perjudicado y asegurar las fuentes de prueba.

Por lo demás, quedan expresamente prohibidas las denominadas causas generales⁶ y las investigaciones meramente prospectivas (art. 524). En con-

³ Recuérdese que, como afirmaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, de 8 de marzo, “las diligencias previas deben tender a reunir los elementos necesarios para formular la acusación, tipificando los hechos e indicando la responsabilidad que en ellos incumbe al acusado, pero sin agotar y menos aún reiterar, la práctica de los medios probatorios, cuya producción y práctica esencial debe llevarse a cabo en el juicio oral”.

⁴ La regulación de las diligencias de investigación se contienen en el Libro III (arts. 306 a 520).

⁵ Las medidas cautelares se regulan en el Libro II (arts. 186 a 305).

⁶ Al respecto véase Aguilera Morales, M., 2008, *Proceso penal y causa general: (la “inquisitio generalis” en el derecho español)*, Ed., Thomson-Civitas.

secuencia, únicamente se iniciará el procedimiento de investigación cuando exista noticia de la comisión de un hecho concreto que revista carácter de delito⁷.

2. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

Los modos previstos en el ALECRIM a través de los cuales el Ministerio Fiscal puede tener conocimiento de la comisión de un hecho delictivo y que darán lugar a la incoación del procedimiento de investigación por este —mediante un decreto (art. 550)— son los siguientes: la denuncia, la actuación investigadora de la policía y de oficio⁸ (art. 525).

La querrela, en consecuencia, ha dejado de ser un instrumento a través del cual puede iniciarse el proceso en el nuevo modelo. Únicamente, en el caso de la personación de la acción popular se exige que se produzca a través de ella (art. 124), así como en el procedimiento por delito privado en el que constituye también el acto del inicio del proceso (art. 798.2).

2.1. La denuncia

El régimen de la denuncia en el nuevo modelo coincide, esencialmente, con el previsto en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹. Así, en términos semejantes al artículo 259, el nuevo artículo 526 configura a la denuncia como un deber: “cualquier persona que haya presenciado la comisión de un delito perseguible de oficio deberá denunciarlo de inmediato ante la Policía o ante el Ministerio Fiscal”.

Basta la lectura del precepto para darse cuenta, por una parte, que persiste el error de imponer a los ciudadanos la obligación de conocer el ordenamiento jurídico penal, en concreto, de distinguir los delitos públicos, semiprivados y privados, para tratar de cumplir con esa obligación. Por otra, que a diferencia de la vigente ley, en la que el incumplimiento de ese

⁷ Tal como afirma el artículo 524.4, cada hecho investigado dará lugar a la incoación de un único procedimiento, salvo que concurra un vínculo de conexión.

⁸ No existe ninguna regulación específica en el texto del Anteproyecto sobre el modo de iniciarse “de oficio” el procedimiento. En el citado artículo 525 se menciona tal posibilidad, así como también en el artículo 550, al afirmar que: “Cuando, de oficio o en virtud de denuncia o atestado, llegue a conocimiento del fiscal la noticia de la comisión de una infracción penal, dictará un decreto acordando iniciar el procedimiento de investigación”. Por su parte, en relación con delitos semipúblicos o semiprivados el artículo 529 sostiene que “No se podrá iniciar de oficio el procedimiento de investigación cuando para la persecución del delito se requiera denuncia de la persona ofendida”.

⁹ Por todos véase, García Alonso, J., 2019, *La denuncia penal. Aspectos básicos y estrategia procesal*, ed. Aranzadi.

deber lleva aparejada una sanción¹⁰, en el nuevo texto el incumplimiento de ese deber no lleva consigo ninguna consecuencia.

A partir de la concepción de deber que tiene la denuncia, los preceptos siguientes establecen quienes tienen especial obligación de denunciar¹¹ y quienes están exentos de tal deber¹².

En relación con estos últimos, su regulación es semejante a la prevista en los artículos 260, 261 y 263 de la vigente Ley. Existe, sin embargo, una novedad, y es que la exención del deber de denunciar por razón del vínculo familiar o afectivo no alcanza a los supuestos de delitos cometidos contra los bienes jurídicos personales del menor de edad. En tales casos, como apunta la exposición de motivos “prima sobre la consideración del vínculo afectivo o familiar el deber de protección y garantía de la integridad e indemnidad del menor”.

En cuanto a la forma de la denuncia, el Anteproyecto sigue el régimen vigente¹³, manteniendo la posibilidad de que la denuncia pueda formularse de forma verbal o por escrito, personalmente o a través de mandatario con poder especial. Además, se añade como novedad que la denuncia pueda remitirse telemáticamente (art. 528. 5, II).

Por lo demás, la denuncia deberá contener la identificación del denunciante y, en su caso, del denunciado; la narración circunstanciada del hecho; la identificación, si es posible, de quien lo haya presenciado o tenga información sobre él; y, la existencia de cualquier fuente de conocimiento de la que el denunciante tenga noticia (art. 528.2).

Finalmente, siguiendo las disposiciones de la Directiva 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, se prevé que, cuando la noticia *criminis* se hubiese producido en el seno de una entidad del sector público o privado y la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, “la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el

¹⁰ Sanción ridícula (25 a 250 pesetas), pero sanción al fin y al cabo.

¹¹ “...quienes por razón de su cargo, profesión u oficio tengan noticia de la perpetración de algún delito, aunque no lo hayan presenciado” (art. 526.2), que se corresponde esencialmente con el artículo 262 vigente.

¹² a) Los menores de edad y las personas que carecen de las condiciones necesarias para comparecer en juicio; b) Quienes, de acuerdo a la ley, por razón de secreto profesional, no puedan declarar respecto de los hechos de que se trate; c) Quienes se encuentren unidos al responsable del hecho delictivo por un vínculo familiar o afectivo que conforme a la ley les exima de la obligación de declarar, salvo que se trate de un delito contra los bienes jurídicos personales de un menor de edad.

¹³ Artículos 264 a 268.

responsable del canal de denuncia, sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo” (art. 528.6).

2.2. La actividad investigadora de la Policía previa al inicio del procedimiento de investigación

La función de Policía Judicial, que tiene por objeto realizar las actuaciones establecidas en la ley para la averiguación del hecho delictivo y el sujeto que lo ha realizado, corresponde: a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; a los funcionarios e integrantes de organismos y servicios públicos a quienes por ley se les confiera dicha condición; y, a los funcionarios de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y del Servicio de Vigilancia Aduanera, en el ámbito de su competencia (art. 530).

En el diseño establecido por el Anteproyecto, aparte las investigaciones realizadas dentro del procedimiento de investigación, siguiendo las instrucciones, de carácter general o particular, del Ministerio Fiscal, la Policía Judicial puede realizar por sí misma, y con carácter previo al inicio de aquel, las actuaciones de investigación previstas en la norma¹⁴ cuando tenga conocimiento de un hecho que reviste carácter de delito perseguible de oficio¹⁵. Estas actuaciones únicamente tendrán como límite el que no pueden ocasionar una injerencia en la esfera de los derechos de los ciudadanos, puesto que en tal caso exigiría la intervención del Ministerio Fiscal o, si se trata de alguno de los supuestos previstos en el artículo 18 de la Constitución, del Juez de Garantías.

¹⁴ En concreto, el artículo 538 enumera las actuaciones sobre protección, información, recogida y custodia de efectos, identificación que puede realizar cuando acuda de forma inmediata al lugar del hecho delictivo. Por su parte, el artículo 539 enumera las actuaciones que por propia autoridad puede realizar (inspección de ciertos lugares; requerimiento a personas para la entrega de efectos o instrumentos del delito; intervención de objetos; toma de muestras; realización de cacheos y registros personales conforme a la ley; práctica de la prueba de alcoholemia o detección de drogas tóxicas; estupefacientes o sustancias psicotrópicas; práctica de la detención...). Y, el artículo 540, complemento del anterior, prevé, en relación con la obtención y el análisis de las muestras obtenidas durante la investigación, que la Policía Judicial podrá requerir el auxilio de los especialistas para la realización de dicha tarea. Véase, al respecto, entre otros, González i Jiménez, A., 2014, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, ed. J. M. Bosch; Llorente de Pedro, P., 2016, *Las diligencias policiales en la reforma de 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en “La ley penal: revista derecho penal, procesal y penitenciario”, nº 18.; Ruiz Bosch, S., 2015, *Las diligencias preprocesales*, en “La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario”, nº 116.

¹⁵ Digo “de oficio” porque si se trata de delitos perseguibles en virtud de denuncia del ofendido o de su representante legal, la Policía Judicial únicamente podrá practicar las diligencias urgentes y necesarias para hacer cesar los perjuicios derivados de tal acción y dar protección a la víctima, así como aquellas diligencias de investigación cuya realización no pueda retrasarse sin riesgo de pérdida de la fuente de prueba (art. 537.2).

Además, estas actuaciones¹⁶, que se realizan antes de que se inicie el procedimiento de investigación, por el Ministerio Fiscal cesarán cuando se identifique al sujeto que se considere responsable del hecho delictivo (art. 541). En efecto, la identificación del sujeto resulta ser el momento preclusivo para que el Ministerio Fiscal asuma, si no lo había hecho antes, la dirección de la investigación.

Por lo demás, el Anteproyecto prevé dos instrumentos a través de los cuales la Policía Judicial comunicará al Ministerio Fiscal el resultado de la investigación: el atestado y la relación. El primero se elaborará cuando a través de la actuación investigadora se hubiese identificado al presunto responsable del hecho delictivo¹⁷ o cuando se trate de realizar un acto de investigación que exija la autorización previa del Ministerio Fiscal o del Juez de Garantías, mientras que se utilizará el segundo, cuando tal identificación no hubiese sido posible. En este último caso, las actuaciones quedarán debidamente documentadas en los archivos policiales, debiéndose incluir en todo caso una breve descripción de los hechos, así como la identidad del denunciante y la víctima si las hubiese. Mediante la relación periódica la Policía informará al Ministerio Fiscal de las denuncias recibidas y de las investigaciones realizadas (art. 543)¹⁸.

3. EL DECRETO DEL MINISTERIO FISCAL

Puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal la noticia *criminis*, mediante la denuncia, el atestado o bien por una decisión de oficio, este dictará una resolución procesal que indica el comienzo de la primera fase del proceso: el decreto (art. 550.1). Tal resolución podrá consistir en:

A) Iniciar el proceso de investigación, para lo cual deberá precisar con los datos disponibles hasta ese momento los siguientes requisitos: la identidad de la persona investigada; la identidad de la persona ofendida o perjudicada;

¹⁶ En mi opinión, desde el punto de vista sistemático, este conjunto de actuaciones de la Policía que se practican antes de que se inicie el procedimiento de investigación, deberían ubicarse todas ellas en un capítulo aparte bajo una rúbrica que impidiese confundirlas con las diligencias de investigación en sentido estricto. Tal rúbrica podría ser la siguiente: "Actuación de la Policía con carácter previo al inicio del procedimiento de investigación".

¹⁷ Los artículos 546 y 547 regulan, respectivamente, su formación y contenido. Por todos, véase Álvarez Rodríguez, J.R., 2017, *El atestado policial completo*, ed. Marcial Pons.

¹⁸ No obstante, el artículo 544 previene la posibilidad de que tanto el Fiscal General del Estado como los Fiscales Jefes de los distintos órganos del Ministerio Fiscal puedan disponer que la investigación de determinadas clases de delitos sea comunicada mediante atestado, aunque no exista autor conocido.

los hechos objeto de investigación; y, la calificación jurídica provisional que puede atribuirse a tales hechos (art. 550.2)¹⁹.

Si no se conociese la identidad del investigado o no existiesen elementos suficientes en la denuncia o en el atestado policial para dirigir la investigación contra él, el Ministerio Fiscal, por sí o a través de la Policía Judicial, ordenará la práctica de las diligencias necesarias para la obtención de todos los datos que permitan su determinación (art. 556).

B) Acordar el archivo de la denuncia o atestado por no ser el hecho constitutivo de infracción penal o por haberse extinguido la responsabilidad criminal²⁰. Este decreto podrá ser recurrido por el denunciante o la víctima ante el Juez de Garantías, el cual dictará un auto en el que, si revoca el decreto, ordenará que se inicie el procedimiento de investigación, siendo tal resolución irrecurrible (arts. 551 y 552).

C) Acordar la remisión a otros procedimientos (urgentes; leve; menores; militar; justicia restaurativa) o el archivo por razones de oportunidad, en los términos previstos en la norma (art. 553).

El decreto de iniciación del proceso, salvo que se haya acordado el secreto, “será”²¹ notificado a la persona investigada, al denunciante y a la víctima informándoles, respectivamente, de los derechos que les asisten, y en particular a estos últimos del derecho a mostrarse parte en el proceso. Por otra parte, el Ministerio Fiscal deberá comunicar al Letrado de la Administración de Justicia los decretos de iniciación antedichos a fin de que este asigne al procedimiento el correspondiente número de registro y, en aplicación de las normas de reparto, determine el Juez de Garantías (art. 554).

4. LA PRIMERA COMPARECENCIA DEL INVESTIGADO

El Anteproyecto prevé que el Ministerio Fiscal, “desde que resulten de las actuaciones indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible a persona determinada” convocará al investigado a una comparecencia para informarle de los derechos que le asisten, de los hechos que se le atribuyen

¹⁹ Este decreto por el que el Ministerio Fiscal ordena la iniciación del procedimiento de investigación es irrecurrible.

²⁰ Este decreto que declara que no ha lugar a la investigación, apunta la exposición de motivos, es distinto de la resolución de archivo del procedimiento que puede tener lugar una vez que los hechos hayan sido investigados. En el estadio inicial si no existen indicios suficientes de la comisión de un hecho delictivo lo que procederá es que el Ministerio Fiscal ponga en marcha la investigación correspondiente. Únicamente procederá el archivo si aquel considera que el hecho no es constitutivo de infracción penal.

²¹ No se indica si esta tarea corresponde al Ministerio Fiscal o al Letrado de la Administración de Justicia.

y su calificación jurídica provisional (art. 557)²². A dicha comparecencia deberá acudir asistido de Letrado, o en su defecto se le designará de oficio.

Iniciada la comparecencia, el Ministerio Fiscal, una vez preguntado el investigado por sus datos personales, e informado²³ de los hechos, su calificación jurídica y derechos anteriormente citados, y en idénticos términos a los previstos en el artículo 775 de la ley procesal penal vigente, le requerirá para que designe un domicilio en España donde se le puedan practicar las notificaciones o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que tal citación permitirá, en su caso, la celebración del juicio oral en su ausencia²⁴. Por último, le preguntará si desea prestar declaración, en cuyo caso esta se realizará en los términos previstos en la norma²⁵.

A decir de la exposición de motivos la regulación propuesta persigue que esta “primera comparecencia del investigado” sea un acto de comunicación provisional de cargos, apartándose de cualquier finalidad indagatoria. El Ministerio Fiscal —continúa— quedará sometido a los límites de su propia comunicación de cargos, de forma tal que cualquier ampliación objetiva o subjetiva que se produzca durante la investigación exigirá el traslado inmediato al investigado con una nueva comparecencia sujeta a los mismos requisitos (art. 560). En definitiva, como formulación provisional de cargos, la primera comparecencia se concibe como “un acto de parte”²⁶.

En el caso de que se hubiese acordado o se practique una detención, se entenderá que el procedimiento se dirige contra esa persona objeto de la medida cautelar. Por tanto, se comunicará inmediatamente aquella al Ministerio Fiscal y este dictará un decreto, iniciando el procedimiento investigador, dando las instrucciones precisas a la Policía Judicial para la práctica de la primera comparecencia, que deberá realizarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que se realizó aquella. No obstante, antes del transcurso de ese tiempo, sin haberse practicado la primera comparecencia, podrá el Ministerio Fiscal acordar su libertad, sin perjuicio de que sea

²² En ningún caso el Ministerio Fiscal podrá retrasar la comparecencia y si lo hace sin causa justificada podrá decretarse el sobreseimiento (arts. 560 y 624).

²³ Esta información verbal, podrá sustituirse por una información escrita cuando a causa de la complejidad de la investigación, no pueda asegurarse la adecuada comprensión de los hechos investigados y su calificación por parte del investigado (art. 557.3).

²⁴ A mi juicio, este sistema de notificaciones, copiado del previsto en el vigente artículo 775, debería revisarse para evitar los problemas que aquel produce.

²⁵ Véanse los artículos 317 a 323 del Anteproyecto.

²⁶ El artículo 82 del Anteproyecto contiene las particularidades de la práctica de la primera comparecencia de una persona jurídica.

citado precisamente para la celebración de aquella en un plazo máximo de diez días (art. 559.1).

También se entenderá que el procedimiento se dirige contra persona determinada cuando el Ministerio Fiscal solicite del Juez de Garantías la práctica de una diligencia que exige su autorización. En tal caso, aunque el Juez no la autorice, se practicará la primera comparecencia, a no ser que se hubiese acordado el secreto de la investigación (art. 559.2).

De todo lo actuado en la primera comparecencia se levantará acta que se remitirá al Juez de Garantías (art. 558.1), no pudiendo ser objeto de impugnación ni la determinación de los hechos atribuidos a la persona investigada ni su calificación jurídica, sin perjuicio de la facultad judicial de sobreseimiento prevista en el artículo 555.

La celebración de esta primera comparecencia produce dos efectos temporales: 1º) interrumpe el plazo de prescripción del delito; 2º) debe ser el momento inicial del control de la dilación indebida del procedimiento de investigación.

5. LA INTERVENCIÓN DE LAS PARTES

Salvo que se haya decretado el secreto, la defensa del investigado, desde la primera comparecencia, tendrá derecho a acceder al procedimiento, examinar las piezas de convicción y solicitar la práctica de las diligencias que considere oportunas y útiles. El Ministerio Fiscal acordará aquellas que considere “relevantes” para determinar la naturaleza del hecho delictivo y la responsabilidad penal y denegará mediante un decreto las que no considere así. Estas, posteriormente, podrán de nuevo ser solicitadas ante el Juez de la Audiencia Preliminar (arts. 562 y 563).

Además, el investigado, aparte de su participación en la práctica de los actos de investigación, podrá aportar cuantos documentos considere “relevantes” para su defensa, así como la declaración jurada de testigos e informes periciales que a su derecho convenga. El Ministerio Fiscal en este caso, únicamente podrá denegar su incorporación al procedimiento “cuando sean absolutamente irrelevantes” por resultar ajenos al objeto de la investigación (art. 564).

En cuanto a las partes acusadoras, desde que se admita su personación²⁷, y salvo que se hubiese declarado secreto, también podrán acceder

²⁷ En el caso de la víctima, se personará como acusador particular mediante un escrito suscrito por abogado. El Ministerio Fiscal, mediante decreto le reconocerá como parte, si reúne los requisitos para

a las actuaciones y examinar las piezas de convicción (art. 570). Además, podrán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las informaciones que consideren “relevantes” para la investigación (art. 571) y podrán proponerle la práctica de las diligencias que consideren útiles (art. 572). Ahora bien conviene precisar que solo podrán participar en aquellos actos de investigación que se practiquen a su instancia o se ejecuten para el aseguramiento de una fuente de prueba (art. 573).

6. LA INTERVENCIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL

Aparte de su actividad autónoma antes del inicio del procedimiento de investigación²⁸, la Policía Judicial está obligada a ejecutar cuantas órdenes e instrucciones, generales o particulares, imparta el Ministerio Fiscal responsable de investigación (art. 548). No obstante, podrá actuar por delegación de aquél en cuantos actos de investigación autoriza la norma comunicándole su resultado tan pronto haya concluido la actuación encomendada (art. 549).

La comunicación del Ministerio Fiscal con la Policía Judicial se hará por escrito y a través de los jefes de la unidad del cuerpo o fuerza de que se trate. No obstante, en caso de urgencia, el Ministerio Fiscal podrá impartir la orden directamente a quien haya de ejecutarla, incluso verbalmente (art. 533). En todo caso, iniciado un procedimiento de investigación el funcionario policial a quien se le haya asignado la investigación de un delito no podrá ser apartado de la misma sin autorización del Fiscal (art. 534).

Por lo demás, la actividad de la Policía Judicial está informada por el deber de guardar secreto sobre las investigaciones que se le hayan encomendado, las actuaciones realizadas y los resultados obtenidos, sin perjuicio del deber de comunicación a sus superiores en los términos previstos en la norma (art. 535).

reconocerle la condición de víctima. Si le deniega tal condición el decreto podrá ser impugnado ante el Juez de Garantías, que podrá revocarlo y reconocerle tal condición. Su decisión, en todo caso será irrecurrible (arts. 566 y 567). La personación podrá realizarla en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite de presentación del escrito de acusación (art. 116).

En el caso de la acusación popular su personación deberá solicitarse, mediante querrela, ante el Juez de Garantías —en cualquier momento anterior al dictado del decreto de conclusión de la investigación (art. 124)—. Aquél, tras la tramitación del incidente previsto en la norma, decidirá mediante auto, si acepta o no la personación de quien pretende ejercer de acusación popular, para lo cual examinará si se acredita suficientemente la relación o vínculo personal, social o profesional con el interés que motiva su intervención y la suficiencia y relevancia de este. Contra la decisión cabra interponer recurso de reforma (art. 568). Por lo demás, durante el desarrollo del procedimiento de investigación podrá revisarse su situación acordando en su caso su exclusión (art. 569).

²⁸ Véase epígrafe 2.2 del apartado II.

7. EL JUEZ DE GARANTÍAS

El “Juez de Garantías”, recordemos, tiene como tarea fundamental —según señala la Exposición de Motivos— la de velar por los derechos individuales y no la de impulsar la actividad investigadora como hace actualmente el Juez de Instrucción. Por ello su determinación se debe producir desde el mismo inicio del procedimiento (art. 554).

Dentro de este Libro IV, la norma proyectada dedica su título V, precisamente, al control judicial de la actividad investigadora, que se concreta fundamentalmente en los siguientes aspectos:

A) La duración del procedimiento de investigación. Como regla general, el procedimiento no podrá extenderse en el tiempo más allá del estrictamente necesario para adoptar una decisión fundada acerca del ejercicio de la acción penal. No obstante, transcurridos doce meses desde la primera comparecencia, o dieciocho si se trata de un asunto investigado por la Fiscalía de la Audiencia Nacional o Fiscalías especiales, el investigado a través de su abogado podrá solicitar al Juez de Garantías que fije un plazo para su conclusión, si considera que el procedimiento “se prolonga más allá de lo razonable” (art. 574).

Esta petición dará lugar a un incidente en el que participarán todas las partes personadas (art. 575). El Juez de Garantías estimará la solicitud fijando un plazo máximo para la conclusión de la investigación cuando a la vista de la complejidad del asunto y las circunstancias del caso considere que el procedimiento “se está prolongando más allá de lo razonable”. Contra esta resolución cabrá interponer recurso de reforma. Si la solicitud no hubiese sido estimada, no cabrá interponer recurso alguno, sin perjuicio de que la persona investigada pueda de nuevo solicitarlo transcurrido el plazo de tres meses (art. 576).

Fijado un plazo máximo a la investigación por el Juez de Garantías, las diligencias acordadas por el Ministerio Fiscal con posterioridad a su expiración serán nulas (577).

B) El secreto en el procedimiento de investigación. Sin perjuicio de la regulación sobre la publicidad de las actuaciones prevista en los artículos 144 y siguientes del Anteproyecto, que comienza recordando que las actuaciones del procedimiento de investigación solo serán públicas y accesibles para las partes personadas, salvo declaración de secreto²⁹, en esta sede

²⁹ Al respecto, véase Planchadell Gargallo, A., 2018, *Publicidad del proceso e intimidad de la víctima: una aproximación desde el Estatuto de la víctima del Delito*, “Teoría y derecho: revista de pensamiento

procede analizar cuál es la actuación que lleva a cabo el Juez de Garantías en relación con dicha declaración.

La declaración de secreto, total o parcial, del procedimiento de investigación corresponde acordarla, mediante decreto, al Ministerio Fiscal en los supuestos previstos en el artículo 578³⁰. A continuación dará traslado inmediato de aquél, junto con la documentación correspondiente y la indicación razonada del plazo que entiende debe mantenerse, al Juez de Garantías, el cual en el plazo de cuarenta y ocho horas, confirmará o alzará la decisión de secreto. En el primer caso, fijará el plazo atendiendo al efectivo cumplimiento de los fines para los que haya sido acordado (arts. 578 y 579).

El plazo establecido podrá prorrogarse, siempre que existan circunstancias excepcionales y sobrevenidas que lo exijan. Para ello lo deberá solicitar el Ministerio Fiscal motivadamente antes de que se produzca el vencimiento del plazo inicial y el Juez de Garantías decidirá lo procedente. Si estima la petición, en la misma resolución fijará el plazo máximo de la prórroga (art. 580).

Una vez finalizado el plazo, el Ministerio Fiscal mediante decreto alzará el secreto, lo comunicará de inmediato al Juez de Garantías, y dispondrá que se dé vista a las partes personadas de todas las diligencias practicadas a las que no hayan tenido acceso³¹ (art. 582).

Alzado el secreto, la conclusión del procedimiento no se producirá hasta que las partes personadas “hayan tenido tiempo suficiente” para tomar conocimiento de lo actuado y ejercitar sus derechos de forma efectiva. Y, en ningún caso, en un plazo inferior a veinte días (art. 582.4).

La declaración de secreto supone que las partes personadas, salvo el Ministerio Fiscal, no pueden tener conocimiento ni intervenir en las diligencias en las que afecte dicha declaración durante el plazo acordado. En estos supuestos el auto que decreta medidas cautelares o por el que se acuerden diligencias de investigación deberá precisar aquello que debe omitirse en la copia que deba notificarse. Además, en el caso de la prisión provisional, se facilitará a la persona investigada y a su defensa el acceso a los elementos

jurídico”, nº 24, pp. 150 y ss.

³⁰ Estos supuestos son los siguientes: a) cuando resulte necesario para evitar un riesgo grave para la vida, la libertad o la integridad física o moral de otra persona; b) cuando exista un riesgo cierto de que el conocimiento o acceso a su contenido pueda suponer la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba; c) cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación.

³¹ Serán nulas las actuaciones y actos procesales que se realicen una vez transcurrido el plazo máximo del secreto, si este no se hubiese alzado (art. 582.3).

esenciales para impugnar la privación de libertad, con las limitaciones previstas en la norma³² (art. 581).

C) La autorización de las diligencias de investigación. El Libro III del ALECRIM está dedicado a la regulación de los actos de investigación cuya clasificación se realiza, como apunta la exposición de motivos, “en función de la afectación que sufren los derechos de la persona sometida a la actividad investigadora”.

Cuando haya de practicarse una diligencia de investigación que requiera previamente autorización judicial (por ej. la intervención de comunicaciones telefónicas o telemáticas —arts. 345 y ss.—) el Ministerio Fiscal, de oficio o a petición de las acusaciones, formulará la correspondiente solicitud, acordándose en su caso al mismo tiempo el secreto, total o parcial, de las actuaciones. A la solicitud le acompañará la documentación y elementos que justifiquen la petición. El Juez de Garantías resolverá en el plazo de veinticuatro horas sobre la diligencia interesada y, en su caso, sobre el secreto. Si desestima la solicitud el Ministerio Fiscal podrá interponer recurso de reforma (arts. 583 y 584).

D) Impugnación de los Decretos del Ministerio Fiscal. Los decretos que dicte el Ministerio Fiscal durante el procedimiento de investigación únicamente pueden ser impugnados ante el Juez de Garantías en los supuestos expresamente señalados en la norma proyectada³³.

La impugnación se realizará a través de un incidente que comprenderá esencialmente lo siguiente: la presentación de un escrito firmado por abogado dentro de los cinco días siguientes a la notificación del decreto. En dicho escrito se expondrán los motivos de la impugnación, se designarán los particulares que hayan de tenerse en cuenta y a él se acompañarán los documentos oportunos. Admitida a trámite la impugnación el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal y demás partes personadas por un plazo común de cinco días para que ale-

³² Véase artículo 267.

³³ Esos “supuestos expresamente establecidos en esta ley” —art. 585—, son muy escasos y otorgan al Ministerio Fiscal en su ámbito de actuación una potestad muy superior a la de cualquier otro órgano judicial en cualquier proceso jurisdiccional. Entre otros, no son susceptibles de impugnación: el decreto de iniciación del procedimiento de investigación (art. 550); el decreto de iniciación por el que remite a otros procedimientos (art. 553); la determinación de los hechos atribuidos a la persona investigada y la calificación jurídica contenidas en el acta de la primera comparecencia (art. 558); el decreto de conclusión y continuación del procedimiento (art. 589). En definitiva, resulta necesario establecer un equilibrio real entre la potestad del Ministerio Fiscal y los derechos de la persona investigada en el seno del procedimiento de investigación. En este sentido resulta absolutamente insuficiente el artículo 555 que permite al Juez de Garantías decretar el sobreseimiento en cualquier estado de dicho procedimiento.

guen también por escrito lo que estimen conveniente, con la designación de otros particulares en su caso, y la presentación de los documentos que consideren necesarios. A continuación el Juez resolverá, sin más trámites, dentro de los cinco días siguientes mediante un auto que será irrecurrible (art. 585).

8. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El Ministerio Fiscal, una vez que se hayan practicado todas las diligencias necesarias, decretará la conclusión del procedimiento de investigación con la decisión de archivarlo, u ordenando su continuación por los trámites de la fase intermedia.

A) La decisión de conclusión y archivo de la causa procederá cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 586.2: a) cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal; b) cuando aparezca exenta de responsabilidad criminal la persona investigada y no deba imponerse una medida de seguridad; c) cuando de la investigación resulte que la persona investigada no ha tenido participación en el hecho que ha dado lugar a la formación del procedimiento; d) cuando no existan indicios racionales de la comisión del hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento; y, e) cuando no haya elementos suficientes para atribuir la responsabilidad criminal a una persona determinada.

Este decreto de conclusión y archivo, que especificará en todo caso, el hecho objeto de investigación, el resultado de las diligencias practicadas y los fundamentos jurídicos de la decisión para no ejercer la acción penal, se comunicará al Letrado de la Administración de Justicia para que lo notifique al investigado, a las acusaciones personadas y a la víctima, aunque no esté personada.

El decreto podrá ser recurrido dentro de los diez días siguientes a su notificación por las acusaciones y la víctima, si se persona, ante el Juez de Garantías, para que les autorice a ejercer la acción penal, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 587. El órgano judicial decidirá denegando o autorizando el ejercicio de dicha acción. La denegará cuando aprecie que “carece de suficiente fundamento”; la autorizará cuando “considere que la petición está justificada”.

En el primer caso, el Letrado de la Administración de Justicia archivará el procedimiento, alzándose en su caso las medidas cautelares que se hubie-

sen acordado y cesando toda investigación. Únicamente podrá reabrirse en los términos previstos en el artículo 590³⁴.

En el segundo caso, el solicitante dispondrá de un plazo preclusivo de diez días para presentar el escrito de acusación. Una vez presentado, el Letrado de la Administración de Justicia remitirá el procedimiento a la sección de enjuiciamiento para continuar la tramitación.

Por lo demás, el Juez de Garantías, en cualquier estado del procedimiento, previa petición del investigado, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, dispondrá el sobreseimiento de la causa, “cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal”. Dicha resolución podrá ser recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal (art. 555).

B) El decreto de conclusión y continuación del procedimiento del Ministerio Fiscal deberá ir acompañado del escrito de acusación. Tanto uno como otro se comunicarán al Letrado de la Administración de Justicia para que los notifique a la persona investigada, a la víctima que no se haya personado, y, a las acusaciones personadas. La víctima y las acusaciones dispondrán de un plazo de diez días preclusivos para presentar sus correspondientes escritos de acusación, transcurrido el cual, quien no lo hubiese presentado, se le tendrá por desistido. Presentados tales escritos el Letrado de la Administración de Justicia remitirá el procedimiento a la sección de enjuiciamiento para su continuación (art. 589).

Teniendo en cuenta la naturaleza de este escrito de acusación y que su contenido aparece descrito en la fase intermedia (arts. 604 a 607), es decir, que su regulación se encuentra ubicada tanto en el libro IV como en el V, considero que el procedimiento de investigación debería finalizar con el decreto de conclusión y continuación del procedimiento en el que se indicaría a las partes que compareciesen ante la sección de enjuiciamiento. En consecuencia, la fase intermedia debería iniciarse, una vez comparecidas aquellas ante el Juez de la Audiencia Preliminar, con el traslado a las partes acusadoras para que presentasen el escrito de acusación.

³⁴ Este precepto establece la posibilidad de que el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de parte, solicite del Juez de Garantías la reapertura de la investigación cuando concurra alguno de los supuestos previstos en las letras d) y e) del artículo 586, si apareciesen nuevos elementos o circunstancias que justifiquen el ejercicio de la acción penal, salvo que hubiese quedado extinguida la responsabilidad penal. El órgano judicial, después de oír al investigado y a las acusaciones personadas, resolverá mediante un auto. Si deniega la reapertura podrá ser recurrido en reforma únicamente por el Ministerio Fiscal.

9. EL INCIDENTE PARA EL ASEGURAMIENTO DE LAS FUENTES DE PRUEBA

La regulación del procedimiento de investigación finaliza con un título VIII dedicado al aseguramiento de las fuentes de prueba³⁵.

En efecto, cualquiera de las partes, cuando prevean que determinadas fuentes de prueba no estarán disponibles para su utilización en el juicio oral, pueden promover este incidente para asegurarlas.

Los supuestos que pueden dar lugar a su inicio se refieren, fundamentalmente, a circunstancias que pueden impedir la declaración del testigo o perito (peligro de muerte, imposibilidad física, amenazas o coacciones, edad, discapacidad...)³⁶.

La competencia para tramitar este incidente, puesto que se puede solicitar en cada una de las fases del procedimiento, corresponde al órgano judicial competente previsto en cada una de ellas (art. 592).

La legitimación para solicitar el aseguramiento de las fuentes de prueba corresponde: a) al Ministerio fiscal, de oficio o a petición de las acusaciones; b) al investigado; c) a la acusación particular o popular, una vez abierta la fase intermedia (art. 593).

Durante la primera fase del proceso, las acusaciones deberán solicitar el inicio del incidente a través del Ministerio Fiscal, quien decidirá mediante un decreto motivado. Si desestima la solicitud, aquellas podrán impugnar la decisión ante el Juez de Garantías, que decidirá previo el trámite previsto en el artículo 585 sin ulterior recurso. No obstante, si existiesen razones de urgencia, la solicitud de las acusaciones podrá ser dirigida directamente al órgano judicial (art. 594)³⁷.

En cuanto a la tramitación del incidente, este se iniciará con la presentación del escrito de solicitud, en el que se hará constar la fuente de prueba que se quiere asegurar, el motivo que lo justifica y los particulares del procedimiento que han de utilizarse para el aseguramiento. Recibida la solicitud el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por un plazo de tres días para alegaciones, tras lo cual el juez decidirá mediante auto, que será irrecurrible. En el caso

³⁵ Al respecto véanse, entre otros, Moreno Catena, V., 2017, *La prueba preconstituida*, en “La prueba”, coord. Romero Pradas y González Cano, vol. 2 (La prueba en el proceso penal), pp. 149 y ss.; Álvarez Buján, M.V., 2015 *Reflexiones crítica en torno a la prueba preconstituida en el proceso penal: referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada*, “Boletín del Ministerio de Justicia, año 69, nº 2180, pp. 1 y ss.; Magro Servet, V., 2012, *Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal*, La Ley Penal, nº 92, abril, pp. 2 y ss.

³⁶ Véase artículo 591.

³⁷ Véase artículo 598, respecto al supuesto de urgencia.

de que acuerde el aseguramiento de la fuente de prueba dicho auto deberá precisar los hechos que constituyen su objeto, la persona que debe ser convocada para su realización y la fecha de la comparecencia, a la cual serán citadas todas las partes personadas y el Ministerio Fiscal (arts. 595 a 597). Serán aplicables para la práctica de la diligencia objeto de aseguramiento las disposiciones del juicio oral que rigen la realización de la prueba testifical o pericial (art. 599).

La tramitación del incidente se documentará en soporte apto para la reproducción del sonido y de la imagen y siempre se transcribirá su contenido en el acta correspondiente. Su resultado solo accederá al juicio oral si efectivamente llega a producirse la falta efectiva de disponibilidad del medio de prueba que lo motivó (arts. 601 y 602). En el caso de que con posterioridad a la celebración del incidente y antes de la celebración del juicio oral se descubriesen hechos nuevos o de los que no se tenían conocimiento que fuesen relevantes la parte interesada podrá solicitar la ampliación de la declaración (art. 603).

Cuando el aseguramiento de la fuente de prueba sea la declaración de un testigo que, por razón de edad o discapacidad, no deba ser sometido al examen contradictorio previsto en el juicio oral, aquella se producirá de forma reservada a través de un perito experto en psicología del testimonio, utilizando para la declaración métodos y técnicas adecuadas a la edad y a las especiales condiciones de la persona declarante. En estos casos, el juez, previa audiencia de las partes, podrá acordar que la exploración la realice el perito, sin intervención del Ministerio Fiscal y de las partes, si bien estos podrán presenciarse sin ser vistos por el testigo. Además, previamente tanto uno como las otras, podrán haber transmitido al juez cuáles son las informaciones que debe aportar el testigo. Por último, la declaración siempre será grabada y el juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito que emita un informe sobre el desarrollo de la exploración. También podrá acordar la realización de un informe pericial sobre la credibilidad de la declaración (art. 600).

III. LA FASE INTERMEDIA

Cerrada la fase de investigación y presentados los escritos de acusación se inicia la segunda fase del proceso en la que las actuaciones tienen pleno carácter jurisdiccional. Ello determina, como señala la exposición de motivos, que el pronunciamiento judicial sobre la admisibilidad de esta acción por el Juez de la Audiencia Preliminar no pueda tener carácter provisional.

En consecuencia, el acusador no podrá presentar su escrito de acusación con una finalidad meramente exploratoria.

La regulación de esta fase del proceso, prevista en el Libro V, comprende los siguientes actos procesales (arts. 604 a 631): los escritos de acusación y defensa; el procedimiento en sentido estricto; la resolución del juicio de acusación; y, la apertura del juicio oral.

1. LOS ESCRITOS DE ACUSACIÓN Y DEFENSA³⁸

Si bien la regulación de los escritos de acusación y defensa aparece ubicada sistemáticamente en el Libro V del Anteproyecto, conviene recordar que, sin embargo, la presentación de cada uno de ellos se produce en dos fases distintas: el de acusación, en la fase de investigación; el de la defensa, en esta segunda fase.

1.1. *El escrito de acusación*

Mediante este escrito, firmado por Letrado y Procurador en el caso de la acusación particular y popular, que se dirigirá al Juez de la Audiencia Preliminar, se ejercita la acción penal y en él, se identificará a la persona o personas contra la que se dirige aquélla y se solicitará la apertura del juicio oral ante el tribunal competente para el enjuiciamiento (art. 604). Además, se incorporarán a él dos escritos: a) el de calificación provisional y la proposición de prueba; b) el de fundamentación de la acusación.

a) El escrito de calificación provisional, en términos semejantes al vigente artículo 650, determinará en conclusiones precisas y numeradas: los hechos punibles; su calificación legal; la participación que en ellos haya tenido la persona acusada; la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y las penas, principales y accesorias, que proceda imponer a la persona acusada si resulta condenada (art. 605). Sobre cada uno de estos particulares podrán presentarse conclusiones alternativas. También podrá incluirse en el escrito de calificación lo relativo a la responsabilidad civil derivada del hecho punible³⁹, así como a la entrega y destino de los efectos intervenidos, la imposición de las costas procesales

³⁸ Por todos, véase González Navarro, A., 2004, *Acusación y defensa en el proceso penal*, Editorial Bosch, S.A.

³⁹ En ningún caso el escrito de la acusación popular podrá contener referencia a aspectos de la responsabilidad civil (art. 605.3).

y la solicitud sobre adopción, suspensión, modificación o alzamiento de las medidas cautelares que competen a la autoridad judicial.

En términos semejantes al vigente artículo 656 de la Ley procesal penal el escrito de calificación también deberá incluir la proposición de los medios de prueba para su práctica en el juicio oral, indicando si la reclamación de documentos y la citación de testigos y peritos deben realizarse a través de la oficina judicial. Así mismo, se designarán los particulares del procedimiento de investigación que deben ser testimoniados para el caso de que se disponga la apertura del juicio oral y, en su caso, se podrá solicitar el aseguramiento de la fuente de prueba (art. 606).

b) Junto al escrito de calificación con la proposición de prueba, el escrito de acusación deberá ir acompañado del escrito de “fundamentación de la acusación”. A tenor de lo que dispone el artículo 607 del Anteproyecto dicho escrito, salvo que la complejidad del asunto lo requiera, deberá ser breve (“fundamentación sucinta”) y concretará de forma clara y precisa “los indicios racionales de criminalidad que resulten de la investigación y justifiquen la pretensión acusatoria”.

1.2. El escrito de defensa

El escrito de defensa consta de tres apartados (art. 608): a) la impugnación de la acusación formulada; b) la calificación provisional; y, c) la proposición de prueba para el juicio oral.

a) La impugnación de la acusación únicamente podrá fundarse en dos motivos: el carácter ilícito de los medios de prueba solicitados por la parte acusadora; y, la improcedencia de la apertura del juicio oral por concurrir un supuesto de sobreseimiento⁴⁰. En el escrito de impugnación se hará constar: los motivos antedichos, acompañados de los documentos oportunos; las diligencias que hayan de practicarse para poner de manifiesto la procedencia del sobreseimiento; y, las diligencias que hayan de practicarse en relación con la ilicitud de las pruebas propuestas por las partes acusadoras. La presentación de este escrito dará lugar a la celebración de la Audiencia Preliminar (arts. 617 y 618).

b) La calificación provisional de la defensa hará constar sus conclusiones provisionales en orden correlativo al del escrito de acusación, recogien-

⁴⁰ El responsable civil solo podrá impugnar la ilicitud de los medios de prueba que le afecten pero no podrá solicitar el sobreseimiento (art. 609.2).

do los hechos que le sean favorables y su oposición o conformidad con los demás. Así mismo, podrá formular conclusiones alternativas (art. 611).

c) El escrito de defensa también debe incluir la proposición de los medios de prueba para su práctica en el juicio oral, indicando, al igual que en el escrito de acusación, si la reclamación de documentos y la citación de testigos y peritos deben realizarse a través de la oficina judicial⁴¹. Igualmente, podrá proponer cuando proceda el incidente para el aseguramiento de una fuente de prueba (art. 612).

2. EL PROCEDIMIENTO DE LA FASE INTERMEDIA

A) Recibido el procedimiento en la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, el Letrado de la Administración de Justicia, en función de las normas de reparto, determinará el Juez de la Audiencia Preliminar encargado de tramitar esta fase. A continuación se dirigirá a la parte acusada para que en el plazo de tres días comparezca ante el órgano judicial con abogado y procurador o se le designará de oficio. Una vez comparecida, el Letrado pondrá a su disposición el procedimiento de investigación para que en el plazo de diez días presenten el escrito de defensa, si bien esta, atendiendo a la complejidad de la causa, podrá solicitar una ampliación del mismo y el Juez “podrá establecer un plazo razonable para cumplimentar el trámite” (arts. 613 y 614).

Transcurrido el plazo sin haberse presentado el escrito de defensa “se requerirá” a la parte acusada para que lo haga en el plazo de veinticuatro horas, apercibiéndole de las responsabilidades en que pueda incurrir. Si no atiende el requerimiento, se le designará de oficio un abogado para que presente dicho escrito en el plazo inicialmente establecido. En el caso de que fuese la defensa de la persona contra la que únicamente se ejercita la acción civil y no hubiese presentado el escrito de defensa en plazo, se le tendrá por opuesto a dicha pretensión y seguirá el proceso (art. 615).

Presentado el escrito de defensa, si en él se impugna la acusación, se procederá a la celebración de la audiencia preliminar. En caso contrario, el Juez acordará sin más trámites la apertura del juicio oral (art. 616).

B) Impugnada la acusación, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del escrito de defensa a las demás partes por un plazo común

⁴¹ Precisa el artículo 612.4 que: “La declaración de los peritos autores de informes emitidos por laboratorios oficiales solo podrá proponerse consignando los motivos concretos de impugnación de su pericia y las razones por las que su declaración en el acto del juicio resulta imprescindible para que dicha impugnación pueda ser estimada”.

de cinco días para que realicen las alegaciones correspondientes y propongan las diligencias que estimen pertinentes para acreditar la validez de las pruebas propuestas.

En cuanto a las diligencias propuestas por la defensa en relación con el sobreseimiento el Juez únicamente admitirá aquellas que, siendo relevantes para la apertura del juicio oral, fueron propuestas durante la investigación y no se practicaron.

El Juez de la Audiencia Preliminar resolverá también sobre las diligencias propuestas por todas las partes en relación con la ilicitud de las pruebas. En todo caso, la práctica de todas las diligencias admitidas se realizará en la forma prevista para la práctica de la prueba en el juicio oral (art. 617).

C) La Audiencia Preliminar que, atendiendo a la existencia de “un interés informativo relevante” podrá tener carácter público, se celebrará con la presencia de todas las partes⁴² y en unidad de acto. También será citado el Ministerio Fiscal, aun cuando hubiese acordado el archivo de la causa.

Una vez que se practiquen las diligencias solicitadas, el Juez oír a todas las partes sobre el fundamento de la impugnación de la acusación y podrá formularles preguntas y solicitar cuantas aclaraciones sean necesarias. Además podrá examinar por sí mismo el procedimiento de investigación. A continuación, dispondrá de diez días para dictar un auto acordando lo que proceda (art. 618).

3. LA RESOLUCIÓN DEL JUICIO DE ACUSACIÓN

Bajo esta expresión el Anteproyecto regula dos actuaciones que debe realizar el Juez de la Audiencia Preliminar: por una parte, el examen de constitucionalidad sobre la prueba impugnada por la defensa; por otra, el pronunciamiento, en su caso, acerca del sobreseimiento.

A) Celebrada la Audiencia Preliminar el Juez debe pronunciarse mediante un auto sobre la licitud, impugnada por la defensa, de los medios de prueba propuestos por la acusación. El que desestime la impugnación será irrecurrible, mientras que el que la estime será susceptible del recurso de apelación con efecto suspensivo. Por lo demás, la impugnación desestimada no podrá ser reiterada en el acto del juicio y, por su parte, aquellos medios de

⁴² La inasistencia de la parte acusada debidamente citada o la incomparecencia injustificada de las demás partes no suspenderán la celebración de dicha Audiencia. Por otra parte, la parte acusadora que deje de comparecer sin alegar justa causa se entenderá desistida de la acción y apartada del procedimiento (art. 618.1).

prueba que sean declarados ilícitos no podrán ser utilizados por la parte acusadora en el acto del juicio (arts. 619 a 621)⁴³.

B) El Juez, celebrada la Audiencia Preliminar puede acordar el sobreseimiento cuando concorra alguno de los motivos previstos en el artículo 622⁴⁴. Son los siguientes: cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que haya servido de fundamento a la acusación formulada; cuando el hecho no sea constitutivo de infracción penal; cuando la infracción penal haya prescrito; o cuando haya recaído una resolución con efecto de cosa juzgada (art. 622.1)⁴⁵.

También son motivos de sobreseimiento: cuando la acusación esté insuficientemente fundamentada o cuando se haya causado un perjuicio irreparable para la defensa por haberse retrasado indebidamente la celebración de la primera comparecencia (art. 622.2). Motivos estos que aparecen desarrollados en los artículos 623 y 624, respectivamente.

El sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación se acordará cuando, teniendo en cuenta los medios de prueba propuestos por la parte acusadora “la acción penal sea manifiestamente improsperable”. Y se entiende que concurre este motivo: cuando el único fundamento de la acusación sea la declaración de la persona coacusada, sin elementos de corroboración del contenido de su declaración; cuando la acusación se fundamente, exclusivamente, en un testimonio de referencia no corroborado por otros elementos objetivos; cuando la atribución del hecho a la parte acusada derive exclusivamente en su identificación visual sin ningún elemento de corroboración (art. 623).

⁴³ Como señala la exposición de motivos (LXX), “La audiencia preliminar sirve para someter a completa revisión y depuración la actuación investigadora lleva a cabo, autónomamente, por el Ministerio Fiscal, impidiendo el acceso al juicio oral de aquellos materiales que han sido ilícitamente obtenidos y evaluando, al tiempo, si los elementos restantes son suficientes para justificar la apertura del juicio”.

⁴⁴ Tratándose de delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos individuales, si el Ministerio Fiscal y la víctima no ejercitan la acción penal el Juez de la Audiencia Preliminar también decretará el sobreseimiento de la causa, aunque la acusación popular personada hubiese presentado escrito de acusación (art. 622.3). Acerca del sobreseimiento, pueden verse, entre otros, Cachón Cadenas, M., 2008, *Efectos del sobreseimiento*, en “Justicia: revista de derecho procesal”, nº 3-4, pp. 93 y ss.; Sigüenza López, J., 2002, *El sobreseimiento libre*, ed. Aranzadi Thomson Reuters; Villamarín López, M.L., 2003, *El sobreseimiento provisional*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

⁴⁵ Estas referencias a la cosa juzgada y la prescripción como motivos de sobreseimiento, permiten afirmar que, si bien, no se prevé una regulación expresa de los artículos de previo pronunciamiento, lo que sería deseable, deberá ser en la Audiencia Preliminar cuando se planteen. Acerca de estos “artículos” o “cuestiones previas”, pueden verse, entre otros, Medina Cepero, J.R., 2000, *Cuestiones previas en el proceso penal*, ed. Aranzadi Thomson Reuters; Narváez Rodríguez, A., 2002, *La acusación y la apertura del juicio oral: las cuestiones previas*, en “Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal”, nº 1, pp. 215 y ss.; Ortego Pérez, F., 2005, “Juicio de acusación”, *sobreseimiento y cuestiones previas en el proceso penal*, en Revista de derecho y proceso penal, nº 13, pp. 149 y ss.

El sobreseimiento por retraso injustificado de la primera comparecencia, por su parte, procederá cuando, aun existiendo indicios racionales de criminalidad, el Ministerio Fiscal haya retrasado de forma injustificada el acto de la primera comparecencia causando al acusado un perjuicio irreparable para su derecho de defensa. Se entiende que tal perjuicio se ha producido cuando el retraso ha impedido obtener o asegurar fuentes de prueba que podían evidenciar la falta de responsabilidad criminal. Y, aunque no hubiese ese perjuicio irreparable, el Juez, para restaurar el equilibrio, podrá acordar la nulidad de los actos investigadores realizados sin el previo traslado de cargos y los medios de prueba que de ahí se deriven (art. 624).

El sobreseimiento, que podrá ser total o parcial, lo acordará el Juez de la Audiencia Preliminar a través de un auto —también su desestimación— y podrá recurrirse en apelación. En el caso de que fuese parcial, la interposición del recurso tendrá carácter suspensivo, salvo que el Juez aprecie motivadamente que es posible el enjuiciamiento separado de los hechos o de las personas excluidas del juicio oral (arts. 625 y 626).

Por lo que se refiere a los efectos, el sobreseimiento tendrá efecto de cosa juzgada. Cuando se acuerde quedarán sin efecto las medidas cautelares que, en su caso, se hubiesen adoptado. Y, una vez firme el auto que lo acuerda, los efectos intervenidos de carácter lícito serán devueltos a sus legítimos poseedores y los ilícitos se decomisarán por la autoridad judicial, que les dará el destino previsto legalmente (art. 627).

4. LA APERTURA DEL JUICIO ORAL

El Juez de la Audiencia Preliminar, si no se impugnó la acusación y en consecuencia no se celebró dicha Audiencia, o habiéndose celebrado no concurre ninguno de los motivos de sobreseimiento, acordará la apertura del juicio oral mediante un auto.

El auto de apertura del juicio oral, que será irrecurrible salvo en lo relativo a las medidas cautelares, debe precisar: el órgano competente para el enjuiciamiento; los hechos justiciables, es decir, los hechos que habiendo sido objeto de los escritos de la acusación no sean expresamente excluidos del enjuiciamiento; y, la persona o personadas que habrán de ser juzgadas como acusados o responsables civiles (art. 628).

El auto de apertura del juicio oral ordenará que se deduzca testimonio tanto de dicha resolución como de los escritos de calificaciones provisionales de las partes. Además, estas podrán solicitar que se testimonien: las actas de las diligencias de aseguramiento de las fuentes de prueba; las actas de

las diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral; los documentos e informes del procedimiento de investigación, propuestos como prueba documental. Con todos estos testimonios se formará un expediente que se remitirá al órgano judicial encargado del enjuiciamiento junto con los efectos e instrumentos del delito y demás piezas de convicción, notificándose a las partes y emplazándolas ante el tribunal competente para el enjuiciamiento dentro del término de diez días (art. 629). Además, las partes podrán solicitar en cualquier momento las copias que les interesen para su propio uso en el juicio oral y, para la lectura de contraste —art. 685— prevista en el juicio oral, podrá entregárseles los testimonios de todas las declaraciones necesarias del procedimiento investigador (art. 631).

Por último, tal como dispone el artículo 630, en ningún caso podrán testimoniarse declaraciones de testigos o exposiciones de peritos realizadas en el procedimiento de investigación, salvo las relativas al aseguramiento de fuentes de prueba. Tampoco las relativas a actuaciones policiales distintas a las actas de diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral.

IV. LA FASE DE JUICIO ORAL

Dictado el auto de apertura del juicio oral, y emplazadas las partes ante el órgano encargado del enjuiciamiento, da comienzo la fase de juicio oral que comprende legalmente las siguientes actuaciones: la preparación del juicio oral; las disposiciones generales sobre el acto del juicio; el desarrollo del juicio; su conclusión y la sentencia.

1. LA PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

Bajo esta rúbrica, el título I del Libro V trata, básicamente, las siguientes cuestiones: a) la admisión de la prueba; b) el señalamiento del juicio y, c) la práctica de la prueba anticipada.

a) Al tiempo de personarse ante el órgano encargado del enjuiciamiento las partes podrán impugnar los medios de prueba propuestos por las demás por resultar impertinentes o inútiles al objeto del juicio⁴⁶. La impugnación se

⁴⁶ También es el momento procesal oportuno para recusar a los peritos designados por el Ministerio Fiscal si no se pudo con anterioridad y hacer objeto de tacha a los demás peritos (art. 632, II y III).

presentará por escrito y dará lugar a un incidente en el que podrá celebrarse vista⁴⁷.

Finalizada en su caso la vista, el órgano judicial se pronunciará mediante un auto, que es irrecurrible, sobre la admisión de las pruebas propuestas: rechazará de oficio su práctica cuando consista en una actividad prohibida por la ley y cuando se trate de la declaración de peritos oficiales, cuya proposición no esté debidamente justificada. También inadmitirá la prueba impugnada cuando resulte impertinente o inútil. Así mismo, inadmitirá la prueba pericial, en el caso de la propuesta por el Ministerio Fiscal cuando concurra una causa de recusación; y, si es de las demás partes, cuando concurra causa de tacha (art. 635)⁴⁸.

Con posterioridad a este momento, pero antes del inicio de las sesiones del juicio oral, todavía es posible que la defensa pueda proponer nuevos medios de prueba. Para ello deberá acreditar que no pudo proponerlos con anterioridad, o lo que es lo mismo, deberá acreditar el carácter sobrevenido de la prueba propuesta. El órgano judicial, antes de admitir o inadmitir la nueva prueba propuesta, dará traslado a las demás partes personadas, las cuales también podrán impugnarla (art. 636).

Por lo demás, en relación con la prueba pericial, cuando los informes lleguen a conclusiones distintas sobre una misma cuestión (divergentes) el órgano judicial podrá requerir a los peritos para que elaboren un informe conjunto en el que precisen: los puntos en que coinciden; los puntos divergentes, justificando las razones y la forma, en su caso, de poder resolver las divergencias (art. 637. 1 a 3). Si, por el contrario, los informes llegasen a idénticas conclusiones sobre una misma cuestión (convergentes) el órgano judicial podrá, a petición de las partes, prescindir en el juicio de este medio de prueba (art. 637.4).

b) Admitidos los medios de prueba, el Letrado de la Administración de Justicia, señalará el día y hora para la celebración del juicio, siguiendo las instrucciones que fije el órgano judicial, lo comunicará a las partes, incluida la víctima aunque no se hubiese personado en la causa⁴⁹ y librára las citaciones correspondientes. Para determinar la fecha se tendrá en cuenta las medidas cautelares personales adoptadas, la prioridad de otras causas y la complejidad de los medios de prueba propuestos. Así mismo, el Letrado

⁴⁷ Véanse los artículos 633 y 634.

⁴⁸ En el caso de la prueba testifical de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable el tribunal, atendiendo a la edad y las circunstancias que concurran, decidirá si debe o no declarar en el acto del juicio oral y, en su caso, las condiciones en que haya de hacerlo (art. 635.6).

⁴⁹ Véase artículo 640.

dispondrá que el día de comienzo de las sesiones se halle a disposición del órgano judicial el expediente del juicio oral con todos los elementos complementarios (art. 639).

c) En cualquier momento anterior a la fecha señalada para la celebración del juicio las partes personadas podrán solicitar la práctica anticipada de un medio de prueba de conformidad con lo dispuesto en la ley (art. 641).

2. LAS DISPOSICIONES GENERALES SOBRE EL ACTO DEL JUICIO

La regulación de las disposiciones generales trata fundamentalmente de los siguientes aspectos: a) la presencia de los sujetos del proceso en el acto del juicio; b) la forma de celebración del acto del juicio

a) El nuevo modelo de justicia penal exige, al igual que en el vigente, que, con carácter general⁵⁰, todos los sujetos que participan en el proceso (acusado; Ministerio Fiscal; testigos; peritos;...) estén presentes en el acto del juicio. A tal fin, el Letrado de la Administración de Justicia velará para que las correspondientes citaciones se realicen correctamente conforme a derecho.

En cuanto al acusado, si el acto del juicio se extendiese en varios días, podrá ser autorizado a ausentarse de las sesiones del plenario, siempre que no se vea perjudicado su derecho de defensa. También deberá ausentarse, pero únicamente de la sala, y seguir el juicio a través de videoconferencia, cuando altere el orden, interrumpa o perturbe el normal desarrollo de la vista (art. 643).

Por lo que se refiere a los Abogados, en el caso del acusado, su presencia es preceptiva y si no comparece, podrá exigírsele responsabilidad, procediendo, en su caso, a nombrarle uno de oficio. Si se trata de las partes acusadoras o del actor civil, la ausencia de sus letrados no supondrá la suspensión del acto del juicio y se les tendrá por desistidos en sus respectivas pretensiones (art. 644).

⁵⁰ Digo, generalmente, porque el artículo 59 proyectado, en términos que recuerdan al artículo 786.1,II vigente, prevé la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado cuando: a) la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, que su duración no exceda de diez años; b) que la persona acusada haya sido citada personalmente al acto del juicio o, en su caso, a través de la persona expresamente designada en el acto de la primera comparecencia para recibir notificaciones; c) que la citación a la celebración del juicio, en lenguaje comprensible, la advertencia expresa de que el juicio podrá celebrarse en ausencia si su incomparecencia es voluntaria e injustificada; d) que la persona acusada esté en condiciones de comprender el contenido de la citación y las consecuencias de su incomparecencia.

Los testigos y peritos deben comparecer en el día y hora señalados. En el caso de que no compareciesen y el órgano judicial considerase necesaria su declaración acordará la suspensión del juicio oral (art. 645).

Para hacer efectiva la presencia de la persona acusada, de los testigos y peritos el órgano judicial podrá adoptar las medidas necesarias, incluyendo la detención (art. 646).

En los supuestos descritos en este apartado, la ausencia de alguno de los sujetos cuyo testimonio resulte necesario en el acto del juicio dará lugar a su suspensión y en la resolución que la acuerde, si es posible, se indicará la nueva fecha de su celebración. La suspensión también podrá producirse cuando las partes soliciten de común acuerdo iniciar el proceso de justicia restaurativa (art. 647).

b) El juicio se celebrará en una sala en cuya cabecera se situará el órgano judicial, el Ministerio Fiscal y los abogados en el lugar designados en estrados, el investigado junto a su abogado y, por último, se reservará un lugar adecuado a la víctima del delito y a su representante o persona que le acompañe (art. 648).

Abierto el acto del juicio se celebrará en cuantas sesiones consecutivas sean necesarias, si bien se prevé que excepcionalmente puedan ser alternas. No obstante, el órgano judicial podrá interrumpir el curso de las sesiones cuando se produzca alguna de las causas señaladas por la norma (art. 649)⁵¹. Ello dará lugar a que se realice un nuevo señalamiento.

Los debates del juicio oral están informados por la publicidad, si bien el órgano judicial podrá acordar que todos o parte de los actos se celebren a puerta cerrada (art. 650).

Por lo demás, el presidente del Tribunal tiene encomendada la dirección de los debates⁵² y de la práctica de la prueba (art. 651).

⁵¹ Son las siguientes: que el tribunal deba resolver durante los debates alguna cuestión incidental que no pueda decidirse en el acto; cuando deba realizarse alguna diligencia fuera del lugar donde se celebra el juicio; cuando se acuerde la ampliación por escrito de un informe pericial; cuando se produzca la enfermedad repentina de alguno de los sujetos del proceso; cuando no comparezca los testigos o peritos de cargo o descargo y el tribunal, a instancia de alguna de ellas, considere necesaria su declaración; cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan una alteración sustancial en el curso del juicio (649.2)

⁵² A tal efecto, tendrá todas las facultades necesarias para conservar y restablecer el orden de las sesiones y mantener el respeto; llamará al orden a todas las personas que lo alteren, pudiendo hacerles salir de la sala; y, recabará la presencia de la fuerza pública cuando fuese necesario (art. 651.2).

3. EL DESARROLLO DEL JUICIO

Bajo esta rúbrica el título III del Libro VI del ALECRIM comprende fundamentalmente, por una parte, las denominadas legalmente “alegaciones previas” (A); por otra, la práctica de la prueba (B). Ciertamente, tras esta continuará la celebración del juicio con las conclusiones definitivas, informes y la última palabra del acusado. Pero en la norma proyectada esos actos se incluyen bajo la rúbrica “la conclusión del juicio oral”, que se analizará más tarde.

A) Una vez que el órgano judicial ha declarado abierta la sesión (art. 652), a instancia de parte, abrirá un “turno de intervenciones” limitado: bien, a solicitar la suspensión del proceso por concurrir alguna de sus causas; bien, a que la defensa de la parte acusada proponga un nuevo medio probatorio, que únicamente se admitirá si puede ser practicado en el acto y justifica, además, que no pudo proponerse con anterioridad. El órgano judicial, tras oír a las partes resolverá siendo la decisión irrecurrible (art. 653).

B) Finalizado el trámite, en su caso, de las “alegaciones previas” el órgano judicial informará a la parte acusada de los cargos que se formulan contra ella, de los derechos que le asisten e invitará a las partes a que expliquen de forma sucinta la finalidad de los medios de prueba propuestos (art. 654), pasando a continuación a la práctica de aquellos.

La actividad probatoria está informada por el principio de aportación de parte, si bien se concede al órgano judicial algunas facultades probatorias, siguiendo el régimen previsto en la regulación vigente⁵³. Existe, no obstante, una diferencia en relación con las facultades del órgano judicial y es que la propuesta sobre la incorporación al proceso de un medio de prueba a su instancia exige siempre que sea asumida por alguna de las partes (art. 656).

El orden de la práctica de los medios de prueba, que no obstante puede ser modificado, es el siguiente: 1º) la declaración de los testigos; 2º) el examen de los informes periciales; 3º) la lectura y discusión de los documentos; y, 4º) el examen de las piezas de convicción (art. 657).

Como se puede observar, en esa enumeración falta la referencia a la parte acusada. En efecto, en el nuevo modelo esta únicamente prestará declaración, si así lo desea, a instancia de su abogado, en el turno correspondiente a la práctica de la prueba por la defensa y en el momento que lo considere oportuno. Por otra parte, nunca podrá comenzar la práctica de la prueba con su declaración (arts. 657. 4 y 5).

⁵³ Véanse los artículos 728 y 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por lo que se refiere a la regulación de cada uno de los medios de prueba una característica común a todos ellos es que, como señala la exposición de motivos, “se ha optado por invertir la tónica de la regulación vigente e incluir su grueso normativo en las disposiciones propias del juicio oral”, tratando de mejorar y perfeccionar su funcionamiento actual.

a) En cuanto a la prueba testifical, al igual que en sistema actual⁵⁴, constituye un deber para el testigo su declaración con las excepciones previstas⁵⁵. En relación con las exenciones por razón de parentesco debe mencionarse que esta no alcanza, por una parte, al testigo que tiene atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad⁵⁶; por otra, al testigo que haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

Su regulación, prevista en los artículos 658 a 673, comprende la citación y el deber de comparecer del testigo, salvo que concurra un impedimento; su identificación, la práctica del interrogatorio, la razón de ciencia del testigo, el testimonio directo y de referencia, la declaración del testigo menor de edad o de persona discapacitada y, por fin, el careo de quienes hayan prestado testimonios discordantes acerca de algún hecho o circunstancia relevante de la causa.

b) La regulación de la prueba pericial (arts. 676 a 678) se concreta fundamentalmente en la declaración del perito, en la que podrán intervenir las partes para formularle preguntas y aclaraciones sobre el método, las conclusiones y cualquier otro aspecto relevante del dictamen. Además se prevé que los peritos podrán ser examinados conjuntamente; que el órgano judicial puede, de oficio o a instancia de parte, acordar la ampliación del informe y que en el caso del dictamen pericial realizado por laboratorios oficiales, y emitido durante la investigación, este no precisa la ratificación en el acto del juicio, salvo que se haya impugnado de forma concreta su contenido y se haya propuesto la declaración de los peritos autores del informe, con la debida justificación de las razones que la hacen necesaria.

c) La prueba de reconocimiento judicial (arts. 679 a 681) se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos “sea necesario o conveniente” que el órgano judicial examine por sí mismo algún lugar u

⁵⁴ Véanse los artículos 410, 702 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁵ Véanse los artículos 659 (exenciones generales); 660 (exenciones por razón de parentesco); 661 (exenciones por razón de secreto profesional).

⁵⁶ Es decir, prima más el deber de garantía y tutela asumido.

objeto que no puede ser trasladado a la sede del órgano judicial (art. 679.1). La parte solicitante deberá expresar los extremos a los que quiere se refiera el reconocimiento y si va acudir con alguna persona técnica o práctica en el materia. Las demás partes también podrán participar. Para su práctica, el órgano judicial podrá acordar cuantas medidas sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto que se deba reconocer. Al finalizar el reconocimiento el Letrado de la Administración de Justicia levantará acta detallada de todo lo actuado. Siempre que sea posible se utilizarán medios de grabación de imagen y sonido u otros semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto de reconocimiento judicial y de las manifestaciones de quienes hayan intervenido.

d) La regulación de la prueba documental (arts. 682 a 686) experimenta en el Anteproyecto una transformación importante respecto a la regulación vigente⁵⁷. Los aspectos generales más destacables son los siguientes: se pone fin a la necesidad de dar lectura a todos los materiales propuestos como prueba documental; se establecen diferentes regímenes para el acceso al juicio del material investigador.

En efecto, durante el juicio los documentos, soportes y piezas de convicción estarán a disposición del órgano judicial, que los podrá examinar en todo momento, así como preguntar a todos los que intervengan en él sobre su relación con ellos y, en su caso, sobre su origen y contenido. Además, una vez practicada la prueba testifical y pericial, se abrirá un turno para que las partes expongan lo que consideren oportuno sobre la prueba documental.

En cuanto el acceso al juicio oral de las diligencias de investigación el Anteproyecto distingue entre las “lecturas admitidas”, “lecturas de contraste” y “lecturas prohibidas”.

Las “lecturas admitidas” (art. 684) son las siguientes: la que deriva del incidente para el aseguramiento de la fuente de prueba —arts. 591 y ss.— cuando no sea posible su práctica en el juicio oral; la confesión obtenida ante el Juez de Garantías conforme a lo dispuesto en el artículo 322; la declaración del menor o persona con discapacidad, cuando su declaración haya sido descartada en el juicio oral; la documentación de las diligencias no reproducibles que haya sido incluida en el expediente del juicio oral —art. 629.2 b)—; con carácter excepcional, la de alguna diligencia realizada en el procedimiento de investigación cuando no haya podido ser asegurada

⁵⁷ Véase el artículo 726, que es el único precepto dedicado a este medio de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ni reproducida en el acto del juicio oral por la pérdida sobrevenida, impredecible y definitiva de la fuente de prueba correspondiente.

Las “lecturas de contraste” (art. 685). Bajo esta expresión el Anteproyecto recoge el supuesto de contradicción entre la declaración del testigo realizada en el procedimiento de investigación y la que se produce en el acto del juicio oral. Ante esa situación, cualquiera de las partes podrá solicitar su lectura total o parcial, siempre que se aporte en el acto el testimonio de la misma. Tras la lectura el órgano judicial indicará al testigo que explique la diferencia o contradicción que se observe en sus declaraciones. La declaración realizada en la fase de investigación que sea leída en el acto del juicio no tendrá valor probatorio, si bien podrá servir para determinar la credibilidad de la declaración prestada por el testigo en el acto del juicio.

Las “lecturas prohibidas” (art. 686). Fuera de las “lecturas” anteriores no se admitirá la lectura de ninguna declaración o diligencia practicada en la fase de investigación, sin perjuicio de la declaración testifical que, en su caso, puedan prestar en el juicio los funcionarios que hayan intervenido en ellas.

e) La declaración de la parte acusada

Como indicaba al comienzo de este epígrafe, en la enumeración legal de los medios de prueba falta la referencia a la parte acusada porque, en el nuevo modelo, esta únicamente prestará declaración, si así lo desea, a instancia de su abogado, en el turno correspondiente a la práctica de la prueba por la defensa y en el momento que lo considere oportuno (art. 657. 5). Pues bien, cuando sea llamada a declarar, el órgano judicial, antes de iniciar el interrogatorio, deberá informarle de los derechos que le asisten, en particular, del de no declarar contra sí mismo y del no contestar a las preguntas que se le hagan. Así mismo, se le advertirá de la responsabilidad en que puede incurrir si declara falsamente en perjuicio de tercero (art. 674).

La declaración de la persona acusada únicamente puede ser presencial, sin posibilidad de usar la videoconferencia u otro instrumento semejante. La declaración comenzará con las preguntas que le formule su letrado y a continuación podrán hacerlo las demás partes. La defensa dispondrá de un turno final de preguntas para establecer la credibilidad de su defendido o la veracidad de la declaración. Concluido el interrogatorio el órgano judicial podrá solicitar las aclaraciones complementarias que considere oportuno para el esclarecimiento de los hechos. Por lo demás, queda excluido el cauce a no ser que la persona acusada lo consienta y lo solicite su defensa (art. 675).

4. LA CONCLUSIÓN DEL JUICIO

Finalizada la actividad probatoria, la celebración del juicio continuará, en términos semejantes a la regulación del vigente proceso abreviado para determinados delitos, con el trámite de conclusiones definitivas, los informes de las partes y el derecho a la última palabra.

a) Practicados los medios de prueba, el órgano judicial concederá la palabra, sucesivamente, a las partes acusadoras y acusadas para que ratifiquen o modifiquen las conclusiones de los escritos de calificación provisional. En el caso de que se modifiquen estas no podrán alterar sustancialmente los hechos punibles en perjuicio del acusado (art. 687).

Si en esas conclusiones definitivas la acusación cambia la tipificación penal de los hechos —que no los hechos— o aprecia mayor grado de participación o de ejecución del delito o circunstancias de agravación de la pena, la defensa podrá solicitar al órgano judicial un aplazamiento de la sesión (hasta diez días) a petición de la defensa, a fin de que pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Practicada la nueva prueba solicitada por defensa, la acusación podrá, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas (art. 687.3).

Por otra parte, si en las conclusiones definitivas todas las partes acusadoras califican los hechos como delito cuya pena excede de la competencia del tribunal constituido por un magistrado, el artículo 688 establece que éste deberá declararse incompetente para juzgar la causa, dará por terminado el juicio y se comunicará esta circunstancia a la presidencia del Tribunal de Instancia para su reparto al órgano al que corresponda el enjuiciamiento de la causa. En el caso de que la modificación no se efectúe por todas las acusaciones, el magistrado, oídas las partes, resolverá lo que estime pertinente acerca de la continuación o finalización del juicio, pero en ningún caso podrá condenar por un delito que no es de su competencia.

b) Presentadas las conclusiones definitivas el órgano judicial dará la palabra sucesivamente a las partes acusadoras y acusadas —incluyendo al actor y responsable civil—, comenzando por el Ministerio Fiscal⁵⁸, para que expongan lo que estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos. Al finalizar sus exposiciones el órgano judicial podrá requerir tanto al Ministerio Fiscal como a los letrados de las

⁵⁸ Si hubiese solicitado la absolución su intervención se producirá al término de las acusaciones y antes del turno de la defensa (art. 689.1, II).

partes que aclaren o precisen lo que sea necesario en relación con los dos puntos anteriores. En ese momento, a instancia de parte, podrá otorgar un aplazamiento o suspender el juicio por un plazo máximo de dos días para el estudio de la cuestión. Concluidos los informes, las partes podrán solicitar al órgano judicial que les conceda nuevamente la palabra para aclarar o rectificar alguna cuestión concreta (art. 689).

c) Concluido el trámite de informes, se concederá la palabra a la parte acusada para que alegue lo que a su derecho convenga, cuidando el órgano judicial de que se guarde el debido respeto, tras lo cual declarará el juicio visto para sentencia (art. 690).

Las sesiones del juicio se registrarán en soporte apto para la grabación del sonido y de la imagen. Siempre que sea posible, el Letrado garantizará con la firma electrónica la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido. Las partes tendrán derecho a pedir copia de la grabación (art. 691).

5. LA SENTENCIA

El órgano encargado de enjuiciar y dictar la sentencia tiene diez días para hacerlo una vez que ha concluido el juicio, si bien dicho plazo puede ser superior, siempre que lo comunique a las partes al concluir el juicio (art. 692.1). Dicho pronunciamiento será notificado al Ministerio Fiscal, a la persona acusada y a los procuradores de las partes (art. 699).

A) En cuanto a la forma y contenido de la sentencia el artículo 692 del Anteproyecto remite a las normas generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, después de la citada remisión precisa el mismo precepto que, en todo caso, la sentencia deberá contener los siguientes apartados: 1º) los antecedentes (identificación del órgano judicial y las partes; las conclusiones definitivas reflejando la calificación jurídica y, en su caso, las penas e indemnizaciones solicitadas); 2º) la declaración de hechos probados; 3º) la motivación de la declaración de los hechos probados (valoración de las pruebas practicadas y razonamientos que justifican las conclusiones sobre los hechos afirmados por las partes); 4º) la fundamentación de la sentencia; 5º) el fallo que, junto a los pronunciamientos penales y civiles correspondientes, determinará el destino de las piezas de convicción y realizará el pronunciamiento sobre las costas; 6º) en su caso, el pronunciamiento sobre la suspensión de la condena; y, 7º) cuando el órgano judicial lo considere oportuno, la proposición del indulto.

B) La valoración de los medios de prueba, siguiendo el criterio tradicional de la Ley procesal penal vigente, se realizará libremente por el órgano judicial de acuerdo con las reglas de la lógica, ciencia y experiencia (art. 693).

En este sentido, los medios de prueba “serán considerados individualmente y apreciados en conjunto” para decidir sobre la convicción fundada acerca de la culpabilidad. En el caso de que dicha valoración concluya “que no se ha probado más allá de toda duda razonable” la existencia del hecho delictivo y la participación de la persona acusada, procederá dictar una sentencia absolutoria. Así mismo la sentencia será siempre absolutoria cuando la prueba de cargo consista exclusivamente en: la declaración del coacusado, del testigo de referencia o en la mera identificación visual.

C) La regulación de la sentencia en la norma proyectada se completa con una referencia a la motivación (art. 694) y un desarrollo minucioso de la congruencia⁵⁹ (arts. 695 a 698). En relación con esta última, la norma proyectada distingue: a) la congruencia jurídica; b) la congruencia fáctica.

a) La congruencia jurídica consiste, como regla general, en que la sentencia penal condenatoria no podrá fundarse en una calificación más grave ni podrá imponer una pena superior a la solicitada por las acusaciones en sus conclusiones definitivas. Tampoco podrá aplicar una circunstancia agravante que no se haya incluido en aquellas (art. 695).

No obstante, el órgano judicial, antes de quedar el juicio visto para sentencia, podrá someter a la consideración de las partes la posibilidad de realizar una calificación diferente a la formulada. Para ello es necesario que, a la vista del resultado de la prueba, entienda que la sentencia podría fundamentarse (art. 696.1)⁶⁰:

1º) En una calificación jurídica diferente y más grave de la solicitada por las acusaciones o en una circunstancia agravante no alegada por estas. Esta fundamentación, que deberá sustentarse en hechos debatidos en el juicio oral, únicamente podrá proponerse cuando conduzca a una calificación homogénea con la formulada por las acusaciones. Para que esa nueva proposición se concrete finalmente en la sentencia será necesario, en todo

⁵⁹ Nótese que el ALECRIM utiliza el término clásico del proceso civil, congruencia, que tradicionalmente se correspondía con la institución de la “correlación entre acusación y sentencia” del proceso penal.

⁶⁰ Y el apartado 2 añade: “Del mismo modo procederá cuando las penas solicitadas no se correspondan con las legalmente previstas para la infracción, según la calificación jurídica realizada por las acusaciones”.

caso, que la tesis del órgano judicial sea asumida al menos por una de las acusaciones⁶¹.

2º) En una calificación jurídica diferente y menos grave de la solicitada por las acusaciones o en una circunstancia atenuante no alegada por ellas. En este caso, además de sustentarse la fundamentación en los hechos debatidos en el juicio oral, la nueva calificación propuesta podrá ser heterogénea respecto a la formulada por las acusaciones.

b) La congruencia fáctica hace referencia a que únicamente podrán declararse probados en la sentencia hechos que hayan sido objeto de debate contradictorio en el juicio oral y se incluyan en las conclusiones definitivas de las acusaciones. En otro caso, la sentencia será nula (art. 697). En el caso del pronunciamiento absolutorio el artículo 698 previene que la redacción de los hechos debe ser “respetuosa con el pronunciamiento absolutorio, evitando que pueda inducir directa o indirectamente a atribuir responsabilidades penales o civiles en contradicción con él”.

Dictada la sentencia se notificará al Ministerio Fiscal, a la parte acusada y a los procuradores de las partes (art. 699). Además, cuando resulte procedente se comunicará a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes (art. 700).

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES MARIEN, 2008, *Proceso penal y causa general: (la “inquisitio generalis” en el derecho español)*, Ed., Thomson-Civitas.
- ÁLVAREZ BUJÁN MARÍA VICTORIA, 2015, *Reflexiones crítica en torno a la prueba preconstituida en el proceso penal: referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada*, “Boletín del Ministerio de Justicia”, año 69, nº 2180, pp. 1 y ss.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ JOSÉ RAMÓN, 2017, *El atestado policial completo*, ed. Marcial Pons.
- CACHÓN CADENAS MANUEL, 2008, *Efectos del sobreseimiento*, en “Justicia: revista de derecho procesal”, nº 3-4, pp. 93 y ss.
- GARCÍA ALONSO JAVIER, 2019, *La denuncia penal. Aspectos básicos y estrategia procesal*, ed. Aranzadi.
- GONZÁLEZ I JIMÉNEZ ALBERT, 2014, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, ed. J.M. Bosch.
- GONZÁLEZ NAVARRO ALICIA, 2004, *Acusación y defensa en el proceso penal*, Editorial Bosch, S.A.
- LLORENTE DE PEDRO PEDRO-ALEJO, 2016, *Las diligencias policiales en la reforma de 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en “La ley penal: revista derecho penal, procesal y penitenciario”, nº 18.
- MAGRO SERVET VICENTE, 2012, *Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal*, “La Ley Penal”, nº 92, abril, pp. 2 y ss.

⁶¹ A mi juicio, resulta llamativo que en el diseño del nuevo modelo de proceso penal el Ministerio Fiscal, además de ser el director de la investigación, y la parte acusadora por excelencia, también decida en última instancia la calificación del delito, aunque el órgano judicial encargado de dictar la sentencia entienda que jurídicamente le corresponde otra.

- MEDINA CEPERO JUAN RAMÓN, 2000, *Cuestiones previas en el proceso penal*, ed. Aranzadi Thomson Reuters.
- MORENO CATENA VICTOR, 2017, *La prueba preconstituida*, en “La prueba”, coord. Romero Pradas y González Cano, vol. 2 (La prueba en el proceso penal), pp. 149 y ss.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ ANTONIO, *La acusación y la apertura del juicio oral: las cuestiones previas*, 2002, en “Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal”, nº 1, pp. 215 y ss.
- ORTEGO PÉREZ FRANCISCO, 2005, “*Juicio de acusación*”, *sobreseimiento y cuestiones previas en el proceso penal*, en Revista de derecho y proceso penal, nº 13, pp. 149 y ss.
- PLANCHADELL GARGALLO ANDREA, 2018, *Publicidad del proceso e intimidación de la víctima: una aproximación desde el Estatuto de la víctima del Delito*, “Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico”, nº 24, pp. 150 y ss.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ RICARDO, 2015, *Prueba preconstituida y prueba anticipada: análisis jurisprudencia*, en “Diario La Ley”, nº 8487.
- RUIZ BOSCH SACRAMENTO, 2015, *Las diligencias preprocesales*, en “La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario”, nº 116.
- SIGÜENZA LÓPEZ JULIO, 2002, *El sobreseimiento libre*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2002.
- VILLAMARÍN LÓPEZ MARÍA LUISA, 2003, *El sobreseimiento provisional*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. PARTE GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. LA DETENCIÓN

Comments to the draft of the criminal procedure law of 2020. General part of the precautionary measures. The arrest

José María ASENCIO MELLADO

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante
jm.asencio3@gmail.com

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRINCIPIOS GENERALES INFORMADORES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. III. LA DETENCIÓN. 1. La adopción de la prisión preventiva; 2. La duración de la detención preventiva. 3. Forma de la detención. 4. La detención para la ejecución de actos y resoluciones procesales. 5. Los derechos del detenido. 6. La incomunicación de detenidos. IV. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Las medidas cautelares, especialmente la detención, no experimentan, en el APLECRIM, modificaciones sustanciales, toda vez que éstas han sido objeto de reformas, diversas, en leyes recientes. La detención, por el contrario, sí abandona toda referencia a los sistemas de privación de libertad automática, incompatibles con el carácter excepcional de las medidas cautelares. Y, a su vez, se introducen modificaciones que profundizan en el derecho de defensa, fruto de la experiencia práctica en la aplicación de la reforma de 2015.

Abstract: In APLECRIM the precautionary measures, especially the detention, do not undergo substantial modifications since they have been subject to various reforms in recent laws. Arrest, on the contrary, does abandon any reference to the systems of automatic deprivation of liberty, incompatible with the exceptional nature of the precautionary measures. As result of practical experience in the application of the 2015 reform, the modifications introduced deepen the right of defence.

Palabras clave: Medidas cautelares. Detención. Libertad. Defensa.

Keywords: Precautionary measures. Arrest. Liberty. Defence.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto el tratamiento de la parte general de las medidas cautelares y de la detención en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Y, siendo esta la finalidad y partiendo de la base de los destinatarios del mismo, profesores de Derecho Procesal, el método de análisis no puede ser otro que el de destacar las reformas propuestas y su relación con las normas vigentes, de manera precisa, sin caer en la tentación de desarrollar conceptos básicos de la disciplina que, se entienden, poseen los miembros de la Asociación.

Un trabajo, pues, sobrio, casi esquemático, que sigue el articulado, lo analiza y destaca sus aspectos más relevantes, pues se trata en este momento de generar opiniones, propuestas útiles para la mejora del texto, no reflexiones sobre alternativas que los autores de la norma no han asumido. No es momento, cuando se presenta un texto elaborado, de hacer críticas al modelo, aunque no se comparta, sino de valorar, en el marco de las opciones del legislador, las que éste ha escogido y desarrollado.

Y, en este contexto y aunque el futuro de la propuesta no aparece con claridad, siempre es positivo avanzar opiniones sobre normas expresas que revelan y expresan posicionamientos propios de un sector ideológico del arco parlamentario. Aunque el texto no tenga futuro cierto el debate será enriquecedor.

En materia de medidas cautelares personales y aunque con las limitaciones de una mera reforma parcial, el legislador, en la LO 13/2015, de 5 de octubre, llevó a cabo profundas modificaciones, especialmente en la detención, incrementando de forma notable las garantías de los detenidos y su derecho a la defensa. Un cambio sustancial que la propuesta asume en su integridad, pero que desarrolla en aspectos muy determinados que, por la lógica de una reforma parcial y sujeta al articulado existente, no pudo entonces ser tratada con la amplitud y libertad que permite la elaboración de una nueva norma integral.

La propuesta, aunque de modo ciertamente insuficiente, desarrolla en los arts. 186 a 189, las que denomina “Disposiciones Generales”, las cuales hubieran podido redactarse con más detenimiento y amplitud, destacando exigencias concretas y eficaces y consecuencias específicas. Se hace en alguno de los principios, pero no de forma que se expresen en algo más que reglas de interpretación cuya eficacia posterior ha sido reiteradamente puesta en duda. Queda, por tanto, la impresión de tratarse de normas informadoras, no de criterios de aplicación directa. Y es que, en esta materia,

tan propicia necesariamente a la apreciación judicial casuística, el valor y eficacia de los principios que rigen las medidas cautelares, tienen un valor jurídico y vinculante más importante que en otras perfectamente regladas.

No obstante, la regulación que incorporara efectos y causas, sería determinante incluso a la hora de interpretar las normas y, en algunos casos, directamente trasladable a situaciones que suelen someterse a apreciaciones en exceso subjetivas.

Por el contrario, cabe destacar el adecuado tratamiento de la detención a través de una estructura que se aparta de la vigente, más propia de sistemas cercanos a las medidas cautelares automáticas y dependientes de criterios objetivos, punitivos y de peligrosidad. Frente a ello la nueva normativa asume sin reservas el carácter cautelar de la medida aunque en ella, como ya ha sido aceptado comúnmente, se ordenen fines más próximos a la prevención e, incluso, a la investigación en sí misma considerada.

Se introducen mejoras que deben destacarse y valorarse positivamente, no sólo porque amparan situaciones que la práctica ha revelado susceptibles de interpretaciones restrictivas para los derechos de los detenidos, sino también porque la reforma viene presidida por una muy apreciable orientación garantista del derecho a la libertad y a la defensa, sin por ello obviar o negar la necesidad de asegurar los fines de la privación de libertad, nunca sancionatoria.

Desde estas premisas se van a presentar estas páginas, destacando los aspectos esenciales de la reforma propuesta y sin entrar en debates sobre conceptos de la disciplina que vayan más allá, en algún caso muy concreto, de su mera cita o que vengan impuestos por su incorrecta aplicación. No es este el momento y lugar para elucubraciones doctrinales tan del gusto de juristas adictos a los requisitos de la llamada “excelencia”, pura expresión del vacío intelectual y que antepone la forma al contenido, que persigue la crítica y la subordina a la corrección formal, que prefiere la cantidad a la calidad. Los conceptos no sirven para exhibirlos, sino para, desde su conocimiento, hacer un derecho vivo. Y, ante un anteproyecto, optar por un artículo correcto formalmente y carente de crítica y alternativas, es la mejor expresión de una Universidad irrelevante y ajena a las necesidades sociales. Esta revista es y debe ser otra cosa y servir para que la Universidad vuelva a recuperar su posición social, la que los criterios y órganos de valoración de méritos quieren negarle por considerar que una Universidad librepensadora es siempre un riesgo si hace uso de su libertad.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES INFORMADORES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Los arts. 187 y ss. del anteproyecto contemplan cuatro de los principios que, clásicamente, han venido informando la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares, los cuales se desarrollan de manera abierta y genérica, debiéndose entender que su concreción en cada caso deberá adaptarse a lo dispuesto en las normas que regulan cada medida cautelar.

Llama la atención la excesiva parquedad con la que se abordan, de modo que aparecen con excesiva abstracción y, en algunos casos, indefinición. De la misma forma, la omisión de toda referencia al principio de proporcionalidad y el papel que debe jugar en orden a la restricción de las resoluciones cautelares cuando la regla de la proporción de los sacrificios lo imponga. Una proporcionalidad que, si sirvió para garantizar derechos, ahora juega en sentido contrario, siendo, por tanto, obligado desarrollar el principio cuando el mismo es utilizado, incluso, para eludir la sumisión a la regla de la legalidad en la restricción de derechos (art. 53 CE).

Y, en fin, la elección de principios y su denominación, que en algunos casos viene a sustituir conceptos asumidos doctrinalmente y que la subsunción en otros puede hacer perder valor y eficacia.

Sucede así con el principio de necesidad (art. 187) que la norma parece entender comprensivo de la idoneidad, no obstante lo cual no se trata de reglas plenamente coincidentes. La necesidad hace referencia a ese carácter imprescindible y justificado de la medida adoptada, de modo que su eficacia directa tiene la función de excluir resoluciones que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas si, a su vez, tienen el mismo grado de utilidad. Pero, la idoneidad, prevista hoy en el art. 588 bis a) LECrim, tiene un ámbito de aplicación más específico y se relaciona directamente con el hecho, de forma que, al margen de la gravedad de la restricción, solo es posible ordenar una medida cuando sea idónea para conseguir un fin, no bastando con que sea necesaria.

De la misma forma, necesidad no es plenamente identificable con excepcionalidad, principio inspirador de toda restricción de derechos fundamentales. Y es que, no basta con que no exista otra medida alternativa menos gravosa para el fin, atendiendo a la necesidad de las diferentes alternativas, sino que la menos invasiva es y debe ser preferente, no, como se suele decir, sustitutiva de una ordinaria, considerándose tal la que priva de libertad.

La excepcionalidad va más allá de la necesidad, pues, en este marco de la privación de libertad, implica que este derecho solo puede ser restringido cuando sea absolutamente determinante para el fin propuesto. Una cosa es la privación excepcional de la libertad y otra, aunque parcialmente coincidente, es que sea preferible la medida menos invasiva en el mencionado derecho. Es preferente la libertad y, cuando debe limitarse, una medida, por ejemplo, de arresto domiciliario a una prisión provisional.

Y es que esa omisión de la excepcionalidad es la que lleva al legislador a una norma, el art. 187, que siendo esencial para el funcionamiento del sistema constitucional en una evolución tendente a preservar los derechos humanos, queda limitado de manera inexplicable. Si se hace y se eleva la excepcionalidad a rango de principio, toda decisión que adopte una medida privativa o restrictiva de libertad debe justificar la improcedencia de otra menos gravosa, es decir, que la medida adoptada es necesaria y, por tanto, imprescindible. Si se omite aquel principio, este análisis de la necesidad requiere menos exigencias, pues necesidad no es sinónimo de excepcionalidad. Solo así se entiende la exclusión de la regla de la excepcionalidad que, en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, se prevé en el art. 588 bis a),4. Y de ahí resulta que la obligación de explicitación de las razones por las cuales no se adopta una medida menos gravosa solo se imponga a los agentes a la autoridad, no a los tribunales, siendo estos los que, normalmente, deberían motivar la improcedencia de una medida menos intensa, pero útil, idónea y proporcional.

Que sea necesario justificar la elección de una medida grave para cumplir ciertos fines y, que ello suponga motivar la inconveniencia de una menos grave es consecuencia del principio de excepcionalidad, de la regla de la libertad y su restricción como excepción. Y esa motivación, si rige plenamente la excepcionalidad, no puede quedar ceñida a los agentes de la policía. Desaparecido el principio de excepcionalidad, queda limitada esa obligación a los casos en los que es la mera necesidad la que determina una motivación que se ve reducida en sus exigencias.

Y, de este modo, el art. 247,2, al regular la prisión provisional, ordena que no se adopte cuando sea procedente una menos gravosa, pero omite imponer la obligación judicial de motivar la improcedencia de esta última.

Alguna complejidad presenta el art. 188, referido al principio de provisionalidad que engloba en un solo significado éste y el más específico de “obedecer a la regla rebus sic stantibus”. No obstante, la norma, al incluir

ambos bajo una única rúbrica, no tiene efectos prácticos determinantes, pues viene a exigir las mismas condiciones, especialmente que deben ceder cuando carezcan de justificación, que se extinguen con la sentencia y que se encuentran sometidas a plazos máximos, no mínimos.

Se ordena mantener las medidas solo el tiempo indispensable para el cumplimiento de los fines por las que se acordaron, siempre que subsistan los motivos por las que se acordaron y que deben ser revisadas si ambos varían. Nunca, pues, las medidas cautelares pueden funcionar a modo de sanción anticipada o cumplir fines no cautelares, propios de la pena o de las medidas de seguridad.

Dispone una regla imperativa expresa que prohíbe que, una vez agotado el plazo máximo de una medida, ésta pueda mantener su efecto. Debe entenderse, pues, que no cabe de nuevo adoptarla y que, teniendo en cuenta que el cómputo de los plazos se adapta o tiene en cuenta la conducta del investigado, debe ser el Estado el que asuma los riesgos de incomparecencia del sujeto pasivo. Una investigación prolongada o excesiva por razones no imputables al encausado, incluso cuando éste incurra en las mismas conductas que justificaron su privación de libertad, no debería hacer recaer en él las deficiencias del sistema. Y el Estado debe ser, en estos casos, el responsable de sus obligaciones, tales como el control de las fronteras o la prevención del delito, sin que parezca adecuado a la regla de la proporcionalidad ampliar una privación de libertad ante su incapacidad de hacer efectivos sus deberes públicos. No debe obviarse que el Estado tiene obligaciones que cumplir y cuyas deficiencias no pueden recaer en exclusiva en los ciudadanos, ni siquiera en los inculpados.

No es ésta la opción de la norma que, en su art. 250,4, a pesar de lo establecido en el art. 188, reproduce la norma hoy vigente (art. 504,4), autorizando la nueva adopción de la prisión provisional si el puesto en libertad provisional, agotados los plazos máximos, deja de comparecer a un llamamiento judicial.

Una lectura, pues, del articulado de la norma propuesta, nos debe llevar a considerar la real eficacia de estos preceptos que se contienen en los arts. 186-189, que corren el riesgo de aparecer como simples reglas programáticas al no vincularse o tener efectos directos en el desarrollo posterior de cada una de las medidas o experimentar excepciones que, en algunos casos, los convierten en irrelevantes en aquellos aspectos o situaciones en los cuales su respeto es más necesario.

III. LA DETENCIÓN

1. LA ADOPCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Frente a la denominación de la prisión como provisional, no preventiva, se mantiene en la norma propuesta la de detención preventiva, que tiene o se aproxima a un concepto en ocasiones cercano a las medidas de seguridad y menos a las cautelares, cuya función, si bien es prevenir un riesgo, lo hacen respecto al proceso, del cual son instrumentales, no de objetivos más cercanos a los que impiden aquellas resoluciones de carácter punitivo.

No obstante y a pesar de esta aparente contradicción entre medidas que tienen y deben tener la misma naturaleza, la regulación de la detención así llamada es deudora de su conceptualización como medida cautelar, al margen de que tanto a ésta, como a la prisión provisional, se asignen funciones que no son estrictamente cautelares, como sucede con el siempre discutible riesgo de reiteración delictiva, cuya evitación parte siempre de una presunción de culpabilidad de compleja coherencia con el de presunción de inocencia que asiste a todo sujeto sometido a un proceso penal. Una discusión ésta, la de la coherencia de un fin preventivo entre los cautelares, cerrada por la jurisprudencia y aceptada caso obsecuentemente por la doctrina sin crítica ya alguna.

La regulación de la detención preventiva en el texto propuesto debe considerarse, en general, positiva y avanzada, especialmente en lo que se refiere a una necesaria actualización y acomodación a su naturaleza no obligatoria, sino vinculada al cumplimiento de fines cautelares y, de forma destacada, aunque ya se hizo en 2015, en el desarrollo de los derechos del detenido y de modo especial, el de defensa.

No se trata, como antes se dijo, en estas breves páginas de realizar un análisis de la medida, conocida sobradamente, sino de indicar aquellos aspectos de la futura, en su caso, reforma, que merecen una atención detenida por incorporar novedades en su regulación. Y hacerlo de la manera más esquemática posible, pues en este momento la finalidad perseguida con este trabajo y las jornadas que se han celebrado a instancias de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal, para la cual se elaboró en forma de ponencia, no puede ser otra que la de proponer reformas o, simplemente, un análisis o mayor reflexión sobre los aspectos que puedan necesitar de ciertas modificaciones.

El método expositivo, pues, responderá a esta finalidad, siendo por tanto el desarrollo de estas páginas el adecuado al análisis de los preceptos considerados necesitados de algunas precisiones.

1.1. El art. 190. Supuestos en los que procede la detención preventiva

Debe destacarse, pues ha sido este un debate nunca cerrado, que la norma abandona la regla imperativa del art. 492 LECrim que ordenaba acordar a la policía la detención cuando se verificaran los presupuestos establecidos en la misma. La norma vigente, reformada en muchos aspectos, no vio alterada esta suerte de obligación, contraria al carácter excepcional de cualquier medida cautelar que implique privación de libertad.

Téngase en cuenta que el precepto mencionado sigue conteniendo, junto a la exigencia en el caso de riesgos de naturaleza cautelar que justifican la detención, criterios automáticos derivados exclusivamente de la gravedad de la pena impuesta, de modo muy similar a lo que sucedía en materia de prisión provisional hasta la reforma de 2003.

Una lectura del vigente art. 492 LECrim revela la automaticidad de la detención y su carácter preceptivo cuando concurre la sospecha de participación en un delito de cierta gravedad respecto de un procesado, exigiéndose el riesgo de incomparecencia en los casos en los que el sujeto no se halla procesado. El procesamiento, pues, la imputación formal penal, justifica la privación de libertad que puede extenderse hasta setenta y dos horas.

De ahí, de esa conjugación entre criterios que atienden a la gravedad de pena, bastantes por sí mismos para justificar la detención y otros que se remiten a fines de naturaleza aseguradora del proceso, el mantenimiento de una regla automática cuya constitucionalidad es muy discutible.

La norma propuesta avanza decididamente en la configuración cautelar exclusiva de la detención preventiva y abandona cualquier referencia a elementos ajenos a este carácter, de modo que, en lógica consecuencia, confiere a la medida esa no obligatoriedad, ni automaticidad, propia de este tipo de resoluciones.

A ello debe unirse, como más arriba se comentó, lo establecido en el art. 187, que obliga a las autoridades y sus agentes a motivar la improcedencia de medidas menos gravosas que colmen las necesidades de las decisiones de privación o restricción de libertad, de lo que se infiere que, aunque coincidan en el caso los peligros que el precepto relaciona como justificativos de la medida, solo será posible acordarla si aquellos no se pueden prevenir mediante medidas menos intensas para los derechos del detenido. Y, sin duda, la no motivación o la motivación insuficiente, podrá ser motivo de nulidad de la orden de detención, pues los defectos de motivación en este tipo de resoluciones, cuando afectan a la vigencia de los derechos en juego, convierten la resolución en nula de pleno derecho.

1.1.1. Fumus boni iuris

La norma identifica este presupuesto con la existencia en el caso de “*indicios de participación en un delito*”¹. El hecho de tratarse de una medida provisionalísima e inicial en muchos casos, lleva a dos diferencias con la regulación que se hace de este presupuesto en materia de provisional. Una, que no se añade a los indicios que deban ser racionales. Otra, que basta en el caso de detención con que la persona haya podido participar en la comisión de un delito, mientras que para acordar su prisión provisional, se exige que lo haya cometido.

No parece que estas diferencias, en este momento, deban llevar a mayores reflexiones. Los indicios no son o dejan de racionales, porque siempre tienen naturaleza fáctica, debiendo conducir racionalmente a la conclusión a la que se llega. Que baste con que concluyan la posible participación en el delito, parece suficiente en los momentos iniciales, si bien, obviamente, el dato de la concreta participación no parece que pueda ser tratado en todo caso sin atender o ponerlo en relación con los riesgos a prevenir, pues se vincula directamente con el peligro de fuga o de reiteración de conductas concretas. Ser autor, cómplice o encubridor tiene relevancia suficiente para eludir la aplicación de la detención y, especialmente, para individualizar el riesgo que justifica el *periculum in mora*.

En consecuencia, pues, la norma debe ser o debería ser matizada en evitación de interpretaciones automáticas que podrían afectar a la propia esencia excepcional de la medida o a su justificación.

1.1.2. Periculum in mora

Frente a la norma vigente, continuadora de rasgos incompatibles con la excepcionalidad de cualquier medida limitativa de derechos, la que se propone se articula sobre la base de criterios que se fundamentan en riesgos de naturaleza procesal, de aseguramiento del proceso en sentido amplio, siendo, de este modo, valorables en cada caso, necesariamente motivados por quien ordena la detención y sujetos a la justificación de su necesidad por no ser suficiente para conseguir prevenir el peligro una medida menos gravosa.

¹ Sobre las diferencias en la intensidad de la base objetiva muchas han sido las reflexiones doctrinales, destacando en su momento la recogida por GIMENO SENDRA, V-VIVES ANTÓN, T.; *La detención*. Barcelona 1977. Pp. 92-93. ASENSIO MELLADO. JM. *La prisión provisional*. Madrid. 1987. Pp. 113 y ss..

La detención procederá cuando concurra un riesgo de fuga, lo que podrá deducirse de las circunstancias del hecho o de su presunto autor, expresiones estas amplias que podrían extenderse más allá de lo razonable y entrar en el terreno de la siempre compleja valoración de los antecedentes policiales. En todo caso, no será bastante con aludir a criterios vagos e imprecisos, pues la norma obliga a que tales elementos permitan inferir racionalmente el riesgo de fuga, lo que se traduce en la exigencia de una motivación que vaya más allá de una mera indicación del historial del detenido, ajeno a su relación con la conducta procesal que le viene impuesta legalmente.

De la misma manera, se podrá ordenar la detención cuando concurra un riesgo de obstaculización del proceso derivado de la posible afectación de las fuentes de prueba, materiales o personales, que no se exige que sean relevantes en este caso a diferencia de lo previsto en el art. 247,1 para la prisión provisional. Una finalidad estrictamente cautelar que, igualmente, debe motivarse y que no podrá ser colmada con una somera referencia a un peligro abstracto. Y nunca, evidentemente, podrá mantenerse por falta de colaboración del detenido. El derecho de defensa, su ejercicio, nunca puede ser equiparado a un riesgo de frustración del proceso, a pesar de las corrientes que, en este sentido, se extienden en múltiples ordenamientos jurídicos.

Más complejo es el motivo que legitima la detención cuando sea necesaria para evitar la reiteración delictiva, riesgo éste que, aunque jurisprudencialmente avalado, carece de naturaleza cautelar, siendo expresión de una medida preventiva, cercana a las medidas de seguridad². Y es que, si se tiene en cuenta que lo que define a una medida como cautelar es su instrumentalidad, es decir, su justificación respecto de un proceso concreto que se ha de asegurar, cuando lo que se quiere es prevenir un proceso hipotético y futuro, se desvanece ese carácter definitorio, entrándose de lleno en otro espacio que no puede ser amparado bajo la noción de medida cautelar³.

Cierto es que, frente a la amplia prevención del vigente art. 503 LECrim, la norma ahora propuesta concreta y delimita el riesgo en un intento de vincular la prevención de futuros delitos con los investigados en un proceso concreto incoado o que se va a incoar, el que motiva la detención.

² Vide ORTELLS RAMOS, M.; "Para una sistematización de las medidas cautelares". *RGLJ*. Mayo 1978. P. 455.

³ Sobre la llamada "orden de protección", FUENTES SORIANO, O.; *El enjuiciamiento de la violencia de género*. Madrid 2009. Pp. 165 y ss.

De este modo, solo procederá la detención si se constata un riesgo de que el sujeto puede atentar contra bienes jurídicos de la víctima, es decir, un riesgo en quien ya ha sido imputado en un proceso o lo va a ser como consecuencia de la detención. E, igualmente, será posible detener cuando se verifique un riesgo de comisión de delitos concretos relacionados con el que legitima la detención.

Dos situaciones las previstas que no son compatibles con la prevención de delitos en general y que, de algún modo podrían ser compatibles con la regla de la proporcionalidad y, de la misma forma, con el requisito de la instrumentalidad, pues la relación entre el delito presuntamente cometido y el que se quiere prevenir es directa, revelando o exigiéndose cierta capacidad del detenido para incrementar los efectos de sus acciones previas o de cometer nuevos hechos relacionados con los anteriores. Incluso podrían los diversos delitos ser enjuiciados acumuladamente por tener la naturaleza de conexos.

En consecuencia, aunque la idea de prevención sea difícilmente compatible con la noción de medida cautelar, la concreción de la norma reduce ese pleno carácter preventivo y concede a la medida, tal y como está propuesta, rasgos que avalan su legitimidad.

Téngase en cuenta que, además, la norma exige que la detención se motive y que dicha motivación ha de basarse en la presencia de datos objetivos, no meras sospechas, que revelen un “evidente peligro”, no un riesgo abstracto o genérico. Requisitos éstos que, unidos a los anteriores, delimitan la detención e impiden conductas que no sean compatibles con el derecho a la libertad en estos casos en los que la aplicación de una presunción de culpabilidad debe evitarse.

Igualmente, la detención podrá acordarse en los casos de flagrante delito, supuestos estos en los que, parece, no se exigirá la concurrencia de riesgo alguno, bastando el hecho presuntamente cometido o, mejor dicho, la forma en que es sorprendido su presunto autor. Discutible cautelarmente y solo justificado en razones procedimentales en orden a la aplicación de procedimientos simplificados en los que la detención es presupuesto para su aplicación.

Del mismo modo, procederá la detención a los meros efectos de identificación, si bien esta posibilidad se vincula a la participación en un delito y la necesidad de conocer la identidad de su presunto autor, no bastando, pues, con la genérica de identificación para el cumplimiento de fines ajenos a los procesales.

La comisión de un delito leve autoriza la detención si se trata de personas sin domicilio conocido y que no ofrezcan garantías de comparecencia a juicio de la autoridad. Se trata de una traslación de normas complejas, pues la regla de la proporcionalidad se vulnera cuando, para la investigación de un hecho que no lleva aparejada pena privativa de libertad se ordena una medida que sí la comporta. Un posible exceso que se justifica en la imposibilidad de garantizar la presencia en el proceso de personas determinadas, pero que el Estado debería subsanar con medidas que no implicaran la pérdida de la libertad.

La justificación de una medida no homogénea con la ejecutiva que puede aplicarse, rompe con elementos esenciales de las cautelares.

1.2. Sujetos que pueden ordenar la detención preventiva

El sistema que atribuye la dirección de la investigación al MF, trae consigo, lógicamente, una modificación de los sujetos legitimados para adoptar la detención. La consecuencia más importante es la desaparición de la detención judicial, pues el papel que podía asumir el instructor lo desempeña el MF, quedando el juez para la decisión del resto de medidas cautelares en todo caso previa petición de aquel. Igualmente, se reduce considerablemente el ámbito de las facultades de detener de los particulares, en un marco coherente con la realidad, muy distante de las previsiones del vigente art. 490 LECrim y, en fin, la detención policial se sujeta a un control del MF coherente con su posición en el marco de la investigación, que limita el poder de la autoridad gubernativa en el marco de la adopción de medidas privativas de libertad.

Un marco, pues, avanzado que supera cierto anacronismo y la contradicción existente en la ley vigente entre una detención gubernativa que originalmente tenía la mera finalidad de poner al detenido a disposición judicial (art. 496), pero que adquirió un sentido propio vinculado a la investigación policial, incluso determinante del procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de ciertos delitos (arts. 795 y ss. LECrim), de modo que la medida cautelar quedaba en manos o a disposición de la policía judicial durante el plazo común de setenta y dos horas y supeditada a necesidades de investigación o mera conveniencia de su mantenimiento.

Los particulares solo podrán detener en caso de flagrante delito (art. 195), limitándose quien lo haga a impedir su fuga y garantizar la integridad del detenido.

La policía podrá detener, de oficio, en cualquiera de los casos del art. 190. El legislador, pues, no ha optado por prohibir la detención gubernativa, no cediendo a corrientes que derivan la orden en el MF en todo caso⁴. No obstante, el art. 192 da un paso adelante y deriva el control de la detención gubernativa en el MF. La policía deberá poner en conocimiento del MF la detención de forma inmediata y será éste el que decida sobre la situación del detenido.

El MF podrá, igualmente, mediante Decreto, ordenar la detención durante el curso de la investigación.

2. LA DURACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Fuera de los casos de detención por particulares, cuya función exige la inmediata puesta a disposición de la policía judicial del detenido (art. 195), la detención no podrá exceder el plazo de setenta y dos horas. La propuesta, por tanto, suprime el abrogado art. 496 LECrim que limitaba la detención al plazo de veinticuatro horas, el tiempo que, cuando se aprobó la Ley vigente, se consideraba suficiente para poner a disposición efectiva del Juez de Instrucción al detenido.

Las reformas posteriores ampliaron una medida que, lejos de limitarse a ese traslado concedieron a la policía facultades de investigación practicadas con cierta autonomía y que se entendían adecuadas o necesitadas de la privación inicial de la libertad.

Quiere esto decir que la detención solo podrá acordarse y mantenerse, incluso en el marco del plazo legal, si subsisten los riesgos para cuya prevención se acordó, no siendo ya posible su adopción automática para garantizar o facilitar las diligencias de investigación de la policía judicial. El cambio de sistema y de los criterios que autorizan la detención es de mayor profundidad que la que aparentemente muestra, pues la necesaria justificación de los riesgos cautelares va a traer consigo la ilegitimidad de detenciones automáticas hasta ahora ordinarias y un cambio sustancial en la forma de actuar de la policía judicial.

Se trata de una modificación sustancial en tanto supedita la detención a la verificación o garantía de la evitación de riesgos cautelares, los que justi-

⁴ En el borrador del anteproyecto —uno más., que se elaboró cuando fue Ministro de Justicia López Aguilar, se optaba por conceder al Ministerio Fiscal la competencia para ordenar la detención mediante Decreto. La policía solo podía hacerla efectiva en casos de urgencia justificada. Vid ASENIO MELLADO, JM.: “La reforma del sistema de medidas cautelares”. En *La reforma del proceso penal* (Obra colectiva). Madrid 2011. Pp. 307-308.

fican la privación de libertad y que supedita su acuerdo y mantenimiento a tales funciones.

Aunque la Constitución, en su art. 17,2, parece amparar la detención en las necesidades de investigación, lo que mantiene el art. 520,1 vigente, la propuesta protege en mayor medida la libertad y la circunscribe a su real naturaleza cautelar. Una mayor protección del derecho que es compatible con la Constitución, pues garantiza en mayor medida la libertad. Solo, pues, si hay riesgo de obstaculización de la investigación se podrá adoptar la detención, que será improcedente por la razón única y exclusiva de investigar o de facilitar diligencias que puedan ejecutarse con el investigado en situación de libertad.

La detención no es instrumental de una investigación, sino de un proceso eventual en riesgo. La excepcionalidad lo impone y las consecuencias de esta norma, de aprobarse, obligarán a un cambio sustancial en la adopción de esta medida cautelar.

Si la detención es practicada por la policía, ésta deberá poner en conocimiento del MF el hecho a los fines de que éste decida sobre la situación personal, asumiendo el control de la medida. Si la acuerda el MF, la practicará la policía (art. 193).

En ambos casos, en el plazo legal se pondrá al detenido en libertad o se pedirá la prisión provisional o la medida cautelar que sea procedente.

El art. 194, en desarrollo de lo previsto en el art. 55,2 CE, autoriza la prórroga de la detención por un espacio de veinticuatro horas más en los supuestos de investigaciones referidas a organizaciones criminales terroristas y delitos de terrorismo. Pero, a diferencia de lo establecido en el vigente art. 520 bis LECrim, tal ampliación de la privación de libertad no se justifica exclusivamente por el objeto de la investigación o el presunto delito cometido, exigiéndose, en coherencia con lo que exige el art. 55,2 CE, una justificación que ha de ser individual, lo que no se compadece con la mera referencia al delito cometido.

Y, de este modo, la prolongación de la detención se vincula a la presencia en el caso de razones de índole cautelar, que deben motivarse de manera expresa y venir refrendadas por elementos objetivos que garanticen que la prórroga no es automática y acordada con fines ajenos al proceso.

Para que proceda la autorización judicial, será necesario que exista un peligro concreto de frustración de la investigación que la norma desarrolla de forma adecuada, poniendo el acento en la capacidad del detenido de alterar las fuentes de prueba, de forma directa o indirecta.

Igualmente, podrá ampliarse el plazo de detención cuando concurra un peligro de fuga, si bien, en este caso la redacción de la norma es un tanto compleja. No solo se justifica la prórroga en un riesgo de fuga del detenido, sino también cuando puedan huir otros autores o partícipes en los hechos o los miembros de organizaciones criminales o terroristas con las que el detenido se encuentre vinculado. Un peligro excesivamente amplio para cuya apreciación no se entiende muy bien la necesidad de ampliar la detención si se tiene en cuenta que la incomunicación no podrá impedir que la detención se ponga en conocimiento de determinadas personas. Y que el solo hecho de conocer la detención puede poner en marcha las reacciones de quienes se puedan considerar en peligro para su propia libertad.

Debería, de igual modo, concretarse el significado del término “organización criminal” al que se refiere el art. 194, 1b), pues el riesgo de huida de un miembro de tales organizaciones, no terroristas, aunque el detenido se encuentre vinculado a las mismas, es en exceso amplio e indeterminado. Y es que el art. 55,2 CE solo se refiere a la investigación de bandas armadas o terroristas, no a otro tipo de organizaciones criminales. La vinculación de un detenido con estas últimas solo podría justificar la prórroga si esa vinculación lo fuera por actividades de terrorismo, no por otras que, aunque delictivas, carecieran de esa relación habilitante para las excepciones a las reglas generales en materia de garantía de la libertad (art. 17 CE). Podrá objetarse que el detenido ha sido por su integración en una banda terrorista y que las relaciones con otras organizaciones criminales, por ejemplo, de venta de armas, se traducen en una participación en delitos de terrorismo. Y eso, precisamente, es lo que la norma debe concretar, el alcance de la relación y su incidencia en los actos de terrorismo que legitiman la ampliación del plazo de detención.

El anteproyecto es en exceso prolijo con la investigación de organizaciones criminales y, en este sentido, adopta medidas en muchas ocasiones de dudosa constitucionalidad. Una de ellas puede ser ésta si no se concreta exactamente la relación del riesgo prevenido con el delito presuntamente cometido.

3. FORMA DE LA DETENCIÓN

El art. 198 de la propuesta viene a coincidir casi literalmente con el vigente art. 520 LECrim. Que la detención haya de practicarse en forma que no perjudique los derechos del detenido distintos a su libertad y, especialmente, los relativos a su honor, intimidad e imagen, aunque se destaque la

obligada protección al derecho a la libertad de información, no es asunto menor. Detenciones practicadas con luz y taquígrafos, con publicidad no relevante desde el punto de vista de la información pública, con escenas denigrantes causadas por quienes la practican y con evidente vulneración del deber de sigilo por estos últimos, deberían obligar a adoptar medidas que no se colman con un precepto que ha demostrado su ineficacia. La relación entre derechos individuales e información no puede confundirse con los intereses económicos de medios de comunicación que practican un periodismo amarillo y basado en el escándalo y la intromisión en la intimidad de las personas.

Las meras admoniciones no son suficientes cuando la realidad acredita otros intereses en juego que se anteponen a la vigencia de los derechos humanos, los del detenido⁵. Y sin que sea evidenciable una real relevancia pública de la noticia televisada. El interés público en el conocimiento del hecho de la detención es escindible de la publicación de imágenes de la misma.

Destaca la norma propuesta por la consideración en el texto de la ley procesal penal de una protección especial de la persona del detenido que se concede a un funcionario distinto a los que hayan procedido a la detención y ajeno a quienes investigan los hechos. Un tercero sin interés directo, aunque sea objetivo, bajo cuya custodia y responsabilidad debe quedar el detenido. Un funcionario responsable, identificado en cada momento desde el ingreso en las dependencias policiales y hasta la libertad o prisión (art. 199).

La responsabilidad, pues, se atribuye de modo expreso a un funcionario concreto, sin que se pueda diluir en la organización administrativa y se evita o se quiere evitar que el detenido esté en contacto con quienes lo detuvieron o lo investigan. Un acierto de la norma y una garantía para quien ingresa en una comisaría y cuyos derechos han de preservarse.

Las funciones del responsable se extienden, básicamente, a garantizar el respeto de los derechos del detenido, a hacerlos eficaces, dentro de lo que se incluye la garantía de la libre autodeterminación de aquel cuando se halle bajo los efectos de sustancias estupefacientes o tóxicas, sea menor de edad o se encuentre limitado por alguna discapacidad o falta de capacidad física o psíquica que haya que poner en conocimiento del MF.

De igual manera, será el responsable de que no se exceda el plazo de la medida. Y, por último, deberá asegurar la completitud del atestado, asegu-

⁵ Y así lo manifiesta ALONSO-CUEVILLAS, J.: "Proceso penal y derecho de defensa tras las reformas de 2015". En *Derecho y proceso. Liber Amicorum Francisco Ramos Méndez*. vol.1, 2018, P. 167.

rando que contenga una relación de todas las incidencias que se produzcan en relación con la detención y la persona detenida.

4. LA DETENCIÓN PARA LA EJECUCIÓN DE ACTOS Y RESOLUCIONES PROCESALES

La comparecencia preceptiva de una persona para la ejecución de determinados actos y resoluciones procesales, ha llevado en múltiples ocasiones a ordenar su comparecencia coactiva, careciendo nuestro ordenamiento de normas que avalaran esta restricción de la libertad, lo que suponía, más allá de la infracción del principio de legalidad, una ausencia de régimen jurídico que dejaba en una suerte de limbo jurídico a quien se veía sometido a una detención, pues en eso se traduce cualquier privación de libertad aunque no tenga el carácter de preventiva.

La norma propuesta supone, pues, un avance importante en la garantía de los derechos de toda persona privada de libertad, no sólo habilitando la restricción de dicho derecho fundamental, sino, lo más importante, regulando un régimen jurídico que evita la discrecionalidad y proporciona seguridad jurídica a quienes ordenan la detención y a quienes la padecen.

No obstante, la dificultad de aplicación de esta detención reside en el hecho de que no puede confundirse con la preventiva, pues no concurren en el caso los presupuestos que justifican la privación de libertad cautelar. De ahí que queden espacios que la norma no desarrolla adecuadamente y que son esenciales para su aplicación.

Solo puede ordenarla el MF o la autoridad judicial, en caso alguno la policía. Su fin es el cumplimiento de cualquier acto procesal en el que la presencia del detenido sea imprescindible, no solo conveniente, pues rige en toda su extensión la regla de la necesidad, que debe ser extremada en estos casos. Y es aplicable no sólo a los sometidos a proceso penal en calidad de partes pasivas del mismo, sino igualmente a peritos o testigos.

La duración de la detención no podrá exceder en ningún caso de veinticuatro horas, en el curso de las cuales, la policía, encargada siempre de su ejecución, deberá poner al detenido a disposición de la autoridad que ordenó la medida.

Si la detención se produce en territorio distinto a aquel en el que el ordenante ejerce jurisdicción se podrá ejecutar la diligencia si es posible o trasladar al detenido ante el competente, pero únicamente si es posible hacerlo dentro del plazo máximo o, en su caso, dice la norma, decidir sobre la situación personal del afectado conforme a la requisitoria que justificó la restricción de libertad.

Es decir, el art. 197 es consciente de que la finalidad de la detención en relación con el plazo máximo en que debe ejecutarse presenta fisuras difícilmente resolubles. Solo en el caso de que la medida que se garantiza se pueda ejecutar dentro del mismo, la detención cumpliría su función, siendo obligada la libertad si no puede hacerse en el transcurso del establecido sin excepción alguna. Si no puede ejecutarse no procede en caso alguno la detención o ampliación de un plazo que procedería únicamente cuando el sujeto pudiera ser sometido a detención preventiva, siendo a tal efecto necesario que se verificaran los presupuestos del art. 190. Y estos últimos nunca se dan cuando los detenidos sean personas distintas al investigado o acusado e, incluso, en este último supuesto, sería necesario algo más que la presencia imprescindible en el acto procesal, pues la detención preventiva solo se justifica cuando exista un riesgo de frustración de la investigación que va más allá de la mera presencia del investigado en el mismo.

La norma, por tanto, deja espacios sin resolver, pues no garantiza la finalidad propuesta, ni puede hacerlo sin mayores precisiones.

Sería conveniente, por tanto, un mayor desarrollo que previera las situaciones en las que, no siendo posible ejecutar el acto en el plazo legal, se hubiera de garantizar la presencia del sujeto cuando el mismo se llevara a efecto. Y la solución no es, parece, la de mantener una detención de forma no definida, ni la de detener, previa detención anterior, otra vez. Seguramente, vincular o compatibilizar temporalmente detención y ejecución podría ser lo adecuado. Y solo ordenar la detención cuando la misma garantizara la ejecución del acto en el plazo legalmente establecido. Si no se hace así, la privación de libertad carecería de justificación real y podría devenir en una mera sanción.

5. LOS DERECHOS DEL DETENIDO

El anteproyecto parte en su propuesta de la vigente regulación, fruto de la reforma de 2015 que, en este concreto aspecto, experimentó una modificación profunda y positiva. Una reforma que abordó materias que nunca se habían asumido como necesidad constitucional. Por esa razón, el listado de derechos que se contiene en el anteproyecto es en buena parte copia casi literal del estado de cosas vigente, si bien debe destacarse una nueva estructura, que clarifica y permite un desarrollo más acertado de la materia, lo que la LO 13/2015 no podía desarrollar al tratarse de una simple modificación parcial de normas y en el marco de una previsión legal no del

todo punto compatible con las medidas cautelares propias de un Estado de derecho avanzado.

En este contexto, la propuesta clarifica algunas de las reformas operadas en 2015, a modo de respuesta ante los problemas que se han suscitado en la práctica y aún no resueltos en buena parte. Lagunas o silencios, junto a reglas muy genéricas han puesto de manifiesto carencias que la ley debe suplir e integrar para evitar que el ejercicio de ciertos derechos quede desasistido ante interpretaciones restrictivas de la defensa. A la vez, es evidente que ciertos derechos deben acomodarse al nuevo sistema que confiere la dirección de la investigación al MF que, aunque imparcial, no deja de ser parte, de modo que en una fase diseñada con escaso control judicial y no mayor intervención de la defensa, haya de profundizarse en la información de la imputación al sujeto pasivo del proceso y, especialmente, al privado de libertad. Una imputación escasamente fundada y comunicada rompería el equilibrio, ya de por sí debilitado, entre las partes, lo que se agrava si esa deficiencia se observa en los primeros momentos por razones que no se fundamentan en la inexistencia de elementos de acreditación de la imputación, sino en una ventaja otorgada a la acusación pública.

Y, por último, la norma contempla nuevos derechos o, mejor dicho, expresión ampliada de otros ya previstos, pero necesarios cuando el derecho de defensa y el carácter cautelar de la medida se quiere reforzar.

La valoración de este apartado ha de ser positiva a pesar de las críticas que se puedan formular y que pueden deberse en muchos casos a cierta precipitación en la elaboración de una norma que hubiera exigido una mayor reflexión y ponderación, a la vez que haber prescindido en mayor medida de las previsiones de aquel anteproyecto de 2011, superado en estos diez años y que ha tenido excesiva influencia en la norma que se presenta.

El desarrollo de los derechos de los detenidos se estructura en dos bloques relativos, el primero, a los que se atribuyen a cualquier detención, y, el segundo, a los propios de los detenidos preventivamente. Una división que tiene sentido y fundamento, pero que deja espacios para la duda y lagunas sin resolver.

5.1. Derechos atribuidos a cualquier detenido

La norma relaciona en los arts. 201 a 206 un conjunto de derechos que corresponden a cualquier persona detenida, preventivos o no, pues se vinculan al hecho mismo de la privación de libertad.

La duda surge inmediatamente cuando se debe concretar el ámbito subjetivo de las normas. Porque, no parece que sea de aplicación a otras detenciones que no sean aquellas adoptadas en el curso de un proceso penal, es decir, las que derivan tanto de la posible comisión de un delito, como aquellas que tengan su origen en otras obligaciones o disposiciones de la ley procesal penal. Extender estos preceptos a detenciones cuya causa resida en normas de naturaleza no penal no se compadece con la inclusión de reglas en una norma procesal penal, ni con el contenido de algunos de los derechos reconocidos, aunque sí con otros que tienen aplicación general, como sucede con el Habeas Corpus, previsto en una ley específica. Otras privaciones de libertad, como las que tienen su origen en razones sanitarias, administrativas, civiles etc...no pueden encontrar un régimen adecuado en este cuerpo legal⁶.

De la misma forma, el hecho mismo de prever ciertos derechos para cualquier situación de privación de libertad, hace que alguno de ellos no se regule adecuadamente, siendo así que, cuando el origen es preventivo, su desarrollo exigiría una mayor precisión y coherencia con el articulado de la norma en su conjunto.

Todo detenido deberá ser informado, verbalmente en el momento de la detención y por escrito lo antes posible, de los hechos que se le atribuyen y que constituyen el motivo de su detención, de las razones por las que es detenido y de los derechos que le asisten en calidad de detenido.

Igualmente, se le ha de informar de la infracción que se afirma ha cometido.

La redacción de la norma (art. 201) es compleja y su coherencia con el resto del articulado, a veces no suficiente. Y es que, siendo lo normal que cuando se trate de detenciones no preventivas baste con una información de hechos y de infracciones más general, cuando la privación de libertad es preventiva, se impone una información que contenga una calificación jurídica provisional. El art. 14 es claro al respecto al imponer que a toda persona privada de libertad haya de informársele, inmediatamente, de la

⁶ Sobre las distintas detenciones que pueden producirse en el proceso penal, Vive BANACLOCHE PALAO, J.; "Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos de detención en el derecho español". En *Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valencia. Valencia 1998. Pp. 54 y ss. Igualmente ORTELLS RAMOS, M.; "Detención, retención y Habeas Corpus". *Seminario sobre detención y prisión provisional*. Xunta de Galicia. Santiago 1995. Pp. 73 y ss., En esta misma obra, vide TORRES-DULCE LIFANTE, E; *Libertad, detención, prisión y habeas corpus en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Pp. 250 y ss.

calificación jurídica atribuida a los hechos que justifican la detención y, por tanto, la imputación.

Y es que, la información de un hecho jurídicamente relevante, es decir, un hecho típico desde el momento mismo de la detención, es consecuencia de la obligación de concurrencia de una sospecha de participación en un delito. De este modo, si el *fumus boni iuris* se traduce en este requisito, parece complejo negar que se haya de proporcionar información sobre el presupuesto mismo que legitima la medida de privación de libertad. Y esta obligación, la de concretar inicialmente un hecho delictivo, en el que consten todos los elementos del tipo, aunque sea a un mero nivel de afirmación, impide detenciones e investigaciones prospectivas, por hechos que no aparecen como delictivos desde el momento primero, sino como meras sospechas de que podrían serlo. Reconocer el derecho a impugnar la legalidad de la detención y omitir el deber de informar del delito que se imputa, no sería otra cosa que mera especulación intelectual.

Que el art. 201 se redacte en forma ambigua y que se elimine este deber puede dar lugar a problemas interpretativos o de aplicación que lleven a conflictos innecesarios. Tal vez sería, por tanto, necesario reproducir el derecho a la información de hechos y derechos en lo relativo a los detenidos preventivamente, remarcando las especialidades aplicables en este caso concreto, que no tienen la misma importancia cuando de detenciones de otro carácter se trata.

Sí constituye un avance importante el deber de que la información se produzca de forma inmediata y verbalmente en el momento mismo de la detención, pues sin duda alguna el cumplimiento de esa obligación servirá para evitar, en su caso, declaraciones de apariencia espontánea que no se producirían con una adecuada ilustración de sus derechos al detenido.

Es importante, aunque ya se encontraba previsto para los detenidos preventivamente (art. 520 LECrim), el derecho reconocido a que se ponga en conocimiento de la persona que el detenido determine el hecho de la detención y el lugar de custodia, así como el de comunicar telefónicamente con quien aquel decida. Ampliar este derecho a cualquier detenido, de cualquier condición, es básico en los casos de situaciones que afectan a personas especialmente desprotegidas.

Importante es la norma que regula el derecho a un reconocimiento por el médico forense o el que corresponda en el caso. Destaca aquí la novedad que ordena que el parte no se comunique a los agentes encargados de la custodia, es decir, a la policía judicial, salvo los casos en que la persona, por

sus circunstancias, deba ser asistida o representada o apoyada legalmente. Se entiende, pues, que el parte se incorporará a las diligencias cuando se solicite por el MF, pero se evitará su aportación al atestado, no obstante lo cual, al disponer el detenido de una copia, éste podrá hacer el uso que entienda conveniente a su derecho al punto de impugnar la privación de libertad.

5.2. Derechos de los detenidos preventivamente

La propuesta viene, como se ha comentado, a reproducir en buena parte los derechos ya previstos y en forma casi idéntica, por la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015, altamente positiva y avanzada. No será objeto de atención en esta breve aportación, pues, todo aquello que venga a coincidir con la regulación en vigor, sino solo aquello que haya experimentado alguna modificación sustancial o lo que se prevea como novedad. Reproducir lo existente y conocido en lugar de analizar lo propuesto no tiene sentido cuando se trata de un trabajo que pretende valorar una norma presentada a la opinión pública para su informe. Y, en este sentido, la crítica y la exposición de opiniones y alternativas, lógica y coherente con la labor de juristas, especialmente, los universitarios comprometidos con la realidad, que no se complace con sistemas de control opacos en todas sus manifestaciones y cuya pretensión no es, precisamente, la de crear juristas y profesores libres. La excelencia, como criterio que se va imponiendo tiene de tal solo el nombre. La prudencia que se exhibe no es prudencia, sino algo distinto e incompatible con la esencia de nuestra institución milenaria.

Y, en este sentido, las aportaciones de la propuesta sin duda son propicias a un mayor respeto al derecho de defensa, profundizando en su preservación y garantía, a la vez que clarifica aspectos que en la práctica han ocasionado dificultades por causa de la tendencia a limitar los derechos del detenido.

5.2.1. El acceso al material necesario para impugnar la legalidad de la detención⁷

Uno de los derechos incorporados a la LECrim por la reforma de 2015 fue el relativo al acceso a los elementos que constaran en las actuaciones y que se consideraran necesarios para impugnar la legalidad de la detención,

⁷ Sobre la intervención del abogado en este momento como expresión del derecho de defensa, vide GIMENO SENDRA, V.; "El Habeas Corpus". En *Constitución y proceso*. Madrid 1988. Pp. 180 y ss.

expresión ésta que consta así en el apartado 2,d) del art. 520 vigente y que ha suscitado serios problemas de interpretación dada su excesiva amplitud y las precisiones que ha establecido la jurisprudencia.

En primer lugar, porque es discutible que pueda ser limitado el conocimiento de lo actuado a los solos elementos útiles para impugnar la legalidad de la detención y no su procedencia, máxime si se ha reforzado el derecho de defensa a los fines de garantizar una declaración no sólo libre y espontánea, sino plenamente respetuosa con la contradicción en sentido amplio.

Y, en segundo lugar, porque la indeterminación del momento en que el acceso es debido y el contenido de los elementos accesibles, ha dado lugar a situaciones que el TS ha interpretado bajo premisas no del todo punto comprensibles en un acto de ejercicio de la defensa y en el que no cabe hablar, en situaciones de normalidad, de limitaciones a un material, el policial, que posteriormente será aportado al procedimiento.

La reforma propuesta, en este sentido intenta ofrecer un marco un tanto más objetivo que, situándose en la misma línea que la norma vigente, clarifique las lagunas de la norma.

Por un lado, establece que el derecho de acceso del detenido y su abogado tendrá lugar después de haber sido aquel informado de sus derechos y antes de su declaración.

Por otro lado, circunscribe los elementos que deben ser objeto de puesta en conocimiento a los esenciales para impugnar la legalidad de la detención, no a los que sean necesarios para impugnar la imputación en que se basa la privación de libertad, relacionando una serie de documentos de forma particular, como la denuncia, los testimonios inculpativos, los informes periciales y las fotografías y grabaciones si existieran.

La norma, sin embargo, parte de una consideración similar a la que caracterizaba la regla vigente y es la de considerar la normalidad de la detención al inicio de las investigaciones, siendo así que puede suceder que la medida tenga lugar una vez avanzadas las diligencias, especialmente en el curso de la ahora prevista “investigación preliminar” (art. 556). Puede suceder, pues, que, decretada la detención ya exista un procedimiento en curso al cual deberían serle de aplicación las normas generales aplicables a los investigados, pues la declaración no puede ser considerada ajena a la adquisición de la condición de parte pasiva del proceso penal. Y ello, porque aunque lo común sea la primera comparecencia, el art. 559 establece que tal condición se adquiere en todo caso con la detención. O, lo que es lo mismo, todo detenido es investigado, aunque la detención se produzca

en el primer momento, variando el nivel de información que conste en las actuaciones.

De este modo y si el detenido goza de la condición de parte, debería entenderse que tiene el pleno derecho a conocer las actuaciones salvo declaración de secreto, tal y como establecen los arts. 51 b) y 144.

En resumen, tratándose de detenido con carácter previo, la comunicación se reconduce normalmente al atestado; pero, si se produce con posterioridad, debe serlo a la totalidad de lo actuado por disposición legal. Y aún en el primer caso, debe tenerse en cuenta que la detención se debe poner en conocimiento inmediato del MF el cual, como dispone el art. 542,2, se pondrá al frente de la investigación aunque permanezca la situación de privación de libertad, lo que se traduce en la aplicación del régimen general de derechos de todo investigado a conocer la totalidad de las actuaciones.

La asunción parcial de lo establecido en la Directiva 2012/13 UE, en la parte que consagra el derecho de todo detenido a acceder a los elementos indispensables para impugnar la legalidad de la detención, que el propio TS, en su reciente sentencia 312/2021, parece aceptar, olvida que aquella es una disposición general para todo el territorio de la UE; pero, en España el detenido es investigado y parte desde que se produce la privación de libertad, gozando de los derechos propios de todo imputado y, entre ellos, el de conocer la totalidad de lo actuado en el proceso. Que no se tenga acceso a los materiales extraprocesales, como afirma el TS en la sentencia citada, no puede extenderse a negar el general a todo aquello que esté integrado o se haya de integrar en el expediente de la investigación ante el MF.

Sería conveniente, a la vista de estas aparentes contradicciones y de la complejidad que la norma vigente está causando una clarificación del derecho de acceso a los elementos de la investigación coherente con la posición del detenido como investigado y el respeto al derecho de defensa, que no puede limitarse a los meros fines de impugnar la legalidad de la detención, sino que debe extenderse a oponerse a la misma tanto en relación con los elementos que justifican la imputación, como aquellos que motivan el peligro procesal.

5.2.2. La entrevista reservada con el abogado

Se introducen modificaciones importantes en el derecho, incorporado en 2015, del detenido a entrevistarse reservadamente con su abogado. La posibilidad de entrevista previa a la declaración, frente a la anterior legisla-

ción, compleja, que diferenciaba artificialmente entre derecho de defensa y asistencia letrada al detenido, cuando la detención era forma ordinaria de adquisición de la condición de imputado, dio paso a la consagración de la defensa como derecho que había de preservarse por encima de interpretaciones excesivamente forzadas.

La norma vigente autoriza al detenido a entrevistarse con su abogado con anterioridad a la declaración, lo que ha planteado algunos problemas cuando el detenido no declara. Es esta la razón, la respuesta a una práctica siempre tendente a restringir derechos, la que lleva al anteproyecto a ampliar el derecho, de modo que, por un lado, la entrevista tendrá lugar antes y después, y, por otro lado, se amplía a la práctica de cualquier diligencia en la que intervenga a los efectos de garantizar el asesoramiento al privado de libertad (art. 209,1 a).

Se garantiza y amplía el carácter defensivo de la intervención del abogado y el marco de una asistencia que, salvo detalles en los que se continúa con cierta inercia anterior, se aprecia en la detención una mayor profundización en el contradictorio.

5.2.3. La intervención del abogado en las distintas diligencias

Se mantiene en buena parte la situación existente, si bien se amplía en dos aspectos que necesitaban de desarrollo legal.

Así, se reconoce expresamente que el abogado podrá intervenir en la declaración en cualquier momento haciendo al detenido y de forma reservada, las apreciaciones que considere oportunas para su defensa. En este sentido, pues, no será suficiente con la previa entrevista, sino que, a la vista del desarrollo del interrogatorio, el asesoramiento del abogado servirá para evitar que el detenido actúe sin la asistencia de quien dirige su defensa técnica. Y dicho asesoramiento habrá de ser reservado, de modo que se mantenga el secreto en las relaciones entre abogado y cliente.

De la misma forma, se amplía la intervención del abogado a la diligencia de inspección ocular.

De nuevo cabe plantearse la razón por la cual, siendo el detenido un imputado, el mismo no puede intervenir en cualquier diligencia que se practique y es limitada a las que presentan contenido objetivo, impidiéndose con ello interrogatorios de testigos de cargo que podrían llevar a distintas conclusiones de celebrarse de modo contradictorio o la participación en pericias en forma de ampliación inmediata del objeto de las mismas.

6. LA INCOMUNICACIÓN DE DETENIDOS

Los arts. 211 y ss. del anteproyecto, regulan la incomunicación de detenidos y presos, medida excepcional ya existente y que ha experimentado importantes modificaciones en los últimos años y, hace tiempo, limitaciones derivadas de decisiones del TC que acomodaron la restricción de los derechos afectados a las necesidades que se pretenden prevenir.

Los principios que presiden la adopción de cualquier medida cautelar deben estar presentes en lo que constituye un régimen de cumplimiento de ésta, aplicable a cualquier privación de libertad, de modo que su adopción debe basarse en motivos de naturaleza cautelar y prevenir riesgos concretos, no genéricos, consustanciales a tal carácter. En caso alguno, pues, la incomunicación debe considerarse una sanción anticipada. Tampoco un régimen ordenado para facilitar la investigación, que parta de la negación o restricción del derecho de defensa y otros accesorios o íntimamente ligados al cumplimiento de la privación de libertad en condiciones especiales que favorecen la actividad policial o del MF al negar la participación efectiva del detenido o preso.

La incomunicación, como forma de cumplimiento de la medida, ha de estar justificada en el caso y ser excepcional y necesaria, es decir, fundamentada en los riesgos concretos, cautelares, que se quieran prevenir y siempre que no puedan ser asegurados los fines lícitos perseguidos por medidas menos intensas y gravosas para la libertad y los derechos afectados por las reglas especiales limitativas⁸. La regla es la privación de libertad ordinaria; la excepción, la incomunicación (art. 211,2). Y, debería entenderse, en una aplicación extensiva de lo dispuesto en el art. 187,2, que habrá de motivarse la incapacidad de aquella para cumplir los fines perseguidos y que la incomunicación es imprescindible, no bastando, pues, una mera referencia a esta necesidad abstracta.

La reforma de 2015 destacó por avanzar de forma considerable en la atribución de naturaleza estrictamente cautelar a la incomunicación, que solo es procedente ante la presencia de fines tendentes a garantizar el proceso o valores superiores del sujeto o terceros que pudieran verse expuestos en su vida, libertad o integridad física. Y esos valores y fines han de motivarse en el caso, así como la necesidad urgente de prevenirlos, no la genérica y permanente, que en caso alguno podría ser garantizada con una medida provisionalísima y de duración limitada.

⁸ Sobre fines de la incomunicación vide FAIRÉN GUILLÉN, V.; "La detención antes del juicio". *RDProc, ib-filip.* nº 4.1974 P. 764.

La propuesta continúa en la misma línea que la vigente, si bien profundiza en los motivos, los amplía y clarifica. No es más garantista en este caso que la norma en vigor, pues refuerza los motivos que justifican la incomunicación sin que en algún caso se justifique la ampliación de las causas que la autorizan.

6.1. Motivos que justifican la incomunicación

El art. 211, tomando como base la norma en vigor, la amplía y desarrolla excediendo el carácter cautelar que en 2015 se reforzó por la vía de incorporar fines de difícil compatibilidad con los estrictamente cautelares. Puede, pues, considerarse menos garantista y favorecedora de la investigación, seguramente por causa de una tendencia general de la propuesta a incrementar los medios ya amplios de los que dispone el MF. Una tendencia que debe ser corregida.

Se mantiene como criterio ordinario el de evitar un peligro concreto para la vida, la libertad o la integridad física de una persona, desapareciendo la exigencia de que a tales efectos haya de constar una “necesidad urgente”. No obstante, la supresión de esta concreción del peligro, queda de alguna forma subsanada por el principio de necesidad, consagrado en el art. 187 y reproducido en el apartado segundo de este art. 211. No bastará, pues, con la constancia de un riesgo que haya de evitarse, sino que la medida habrá de ser imprescindible para eludirlo.

La finalidad de asegurar el proceso, de evitar que se comprometan sus fines (art. 509,1 b), se amplía en el precepto, que desarrolla la misma de forma concreta en la forma ordinaria en que toda medida cautelar sirve para impedir que se obstaculice el proceso mediante la alteración, ocultación, pérdida o destrucción de fuentes de prueba. Esta redacción, menos genérica y similar a la que se contiene en el art. 190,1-1º c), si bien es positiva al delimitar un fin tan amplio como el que permite la norma en vigor, plantea el interrogante de la diferencia en un mismo requisito que sirve para adoptar la detención y que la misma se cumpla de modo incomunicado. Esta coincidencia literal en la normas habilitante de la detención y de la incomunicación puede mover a confusiones que la ley debería contemplar más allá de fiar su aplicación a la motivación en el caso de un riesgo superior, máxime si subsiste la duda acerca de si es necesario fundamentar la insuficiencia de una medida menos gravosa para cumplir la misma función. Tal vez integrar este art. 211,2 con la exigencia de explicitar las razones por las que no es suficiente la detención ordinaria, podría ser la solución.

Introduce el precepto un nuevo motivo habilitante, consistente en la prevención de la continuación de la actividad delictiva, esto es, de un peligro de reiteración que, no obstante la redacción genérica del precepto, debe interpretarse conjuntamente con el art. 190 que solo admite este riesgo cuando entre el delito presuntamente cometido y el que se quiere prevenir exista una relación determinada. Y es que, es evidente, la incomunicación solo procede cuando lo sea la detención. De este modo, siendo solo posible acordar ésta ante un peligro de reiteración determinado, no parece que pudiera decretarse la incomunicación ante situaciones que no habilitan la privación cautelarísima de la libertad. De ahí que, no obstante lo dicho, hubiera sido conveniente redactar este precepto en forma menos abstracta y genérica y, por el contrario, destacar las diferencias y exigencias especiales que impone el régimen extraordinario de la incomunicación.

Por último, el precepto autoriza la incomunicación cuando sea necesario para impedir la huida de otras personas implicadas en los hechos o de miembros de quienes estén integrados en una organización criminal o terrorista con quien el detenido esté vinculado.

La redacción de la norma coincide, casi literalmente, con la del art. 194,1-d), que regula la prórroga de los detenidos al amparo de lo establecido en el art. 55,2 CE. Como al comentar aquella norma se dijo, no tenía justificación y podría incurrir en exceso la autorización de una prórroga ante la simple pertenencia de los terceros cuya huida se quiere evitar a una organización criminal, pues la Constitución solo permite la aplicación de un régimen excepcional en los casos de terrorismo, no ante la delincuencia organizada.

Por el contrario, en materia de incomunicación y siendo evidente que esta medida no se limita exclusivamente al terrorismo, esta finalidad, aunque pueda ser objeto de crítica, es perfectamente legal. No hay norma constitucional que la impida.

Pero, en todo caso, se impone la determinación exacta del significado de “organización criminal” y su interpretación restrictiva, pues se trata éste de un concepto en exceso utilizado y que, más allá de sus repercusiones materiales penales, abre la puerta en el proceso penal a medidas restrictivas de derechos que exigen una determinación exacta, concreta y limitada de los supuestos en que deben ser de aplicación.

6.2. Régimen de cumplimiento de la incomunicación

Pocas novedades contiene la normativa propuesta en relación con la redacción dada al art. 527 por la reforma de 2015, una vez que esta última

cumplió con las exigencias constitucionales impuestas y perfiló de forma suficiente el conjunto de derechos que podían experimentar restricciones en los casos en los que la privación de libertad se cumple de forma incommunicada.

La propuesta, aunque no fuera necesario porque así se venía entendiendo, expresa que los derechos limitables no son necesariamente todos los que el art. 212 relaciona, sino que podrán serlo todos o algunos, lo que conduce obligatoriamente, en aplicación del principio de necesidad, a fundamentar que los derechos limitados sean imprescindibles para el cumplimiento de los fines que la medida, en concreto, persigue. No es posible, por tanto, una restricción plena de los derechos contemplados en el precepto, siendo obligado justificar la debida restricción de los que se acuerden y hacerlo motivadamente en atención al fin perseguido. En este sentido, pues, la norma adquiere un contenido protector que debe valorarse positivamente.

Sucede igual con la incorporación de un límite a la prohibición de comunicación del privado de libertad con las personas que se determinan en el art. 202, familiar, abogado u otra persona de su elección, prohibición ésta que, se establece, no puede alcanzar a la puesta en conocimiento de aquéllas del lugar en que se encuentra el detenido. Ciertamente es que el conocimiento mismo de la detención constituye un obstáculo para el cumplimiento de alguno de los fines que justifican la medida, especialmente, los de aseguramiento de la prueba cuando los terceros puedan ponerla en riesgo o los de evitar la huida de sujetos relacionados con el delito presuntamente cometido. Pero, los derechos a la seguridad, la necesidad de evitar detenciones arbitrarias y a vida familiar son y deben tener un valor superior que no puede ser vulnerado por razones de carácter investigador que el Estado ha de garantizar sin excesos y de forma desproporcionada⁹.

Por último, la incomunicación no puede afectar al derecho a conocer de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención. Llama la atención esta norma cuando la regla general es que dicho derecho, el de conocer de los elementos que consten en la causa, cualquiera que sea su estado a tenor del anteproyecto, se limita a aquellos esenciales para tal fin. De ser esta la interpretación adecuada, resultaría que la limitación del derecho de defensa en los casos de incomunicación no difiere en nada de la generalmente establecida para los detenidos. Solo puede entenderse, pues, esta norma si se interpreta la regla general de forma extensiva y se entiende

⁹ Vide sobre este derecho BARONA VILAR, S.; "Garantías y derechos de los detenidos". En *Derechos procesales fundamentales. Manuales de Formación Continuada*. 22. CGPJ. 2005. Pp. 70-71.

que el acceso a las actuaciones abarca a todas las que consten en la causa y respecto de las cuales el detenido tiene derecho a su conocimiento por haber adquirido la condición de imputado. En otro caso, la norma excepcional debería ser clarificada o suprimida.

6.3. Plazo de la incomunicación

Una sola novedad contiene la norma propuesta en este apartado. Y es que la prórroga en los casos de delitos de terrorismo, podría alcanzar los cinco días, plazo que se limita ahora a tres.

En todo lo demás, no hay modificación alguna.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS, J.; Proceso penal y derecho de defensa tras las reformas de 2015. En "Derecho y proceso". *Liber Amicorum Francisco Ramos Méndez*. vol. I, 2018.
- ASENCIO MELLADO, JM. *La prisión provisional*. Madrid. 1987.
- ASENCIO MELLADO, JM.; "La reforma del sistema de medidas cautelares". En *La reforma del proceso penal* (Obra colectiva). Madrid 2011.
- BANACLOCHE PALAO, J.; "Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos de detención en el derecho español". En *Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valencia. Valencia 1998.
- BARONA VILAR, S.; "Garantías y derechos de los detenidos". En *Derechos procesales fundamentales. Manuales de Formación Continuada*. 22. CGPJ. 2005. Pp. 70-71.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.; "La detención antes del juicio". *RDProc, ib-philip*. nº 4.1974.
- FUENTES SORIANO, O.; *El enjuiciamiento de la violencia de género*. Madrid 2009.
- GIMENO SENDRA, V-VIVES ANTÓN, T.; *La detención*. Barcelona 1977.
- GIMENO SENDRA, V.; "El Habeas Corpus". En *Constitución y proceso*. Madrid 1988.
- ORTELLS RAMOS, M.; "Para una sistematización de las medidas cautelares". *RGLJ*. Mayo 1978.
- ORTELLS RAMOS, M.; "Detención, retención y Habeas Corpus". *Seminario sobre detención y prisión provisional*. Xunta de Galicia. Santiago 1995.
- TORRES-DULCE LIFANTE, E.; *Libertad, detención, prisión y habeas corpus en la doctrina del Tribunal Constitucional*.

LA ORDEN DE PROTECCIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

The protective order in the preliminary draft criminal prosecution act

Raquel CASTILLEJO MANZANARES

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela
raquel.castillejo@usc.es

SUMARIO: I. LAS MEDIDAS CAUTELARES. 1. Notas que las caracterizan. 2. La prisión provisional como único recurso. II. LA ORDEN DE PROTECCIÓN. 1. Principios rectores. 2. Legitimación para solicitar la orden de protección. 3. Información y apoyo a las víctimas. 4. Cumplimentación de la solicitud y traslado al Juez competente. 5. Audiencia. 6. Emisión de la Orden de Protección. 7. Orden europea de protección. 8. Estatuto integral de la víctima. 9. Quebrantamiento de la orden de protección. III. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal se prevé una regulación muy similar a la actual respecto a la orden de protección. Ha eliminado evidentemente toda referencia al Juez de Instrucción, así como desaparece, como órgano ante el que cabe presentarla, la autoridad judicial, no pudiendo además esta última ordenarla de oficio.

En esta redacción cabría no recoger contenidos, que hasta ahora han sido necesarios para subrayar la especial protección de la víctima de violencia de género, pero que ya no lo son tras la entrada en vigor de la Ley del Estatuto de la Víctima. Por otro lado, existen algunas cuestiones que se plantean en la práctica jurisprudencial, y que deben ser objeto de tratamiento por el legislador.

Abstract: The Preliminary Draft Criminal Prosecution Act provides for regulation very similar to the current one regarding the protective order. It has obviously removed any reference to the Judge of Instruction, as well as disappears, as a body to which it may be presented, by the judicial authority, and the latter cannot also order it ex officio.

This wording should not contain content, which until now has been necessary to underline the special protection of the victim of gender-based violence, but which are no longer necessary after the entry into force of the Victim's Statute Act. On the other hand, there are some questions which arise in case-law practice and which must be treated by the legislature.

Palabras clave: Medidas asistenciales, medidas cautelares, medidas sociales, orden de protección, violencia doméstica, violencia de género.

Keywords: Care measures, precautionary measures, social measures, protective order, domestic violence, gender-based violence.

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. NOTAS QUE LAS CARACTERIZAN

El tiempo de un proceso cuando es excesivamente dilatado, pone en peligro, por un lado, su eficacia, en cuanto no sea posible celebrar el juicio ante la ausencia del acusado; por otro, la eficacia de la sentencia, si la condena que se impone no es posible cumplirla.

Por ello, se hace necesaria la previsión de medidas cautelares por medio de las cuales se trate de asegurar, tanto que el proceso se produzca a pesar de la voluntad y actuaciones de contrario del acusado, como que la sentencia se pueda cumplir, impidiendo la resistencia que el demandado pudiera oponer.

Las medidas cautelares como tal se caracterizan por tres notas:

- Instrumentalidad, pues exigen que el proceso principal se haya incoado, a excepción de la detención preventiva, aunque ésta tiene como referente un proceso principal.
- Provisionalidad, al dirigirse a asegurar la efectividad de la sentencia, su duración es limitada. Pero, es más, si desaparece o se modifica la situación del hecho que la motivó, la medida podrá extinguirse, alzarse o sustituirse. En efecto, como pone de manifiesto de forma reiterada el Tribunal Constitucional¹ “*ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, sino que, de conformidad con lo previsto en el art. 539 LECr, “los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa”. Dicho precepto faculta, indiscutiblemente, a los órganos judiciales a modificar una situación anterior “cuantas veces sea procedente” y a modificar la cuantía de la fianza “en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio”... la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional “obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir*

¹ SSTC 66/1997, de 7 de abril; 66/2008, de 29 de mayo.

el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente”.

- La proporcionalidad respecto a los hechos que se depuran y a su gravedad. Al respecto manifiesta el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de noviembre de 1984 que *“En definitiva, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irracionable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”.*

Dichas medidas pueden ser personales y reales. Con relación a las primeras el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 24 de noviembre de 2020 comienza huyendo de la prisión provisional, y se hace eco de que *“La persona investigada, presumida inocente, permanece en libertad”.* Con esta significativa frase, inspirada en el Código de procedimiento penal francés, comienza, como ya ocurría en el Anteproyecto de 2011, la regulación de la llamada “libertad provisional”.

2. LA PRISIÓN PROVISIONAL COMO ÚNICO RECURSO

Se trata en el Anteproyecto de hacer que la prisión sea un recurso subsidiario, y con ese objetivo el texto proporciona una serie de mecanismos que, con el denominador común de afectar solo de forma parcial a la situación originaria de libertad, se escalonan en función del grado de intromisión que suponen en la esfera de la persona encausada.

A este respecto se ha venido pronunciando el Tribunal Constitucional, resolviendo que no pueden adoptarse medidas cautelares con fines punitivos o de anticipación de la pena², para obtener declaraciones de los imputados³; o para mitigar la alarma social ocasionada por el delito. Al respecto manifiesta en su sentencia 46/2000, de 14 de febrero, que *“con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos —la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo y otros orígenes— la fuga del imputado o su libertad provisional—, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente oca-*

² STC 40/1987, de 3 de abril.

³ STC 128/1995, de 26 de julio.

sionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena —la prevención general— y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de los principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuricidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa¹⁴.

En este sentido, la tendencia de la legislación sustantiva es la de buscar penas alternativas a la prisión y mecanismos flexibles de suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad. Mecanismos que de ordinario se basan en la imposición de obligaciones y reglas de conducta. Desgraciadamente, esta tendencia no se ha visto hasta el momento acompañada de una paralela adaptación de las formas y medios de tutela cautelar personal. Y este estancamiento normativo contrasta con el amplio y destacable desarrollo que han tenido las medidas provisionales concretamente orientadas a la protección de la víctima, singularmente en el ámbito de la violencia sobre la mujer. De hecho, junto a las medidas cautelares, el legislador ha previsto las medidas adecuadas a fin de que la víctima del hecho delictivo se entienda protegida, y evite las posibles ulteriores agresiones que pudiere sufrir por parte del autor de los hechos. Así la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP y de la LECr en materia de protección a las víctimas de malos tratos, introdujo modificaciones tendentes a la mejor salvaguarda de las víctimas de delitos violentos causados en el ámbito familiar, introduciendo el artículo 544 bis LECr. Este precepto al arbitrar medidas destinadas a proteger a la víctima de futuras y probables agresiones, autoriza que se impongan éstas con una imputación indiciaria realizada por la autoridad judicial frente a quien se halla amparado por la presunción de inocencia.

Dichas medidas también se hallan previstas en el Anteproyecto. Se trata de ofrecer un amplio abanico de medidas compatibles y combinables que

⁴ A propósito de la prisión provisional procede recordar, con la STC 179/2005, de 4 de julio, que, desde la STC 128/1995, de 26 de julio, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional, lo es de naturaleza excepcional, así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma. Por lo que se refiere a los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, también desde la STC 128/1995 se ha venido afirmando que están vinculados con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y el de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo, así como también evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP.

puedan utilizarse para fines muy diversos, siempre que estén expresamente reconocidos en la ley.

Con esta regulación se conjugan los siguientes lineamientos⁵:

a. Se hace preciso que la tutela cautelar quede totalmente prevista en la ley, que no quede vacío alguno que pueda ser objeto de interpretación por el juzgador, tal y como pasa hoy con la actual regulación.

b. Es necesario que todo el régimen jurídico aplicable a las medidas cautelares se unifique, de forma tal que se evite que en cada ley especial se prevean disposiciones específicas para cada medida arbitrada. De forma tal que el legislador debe arbitrar normas comunes que sirvieran de columna vertebral, para a continuación poder tratar cada una de las medidas cautelares en concreto.

c. Se ha de hacer un catálogo abierto de medidas, de forma tal que, aunque se efectúe una enumeración de ellas, se ofrezca la posibilidad de adoptar otras medidas que no estén específicamente en el elenco previsto.

d. Se hace imprescindible prever medidas precautelares que actualmente tan solo son objeto de tratamiento jurisprudencial sin base legal alguna, así la retención.

e. La prisión provisional debe aparecer como el último peldaño cautelar, esto es, debe ser entendida como excepcional su utilización para poder garantizar la efectividad del proceso y la sentencia condenatoria que en su día se dicte. En efecto, utilizando palabras del Tribunal Constitucional, *“la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano y que por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de sus fines”*⁶.

En la actualidad, se echa en falta la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda ordenar medidas de menor aflicción para el imputado, y de

⁵ Vid. BARONA VILAR, S., *¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?*, Revista del Poder Judicial, nº Especial XIX, 2006, pp. 261 y ss.

⁶ SSTC 41/1982, de 2 de julio; 128/1995, de 26 de julio; 47/2000, de 17 de febrero.

igual o mayor efectividad a los fines del proceso. En efecto, la libertad debe ser el báculo que proyecte cualquiera que sea la respuesta jurídica que se asuma. Precisamente, en ese juego de la libertad, respecto a la presunción de inocencia del imputado, el legislador viene preocupándose por las medidas cautelares. De la regulación que de ellas se adopte puede claramente medirse el binomio de contrarios, libertad-seguridad, con una inclinación hacia uno u otro lado del péndulo, favoreciéndose ya las garantías de toda persona a esperar el proceso en libertad o, por el contrario, las políticas de seguridad que demanda la sociedad para conseguir un peligroso uso del control social⁷.

De forma tal que se requiere:

- No sea la medida central sobre la que giran todas, de forma tal que, como ocurre actualmente, se regule con total precisión ésta y las demás de manera menos exhaustiva.
- Se ha de establecer un catálogo de medidas menos criminógenas que la prisión provisional, evitando la plena restricción del derecho a la libertad, así la libertad provisional con o sin fianza, la medida de alejamiento actualmente prevista para determinados delitos en el artículo 57 CP, la prisión atenuada en el domicilio...
- Se decrete en última instancia, cuando el resto de las medidas no sirvan para asegurar la comparecencia del imputado, atendiendo únicamente al criterio de la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, al menos en un primer momento por la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, si bien con el transcurso del tiempo cabe que no se atienda únicamente a estas circunstancias objetivas, sino que se modifica el valor de dicho dato, lo que obliga a ponderar las circunstancias personales del sujeto privado de libertad y los datos del caso concreto⁸.

Por lo tanto, no debe atenderse, como sucede actualmente, a criterios como el de reiteración delictiva. Tengamos a este respecto en cuenta que la prisión provisional sirve para fines cautelares y no debe servir para fines de prevención especial. En efecto, recordemos una de las características de las medidas cautelares, la instrumentalidad respecto de un proceso principal,

⁷ BARONA VILAR, S., ¿una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales..., cit., p. 239.

⁸ Al respecto se manifiesta el Tribunal Constitucional en sus sentencias 66/2008, de 29 de mayo; 35/2007, de 12 de febrero; 47/2000, de 17 de febrero; 66/1997, de 7 de abril; 128/1995, de 26 de julio.

de modo que, si se resuelve para evitar futuros procesos, se pierde la naturaleza de medida cautelar.

Como mantiene HASSEMER⁹, la persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentre firme el presupuesto de ese derecho penal material: la culpabilidad del afectado. La evitación de un peligro de reiteración, la intimidación, o la integración normativa de la generalidad o los esfuerzos de resocialización sólo pueden ser ejecutados sobre una persona con respecto a la cual el derecho penal se ha asegurado de su culpabilidad en forma conforme al ordenamiento. Fines de la prisión preventiva sólo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento: posibilitar un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales. Esto justifica los fundamentos de la detención basados en la fuga, el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad, y solo éstos. Quien lucha contra la criminalidad prematuramente, es decir, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de presunción de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona a una persona sin fundamento jurídico.

A pesar de todo ello, el Tribunal Constitucional¹⁰ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹ mantienen que entre los fines de la prisión provisional se halla el evitar la reiteración delictiva. En efecto, manifiesta el Tribunal Constitucional en sentencia 66/1997, de 7 de abril, que “*la legítimi-*

⁹ HASSEMER, W., *Crítica al Derecho penal de hoy, Ad-hoc*, Buenos Aires, 1995, pp. 118-119.

¹⁰ Según la STC 66/2008, de 29 de mayo, “*En relación a la prisión provisional, desde la STC 128/1995, de 26 de junio, hemos venido afirmando que se trata de una medida cautelar cuya legitimidad constitucional, en tanto que limitativa del derecho a la libertad personal de quien aún goza del derecho a la presunción de inocencia, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (riesgo de fuga, de obstrucción del normal desarrollo del proceso o de reiteración delictiva), y como objeto, que se le conciba tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de dichos fines*”. En este sentido también las SSTC 128/1995, de 26 de julio; 66/1997, de 7 de abril; 33/1999, de 8 de marzo; 47/2000, de 17 de febrero; y 35/2007, de 12 de febrero.

¹¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Koriyski* contra Bulgaria, en sentencia de 26 de noviembre de 2009, resuelve que “*los tribunales internos rechazaron las demandas de puesta en libertad presentadas por el recurrente debido a que existía riesgo persistente de que se cometieran nuevos delitos o de que se sustrajera a la acción de la justicia. En apoyo de sus decisiones, los tribunales internos hicieron referencia a la gravedad de los hechos imputados al interesado, así como a sus tres condenas anteriores y al hecho de que existían otras diligencias penales pendientes en su contra. En opinión del Tribunal, estos argumentos eran pertinentes y suficientes para justificar el mantenimiento del interesado encarcelado preventivamente*”.

dad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida. El propio fundamento jurídico 3º de esta sentencia, al que pertenece el entrecomillado anterior, concretaba como constitutiva de estos fines la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto, aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva”.

En cualquier caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹², ante las graves consecuencias que comporta la adopción de esta medida, exige que se cumplan determinados requisitos:

- Debe existir una naturaleza común entre el hecho delictivo presuntamente cometido y el que se pretende evitar
- Tanto el hecho delictivo presuntamente cometido como el que se trate de evitar han de ser especialmente graves o, al menos, de la misma gravedad que los que autorizan con carácter general la prisión provisional.
- El imputado ha de tener suficiente grado de experiencia y capacidad para facilitar la repetición de los actos delictivos.

A la vista de que se haya aceptado este fin tanto por el legislador como por la jurisprudencia, no cabe sino entender que la reincidencia no se trata de un fin en sí mismo, sino como fin derivado de los anteriores. Tengamos en cuenta a este respecto que las medidas cautelares se adoptan en función del desarrollo de un proceso y persiguen garantizar o asegurar tanto su desarrollo como el cumplimiento de la sentencia que en su momento se haya de dictar, llegando incluso a adelantar los efectos y el contenido de la sentencia en los supuestos previstos por la ley. Sin embargo, en el proceso penal está presente una característica que lo hace esencialmente diferente del que se sigue en otros órdenes jurisdiccionales: la presunción de inocencia del imputado. Por ello ha de quedar meridianamente claro que sólo es posible resolver la privación de la libertad de movimientos a fin de conjurar ciertos riesgos. Así lo resuelve el Tribunal Constitucional en su sentencia 66/1997, de 7 de abril, según la cual *“la búsqueda es estéril respecto del*

¹² STEDH 26 de enero de 1993, caso W contra Suiza.

primero de los autos, que se limita a precisar el sustento de la imputación y la legalidad de la medida, y a consignar, por remisión a un Auto anterior, la “evidente alarma social” que habrían originado los hechos investigados. En este dato de la alarma social insiste también, sin especificación alguna, el Auto de la Audiencia impugnado. Sin embargo, debemos señalar al respecto que esta invocación, al menos tal como se encuentra formulada, no contiene un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional. Con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos —a alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo, y otros orígenes —la fuga del imputado o su libertad provisional—, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena —la prevención general— y, so pena de que se apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales, presupone un juicio previo de antijuricidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”.

En este marco, en el texto del Anteproyecto se ha optado por imponer condiciones a la situación de libertad del sujeto pasivo (cumplimiento de obligaciones, no infracción de determinadas prohibiciones, exigencia de prestar caución suficiente, u optarse por un régimen de custodia a cargo de la persona o la institución que se designe), así como incluir medidas específicamente orientadas a ofrecer una protección eficaz a los bienes jurídicos de las víctimas o de terceras personas. Algunas de estas ya son objeto de regulación en la legislación vigente, así la orden de protección, la suspensión de la eficacia de instituciones de guarda y custodia de menores o discapacitados o la suspensión del régimen de comunicación y visitas.

Realmente con estas últimas medidas de protección a las víctimas, la finalidad que se persigue, como dijimos no es un fin en sí mismo, sino derivado de otros propios de las medidas cautelares, no cumpliéndose con el presupuesto propio de estas últimas del *periculum in mora*, esto es, peligro para la ordenada marcha del proceso derivada de la tardanza, pues el peligro que se trata de evitar es el de la repetición delictiva. Todo ello a su vez provoca que el órgano jurisdiccional al adoptarlas no haya de tener en cuenta la gravedad de los hechos que han dado lugar a la incoación del proceso, sino el evitar o disminuir los efectos de una posible futura agresión. Por tanto, habrá de realizar un pronóstico sobre la situación de riesgo de la víctima.

Al respecto cabe acudir a la ley del estatuto de la víctima donde se prevé que la valoración individual de la víctima para determinar las medidas de protección que han de ser adoptadas, a efectos de evitar la victimización secundaria durante las fases de instrucción y de enjuiciamiento, tendrá en cuenta:

- Las características personales de la víctima.
- La naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración del delito. A estos efectos se valorarán especialmente las necesidades de protección de las víctimas de los delitos relacionados con la violencia de género y de delitos de trata de seres humanos.
- Las circunstancias del delito, en particular, si se trata de delitos violentos.

II. LA ORDEN DE PROTECCIÓN

1. PRINCIPIOS RECTORES

Básicamente lo previsto en el Anteproyecto coincide con lo hasta ahora regulado en el art. 544 ter LECr¹³. Ha desaparecido, claro está, toda referencia al Juez de Instrucción y elimina como órgano ante el que cabe presentar la orden de protección a la autoridad judicial, todo ello como reflejo del nuevo sistema de investigación penal.

La idea tanto en la LECr como en el Anteproyecto es unificar los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de violencia doméstica y de género.

¹³ El origen de la norma que regula la orden de protección se halla en los trabajos desarrollados por la Subcomisión conformada el 22 de octubre de 2002, dentro de la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados, que tenía como finalidad formular medidas legislativas que dieran una respuesta integral frente a la violencia de género, siendo su resultado final, la Proposición de ley consensuada entre todos los Grupos Parlamentarios en fecha 28 de mayo de 2003, iniciativa parlamentaria que fue el resultado del trabajo conjunto del Consejo General del Poder Judicial, Instituto de la Mujer, Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas.

A partir de ese momento y tramitada de urgencia, se aprueba la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, modificando el art. 13 LECr, añadiendo la posibilidad de que el juez pueda adoptar una orden de protección para salvaguardar a la víctima de manera cautelar y hasta que recaiga sentencia sobre el fondo del procedimiento judicial principal.

La orden de protección se integra, como a continuación tendremos ocasión de analizar, por los siguientes principios rectores¹⁴:

- a. Principio de protección de la víctima y de la familia. Con ella se busca proteger la integridad de la víctima y de la familia referida en el artículo 173.2 CP, frente al presunto agresor.
- b. Principio de aplicación general. El juzgador podrá dictar la orden de protección independientemente de si nos encontramos ante un delito, sea leve o no.
- c. Principio de urgencia. Dentro del respeto a las debidas garantías procesales, la orden de protección ha de producirse con la mayor celeridad posible, 72 horas como máximo desde la presentación de la solicitud. Se trata de que se desenvuelva rápido para conseguir la verificación judicial de las circunstancias del hecho y las consiguientes medidas de protección de la víctima.
- d. Principio de accesibilidad. Se trata de hacer comprensible y sencilla la solicitud de la orden. Es por ello que se prevé en el Anteproyecto que los servicios sociales y las instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas facilitarán a las víctimas a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación directa y confidencial con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.
- e. Principio de integralidad. Tengamos en cuenta que en una única resolución se integran medidas cautelares de orden civil y penal, así como otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

2. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Están legitimados para solicitar la orden de protección: El Ministerio Fiscal, la víctima o la persona que tenga con ella alguna de las relaciones previstas en el artículo 173.2 del Código Penal¹⁵. En estos dos últimos su-

¹⁴ VIDAGANY PELÁEZ, J.M., *Protocolos de actuación ante supuestos de violencia de género en personas independientes. Protocolos de actuación ante supuestos de violencia de género en personas dependientes*, Tirant lo Blanch, 03/2014.

¹⁵ Quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona

puestos, el Ministerio Fiscal vendrá obligado a trasladar de forma inmediata al juez competente su solicitud. Todo ello sin perjuicio de la solicitud que el propio Fiscal pueda realizar en la audiencia.

Sin embargo, a pesar de la dicción del artículo 239.2, el procedimiento no siempre es la presentación de la solicitud al Ministerio Fiscal y de éste al Juez como parece desprenderse del precepto. Si acudimos al artículo 240, dice expresamente que *“La orden de protección podrá presentarse directamente ante el Ministerio Fiscal o ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas. Cuando la solicitud no se presente ante el Ministerio Fiscal, le será remitida de forma inmediata”*.

A la vista de ello parece que el procedimiento no siempre pasa directamente por el Ministerio Fiscal, aunque le debe ser remitida de forma inmediata.

Ha eliminado el Anteproyecto la posibilidad de que la orden de protección se acuerde por el juez de oficio, haciéndose referencia únicamente a la instancia de parte, con el elenco de legitimados que ya hemos mencionado. A este respecto el artículo 19 del Anteproyecto prevé respecto de la imparcialidad objetiva que la autoridad judicial no podrá asumir funciones de parte, sin perjuicio del deber general de velar por la efectividad del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva. En consecuencia, que se pueda realizar o sugerir actuaciones que sean propias de una parte acusadora o que se refieran a la dirección del procedimiento de investigación. En ese marco, no puede, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto para la detención, acordar medidas cautelares ni diligencias de investigación o de prueba que no le hayan sido expresamente solicitadas.

Es por ello por lo que también ha eliminado el número 11 del art. 544 ter LECr *“En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el investigado o encausado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores”*.

amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados

3. INFORMACIÓN Y APOYO A LAS VÍCTIMAS

Continúa siendo impreciso el prelegislador al prever en el artículo 240.2 que “*Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación directa y confidencial con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal*”. Según se puede observar no se refiere, como ya no lo hacía en el art. 544 ter 3 párr. 2º, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni a las oficinas de atención a la víctima; aunque resulta evidente que tienen la misma obligación y se recoge en otras leyes y protocolos, como la Ley del Estatuto de la Víctima¹⁶, lo correcto es su previsión.

De hecho, según el artículo 28.2 de la Ley del Estatuto de la Víctima, las Oficinas de Asistencia a la Víctima pueden realizar una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas, con la finalidad de determinar qué medidas de asistencia y apoyo deben ser prestadas. Destacando la prestación de apoyo y asistencia psicológica, el acompañamiento a juicio, la información sobre los recursos psicosociales y asistencias disponibles y, si la víctima lo solicita, derivación a los mismos, las medidas especiales de apoyo que puedan resultar necesarias cuando se trate de una víctima con necesidades especiales de protección, y la derivación a servicios de apoyo especializados.

Realmente hasta ahora desde la Ley de Violencia de Género, se ha venido planteando que la víctima debiera estar acompañada de personal especializado que le asistiera y asesorará, poniendo a su disposición los instrumentos físicos, materiales y tecnológicos más óptimos para que la víctima pueda entender los derechos que le asisten, siendo necesario en este supuesto no sólo la participación de intérpretes en la lengua de signos y la confección de modelos de solicitud en braille, sino también, otra serie de profesionales

¹⁶ La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, tiene como antecedente remoto, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 25 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconocía un amplio elenco de derechos a las víctimas en el ámbito del proceso penal.

El grado de cumplimiento de dicha Decisión Marco fue objeto del informe de la Comisión Europea de abril de 2009, que puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima, destacando la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos de dicho Estatuto.

En este contexto, se ha producido la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

que puedan atender las diferentes peculiaridades de las víctimas que presentaren distintas discapacidades. Es por ello que el Anteproyecto prevé, de manera amplia, que la víctima ha de recibir la información pertinente para la protección de sus intereses, de un modo que le sea accesible¹⁷.

Por otro lado, también se regula en el Anteproyecto como ya se hace en el artículo 544 ter LECr, que los servicios sociales y las instituciones asistenciales han de poner también a su disposición canales de comunicación directa y confidencial con la Administración de Justicia y el MF. Esa comunicación actualmente se exige a través de “*canales de comunicación telemáticos*”, lo que lo hace inaccesible para algunas víctimas.

¹⁷ El Anteproyecto prevé en su artículo 104 que “*Desde el primer contacto con las autoridades y sin retrasos innecesarios, la víctima recibirá por los medios adecuados y de forma adaptada a sus circunstancias personales la información pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información incluirá:*

- a) los servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener asistencia,*
- b) las medidas concretas médicas, psicológicas y materiales que estén a su disposición y el procedimiento que debe utilizar para obtenerlas y cuando resulte oportuno las posibilidades para obtener un alojamiento alternativo,*
- c) el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia, las actuaciones subsiguientes a la misma y su intervención en ellas,*
- d) el modo y las condiciones en que puede obtener protección,*
- e) la forma y las condiciones en que, teniendo derecho a ello, puede obtener asesoramiento o acceder a la asistencia jurídica gratuita,*
- f) los requisitos para tener derecho a una indemnización,*
- g) los servicios de interpretación y traducción disponibles, así como otros servicios auxiliares para la comunicación,*
- h) los mecanismos especiales de defensa de sus derechos que puede utilizar en caso de residir en otro estado,*
- i) los recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos,*
- j) los datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y los cauces para comunicarse con ella y*
- k) los servicios de justicia restaurativa disponibles”.*

Además, esto se complementa con el artículo 107 que dice “*Derecho a entender y ser entendida.*

1. Desde el primer contacto de las víctimas con las autoridades o con la oficina de atención a la víctima, las comunicaciones, orales o escritas, se realizarán en un lenguaje claro, sencillo y accesible. En particular, se tomarán en consideración sus características personales y sus necesidades individuales, especialmente cuando se trate de personas vulnerables por razón de su minoría de edad o de su discapacidad sensorial o intelectual.

2. Asimismo, se proporcionará a las víctimas la asistencia necesaria para hacerse entender, incluida la interpretación a la lengua de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral que precisen las personas con discapacidad auditiva”.

Y, en concreto, respecto al derecho a la traducción e interpretación “*Las víctimas tienen derecho a ser asistidas gratuitamente por un intérprete cuando no comprendan o no hablen la lengua oficial empleada en la actuación correspondiente.*

El mismo derecho les asiste cuando se trate de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje” art. 108-

Además, se regula expresamente una exigencia para las entidades u organizaciones asistenciales, públicas o privadas, que resulta ciertamente innecesaria. Se dice en el artículo 239.3. que “*Sin perjuicio del deber general de denuncia, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de algún de los hechos mencionados en el artículo 237 de esta ley, deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección*”. De la misma manera se regula actualmente en el artículo 544 ter 2 LECr, tratando de ser una forma de subrayar la especial consideración que le otorga el legislador a la persecución de este tipo de actuaciones violentas y la necesidad de que toda la sociedad e instituciones se involucren en su persecución.

De esta forma, lo que se trata de conseguir con esta previsión es que cuando una mujer acuda a una Oficina de atención a las víctimas, el servicio comparezca ante el Ministerio Fiscal para dar conocimiento y que se pueda iniciar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

Si enlazamos esta previsión con lo regulado respecto de las medidas civiles en el artículo 243.3 Anteproyecto, según el cual “*las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal o por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o con discapacidad necesitados de especial protección*”; observaremos que el prelegislador sin regular la posibilidad de iniciación de oficio del procedimiento, evita la incongruencia que se produce actualmente respecto de la actuación de oficio y las limitaciones que impone el artículo 544 ter, sobre esta circunstancia, pues mientras que permite que la orden de protección pueda ser activada tanto de oficio como a instancia de parte, se limita esa acción en el ámbito de las medidas civiles, acotándolo exclusivamente a la víctima o su representante legal, así como el Ministerio Fiscal cuando existen hijos menores o incapaces.

4. CUMPLIMENTACIÓN DE LA SOLICITUD Y TRASLADO AL JUEZ COMPETENTE

El contenido que ha de tener la solicitud se halla previsto, pues la Comisión de Seguimiento para la implantación de la Ley reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica¹⁸, aprobó el 31 de

¹⁸ La Comisión de Seguimiento está constituida desde el 23 de julio de 2003, y está integrada por las instituciones del Observatorio -Vocales del CGPJ, Ministerios de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales, CCAA con competencias en Justicia, el Ministerio de Interior y una representación de la Fiscalía General

julio de 2003 el formulario/modelo de solicitud de la orden de protección. Este modelo normalizado está dividido en varios apartados:

- a. Organismo receptor de la solicitud.
- b. Asistencia jurídica
- c. Datos de la víctima
- d. Datos del solicitante en el supuesto de que no sea la propia víctima
- e. Persona denunciada
- f. Relación entre víctima y agresor
- g. Situación familiar, haciendo referencia a las personas que conviven en el domicilio
- h. Descripción de hechos denunciados que fundamenta la orden de protección.
- i. Atención médica que haya podido recibir la víctima tras la agresión
- j. Medidas que solicita: penales, civiles o de ayuda asistencial o social.

No se prevé en la LECr y tampoco en el Anteproyecto una exigencia que nos parece fundamental para la víctima, se trata de la asistencia a la víctima mientras se cumplimenta el modelo. El Protocolo para la implantación de la orden de protección hacía una primera referencia a esta cuestión, recomendando que sería una buena práctica que la víctima fuera asistida por un profesional para cumplimentar la solicitud. Esta cuestión fue concretada en 2007 por el Protocolo de Actuación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los Abogados, donde se fija todo un procedimiento previo a la formulación de la denuncia o solicitud de orden de protección, en el que los abogados que intervienen prestarán un asesoramiento jurídico integral sobre las distintas posibilidades de protección, los derechos de la víctima, medidas cautelares y demás cuestiones que entienda necesarias, entre ellas, las dudas que puedan surgir sobre el modelo de solicitud.

Como ya hemos puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal habrá de dar traslado de forma inmediata de la solicitud al Juez competente. En el supuesto en que se suscitaren dudas acerca de la competencia territorial del juez, será el juez ante el que se haya solicitado el que haya de resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección, sin perjuicio de que después hayan de remitirse las actuaciones al que resulte competente —art. 238 anteproyecto—.

del Estado, del Consejo General de la Abogacía, del Colegio Nacional de Procuradores, de la Federación de Municipios y Provincias.

5. AUDIENCIA

Recibida la solicitud de orden de protección, el juez, cuando se tratará de víctimas de violencia doméstica o de género por comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP, convocará a una audiencia urgente, 72 horas máximo desde la presentación de la solicitud, al Ministerio Fiscal, a la víctima o a su representante legal, al solicitante y la persona encausada.

En aquellos supuestos en los que la audiencia no pudiera celebrarse o concurrieren razones de urgencia, el juez, a instancia de parte y previa audiencia del fiscal y de las partes personadas, podrá adoptar la medida cautelar que estime inaplazable, siempre que concurren los requisitos que la justifican, pero convocará nuevamente la audiencia dentro de las siguientes 72 horas.

A estas razones de urgencia ya hacía referencia la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, según la cual, la petición de una orden de protección nunca debe impedir la adopción urgente de medidas de protección.

Distinta redacción tiene en la LECr en cuanto hace referencia a audiencias y procedimientos que con el Anteproyecto no existen. En concreto se prevé en el art. 544 ter 4, párrafo 2º que *“Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 505 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible”*.

La víctima y la persona encausada deberán ser asistidas por abogado, sin embargo, en el artículo 544 ter 4 LECr no se exige presencia de abogado para la víctima, tan sólo para el “presunto agresor”. Parece una medida muy adecuada para defender los intereses de ésta. Es más, si el solicitante no fuere la víctima también debiere exigírsele acudir acompañado de abogado, para defender de forma más adecuada los derechos de aquélla.

Durante toda la audiencia el juez deberá adoptar las medidas que estime oportunas a fin de evitar la confrontación visual entre la persona investigada y la víctima, y, en su caso, sus hijos y los restantes miembros de la familia, y podrá adoptar las demás medidas de protección previstas en el Estatuto

de la Víctima, referencia esta última que no consta en la LECr por razones obvias, la redacción del precepto es previo al Estatuto.

La audiencia comienza con las alegaciones de la parte o partes que hayan solicitado la orden de protección, oyéndose después a las demás, si las hubiere y, en último lugar, a la persona frente a la cual haya de adoptarse.

En la audiencia las partes podrán proponer las pruebas que estimen pertinentes, las cuales, una vez admitidas por el juez, se practicarán en el acto de la audiencia o en el plazo que fije aquél, que, en todo caso, no puede exceder de 72 horas.

Dice además el legislador que se rechazará la prueba impertinente y la que no pueda practicarse en dicho acto o plazo. Lo último parece conveniente que se regule, pero no se entiende bien la referencia a la impertinencia de la prueba pues es claro que no cabe admitir ni las impertinentes ni las inútiles.

6. EMISIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Celebrada la audiencia, el juez habrá de resolver mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, debiendo dictarla si existiendo indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP (*fumus boni iuris*), resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima de violencia doméstica o de género, que requiera la adopción de alguna de las medidas cautelares que regula en el artículo 243 del Anteproyecto (*periculum in damni*).

Sobre estos requisitos se han venido pronunciando las Audiencias Provinciales¹⁹, exigiendo su inexcusable cumplimiento.

¹⁹ Así en SAP de Vizcaya de 23 de noviembre de 2011 y AAP de Barcelona de 15 de marzo de 2005: “Las medidas cautelares están inspiradas en nuestro Ordenamiento Jurídico por unos principios comunes a las diferentes ramas del derecho que adquieren peculiares matices en el orden penal, de manera que los derechos de los imputados estén plenamente salvaguardados.

En primer lugar, rige taxativamente el principio de legalidad puesto que el órgano judicial no está autorizado a limitar ningún derecho fundamental si la ley no lo faculta previa y expresamente. No existe discusión al respecto, habida cuenta, entre otros preceptos, de los contenidos de los arts. 544 (bis y ter) de la LECrim.

El segundo elemento es el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, de modo que la adopción de una medida cautelar sólo procede en el marco del proceso penal cuando existen indicios racionales de delito en relación con el cual existen bienes jurídicos necesitados de inmediata protección.

En tercer lugar, es preciso que concurra el denominado *periculum in mora* o riesgo de producción de un daño durante el transcurso del proceso, de manera que de no adoptarse la medida de que se trate

En concreto, refiriéndose a la situación objetiva de riesgo para la víctima, manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 17 de abril de 2019 que *“para otorgar la orden de protección no basta la existencia de indicios de la comisión de un delito incardinable en la violencia doméstica, sino que es imprescindible que se advierta la existencia de una situación objetiva de riesgo para la persona que aparece como víctima que, en el presente caso, la Juez a quo concluyó que no existía.*

Debe tenerse en cuenta que la orden de protección, con la consecuencia a ella aparejada consistente en la imposición de medidas cautelares penales al investigado, supone una restricción de derechos fundamentales, por lo que deben analizarse minuciosamente todas las circunstancias concurrentes al efecto de realizar un juicio probabilístico de comportamientos futuros agresivos contra la persona que aparece como denunciante.

Por ello se requiere la concurrencia de elementos suficientes que, tras su ponderación, permitan concluir que la mujer denunciante se encuentra en una verdadera situación de riesgo objetivo frente al hombre que es o fue su pareja sentimental”.

finalmente no sería posible alcanzar la tutela del bien o bienes jurídicos protegidos con el tipo penal del que se trate.

En cuarto lugar, rige el principio de proporcionalidad que exige ponderar los intereses en conflicto. Por una parte, el interés del Estado en que el proceso penal sea cauce apropiado para la tutela de los bienes jurídicos protegidos en las normas penales y, de otra parte, los intereses (económicos, personales, etc) de los implicados en la causa o incluso de terceros que puedan verse afectados por la adopción de la medida”.

Según la sentencia de la AP de Gipuzkoa de 22 de junio de 2020 “En cuanto al llamado “fumus boni iuris” o apariencia de buen derecho en el procedimiento penal se concreta en la existencia de indicios racionales de criminalidad de la comisión de un delito o falta (actualmente delito leve) reseñados en el referido precepto; y como esta Sala viene señalando de forma reiterada la valoración de la concurrencia de tales indicios ha de enmarcarse, necesariamente, en el juicio de inferencia indiciaria propio de la fase procesal en que se encuentra la presente causa. Precisamente en relación con los indicios racionales de criminalidad, recuerda la STS de 9-1-2006 que, según su específica utilidad procesal, es decir, según para qué se necesitan en el desarrollo del procedimiento, la palabra indicios, que significa siempre la asistencia de datos concretos reveladores de un hecho importante para las actuaciones judiciales, exige una mayor o menor intensidad en cuanto a su acreditación según la finalidad con que se utilizan. Así, la máxima intensidad ha de existir cuando esos indicios sirven como medio de prueba de cargo (prueba de indicios), en cuyos casos han de estar realmente acreditados y han de tener tal fuerza probatoria que, partiendo de ellos, pueda afirmarse, sin duda razonable alguna, la concurrencia del hecho debatido; en otras ocasiones, sin que haya una verdadera prueba, han de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales puede decirse que hay probabilidad de delito y de que una determinada persona es responsable del mismo; en estos supuestos nuestra LECrim exige indicios para procesar (art. 384) o para acordar la prisión provisional (art. 503) o para adoptar medidas de protección a la víctima (arts. 544 bis o 544 ter) o de aseguramiento para las posibles responsabilidades pecuniarias (art. 589)”

En definitiva, y coincidiendo con DEL POZO PÉREZ²⁰, en el caso de la violencia de género, el *periculum in mora* no se refiere sólo a ese peligro de fuga del presunto autor, sino que la orden judicial quiere garantizar la protección integral de la víctima o sus familiares, tanto en el ámbito penal, civil o social, produciéndose una sustitución del *periculum in mora* por el *periculum in damnum*. Sobre éste se ha pronunciado el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de mayo de 2005, para justificar la adopción de medidas cautelares “*Pues bien, de la actividad instructora desarrollada se infiere la existencia de fundados indicios incriminatorios que apuntan a la presunta comisión por el ahora apelante de un delito de maltrato familiar habitual previsto y penado en el artículo 173.2 CP, de grave trascendencia social, atendida la frecuencia con que se cometen hechos como los investigados, amén de las amenazas que se han producido en la persona del denunciante, que acreditan la existencia de una situación de riesgo, máxime cuando por ambas partes declaran la conflictiva y tensa ruptura por la que atravesó la pareja.*”

En definitiva, cumpliéndose en el caso examinado los presupuestos para la adopción de la medida, concretamente, el periculum in damnum debido al riesgo de repetición de situaciones similares, que no tienen por qué tratarse de situaciones límite, para justificar la adopción de las mismas”.

En fin, la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima, implica o exige un juicio de probabilidad por parte del órgano jurisdiccional de peligrosidad o pronóstico de peligro, basado en las singulares circunstancias del hecho, así como de las personas del investigado, que permita llegar a la convicción de la necesidad de dotar de una protección a la víctima por el riesgo de que aquél pueda atentar contra los bienes jurídicos de la víctima. No debe olvidarse que estas medidas cautelares penales se adoptarán atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima. En todo caso, como dice la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en sentencia de 22 de junio de 2020, no se trata de determinar con certeza absoluta si el denunciado atentará en el futuro contra la denunciante pues, para ello, harían falta dotes adivinatorias de las que lógicamente se carece; se debe partir de los datos de que se dispone y valorar si las posibilidades de que eso ocurra existen y son significativas convirtiéndose así en probabilidad.

²⁰ DEL POZO PÉREZ, M., *El derecho procesal español ante la violencia de género: especial referencia a las últimas reformas*, Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas, 2008, p. 16.

Además, deberá resolver sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore en el auto. En cualquier caso, son varios los supuestos en los que se pueda alterar la vigencia de la medida ordenada, así²¹:

- a. Dejarán de estar vigentes, quedando sin efecto, si en el plazo de diez días el Ministerio Fiscal no acuerda la incoación del procedimiento de investigación, circunstancia que en todo caso será comunicada a la víctima, como no podía ser de otro modo.
- b. Cada tres meses computados desde la fecha del acuerdo inicial de tales medidas o desde la de su último reexamen, el órgano jurisdiccional competente habrá de revisar, tras convocar a una audiencia al Ministerio Fiscal, a la víctima y a la persona encausada, la necesidad de mantener la vigencia de tales medidas, decidiendo sobre su mantenimiento, sustitución por otras, o cese de las mismas, previa la celebración de la comparecencia a la que hace referencia el artículo 261 del anteproyecto —art. 270.1 Anteproyecto—.
- c. Cuando asuman la competencia jueces distintos a los que han dictado la medida, éstos habrán de ratificarla o dejarla sin efecto, en concreto podrán acordar su mantenimiento, modificación, sustitución o revocación, previa la misma comparecencia —art. 270.2 del Anteproyecto—.
- d. Cuando en la sentencia definitiva conste expresamente la decisión de mantenerlas, de forma excepcional, durante la tramitación de eventuales recursos que correspondiesen. Para ello se habrá de consignar las razones concretas que lo justifican.

Frente a la resolución del juez competente cabrá recurso de reforma que no tendrá efecto suspensivo. Así lo prevé el Anteproyecto en su artículo 83.3.

Una vez concedida la orden de protección por el órgano jurisdiccional competente, el artículo 244 exige dos cosas diferentes, por un lado, que habrá de ser notificada a las partes y, por otro, comunicada inmediatamente por el Letrado de la Administración de Justicia a la víctima mediante testimonio íntegro.

Parece entenderse que siempre ha de tener conocimiento la víctima, aunque no sea parte, de la orden emitida.

²¹ Todo esto no se halla previsto en la Lecrim, tan sólo que “*Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el juez de Instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el art. 544 bis*”.

Ya se prevé en la Ley del Estatuto de la Víctima que, como cualquier víctima, la víctima de violencia de género tiene derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de la resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal, la que ponga fin al procedimiento y aquellas resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. En todo caso, en cualquier momento las víctimas podrán manifestar su deseo de no ser informadas de las resoluciones, quedando sin efecto la solicitud realizada.

No será necesario que la víctima de violencia de género solicite la información sobre las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo; ni tampoco de las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima. Las notificaciones no se llevarán a efecto si la víctima hubiere manifestado su deseo de no recibirlas —art. 7 Reglamento del Estatuto de la Víctima—.

Por otra parte, se exige también la comunicación a las Administraciones públicas competentes para la adopción de las medidas necesarias para la efectiva protección de la víctima. En este caso no se hace distinción entre las de seguridad o asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. Y se prevé que, a estos efectos, por vía reglamentaria se establezca un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

7. ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

El Anteproyecto regula una posibilidad no prevista en la actual regulación, se trata de que la víctima podrá expresar su deseo de trasladarse a otro Estado miembro de la Unión Europea o de fijar en él su domicilio. En este supuesto debe ser informada de su derecho a solicitar una orden europea de protección de conformidad con lo previsto en los artículos 133 a 137 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea²².

²² La Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, y su transposición en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, es una aportación trascendental a la construcción de un marco jurídico europeo y también a la consecución de un marco de derechos y, por tanto, de igualdad real entre ciudadanas y ciudadanos europeos.

Lo cierto es que no es su ubicación natural, pues la orden de protección se centra en las víctimas de violencia doméstica y de género, mientras que la orden europea se dicta y acoge a cualquiera que fuere la víctima, siempre que se trate de delitos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, cuando se encuentren en su territorio. En efecto, la Orden Europea de Protección nace con el objetivo de ofrecer seguridad a las víctimas de cualquier tipo de delito en todo el territorio de la Unión Europea, independientemente del país de la Unión que lo haya dictado.

Esta previsión se halla en la línea de lo que viene aplicando la jurisprudencia en atención a lo previsto en la Ley citada, según la cual resulta jurídicamente inviable adoptar una orden de protección europea sin que exista una orden de protección conforme al Derecho nacional²³.

El artículo 130.1 de la Ley define dicha Orden como “*una resolución en materia penal dictada por una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, cuando se encuentren en su territorio*”. A continuación, el párrafo segundo establece que se trata de medidas cautelares penales, pero abre la puerta a medidas restrictivas de derechos impuestas en otros procesos, siempre que consistan en determinados tipos

²³ Así según la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 5 de noviembre de 2019 “*la medida de protección se acordó a través de una sentencia condenatoria. No concurre el primero de los presupuestos habida cuenta que en ese procedimiento, que se sigue por un delito de quebrantamiento de condena, no hay en vigor ninguna medida cautelar ya que la medida de protección (condena y no medida cautelar) se acordó en el procedimiento de origen, esto es, las Diligencias Urgentes 19/2019 seguidas ante el juzgado de Primera instancia e instrucción nº 4 de Irún, procedimiento, en el que se dictó sentencia condenatoria imponiéndole al investigado la condena de prohibición de aproximación y comunicación con la perjudicada por 2 años. Ello supone que no concurra el primer presupuesto legalmente exigido por el art. 131 de la Ley 23/2014.*

En segundo lugar, indica que lo adecuado hubiera sido que en sede de las DUR 19/2019 la víctima hubiese solicitado la adopción de la Orden Europea de Protección al haber manifestado su intención de trasladarse a otro Estado miembro.

Así, hubiera sido posible dar audiencia al investigado (persona causante del peligro), a su letrado, al Ministerio Fiscal y demás partes a celebrar en el plazo máximo de 72 horas desde la recepción de la solicitud. En tal situación si hubiera sido posible conocer de dicha solicitud. Hay que recordar que nos encontramos ante una condena firme.

En tercer lugar, señala que en estas diligencias previas no resulta procedimentalmente viable solicitar la orden europea de protección al amparo del art. 130 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre”.

de medidas²⁴, en atención al doble sistema creado con la aprobación del reglamento de medidas civiles.

Tiene una validez limitada al país o países para los que el juez la haya emitido para proceder en su ejecución; en tal sentido, es una comunicación entre órganos judiciales.

El tribunal español podrá adoptar la orden basándose, entre otros criterios, en la necesidad de que la víctima sea protegida, el tiempo por el que ella resida en el extranjero —en función del riesgo objetivo que ello entrañe—, y cuando concurren los siguientes criterios²⁵:

- Haya mediado resolución judicial penal en el procedimiento penal en España en el que se habrá adoptado orden de protección, con carácter cautelar o punitiva.
- La víctima vaya a residir en otro país de la Unión; de hecho, si el agresor es el que se traslada o reside en el Estado de ejecución, debe dictar una medida de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión.
- La víctima solicite protección, por sí o a través de tutor o representante legal.
- Necesaria existencia de un riesgo objetivo pues, siendo una medida cautelar, requiere un *fumus boni iuris* y un peligro de mora derivado del traslado de la víctima a un tercer país al que tiene un probable acceso el agresor.

Debiéndole advertir de que, de no solicitar la emisión de certificado emitido a través de una Orden Europea de Protección, quedará sin la protección de las medidas cautelares que hubieren sido acordadas.

²⁴ Se refiere en concreto a:

- a. La prohibición de entrar o aproximarse a determinadas localidades, lugares o zonas definidas en la que la persona protegida reside o que frecuenta.
- b. La prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio.
- c. O la prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

²⁵ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La orden Europea de Protección en el marco de la nueva Ley de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, en “La orden de protección europea. La protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa”, Tirant lo Blanch, 12/2015.

8. ESTATUTO INTEGRAL DE LA VÍCTIMA

Dictada la orden de protección confiere a la víctima un estatuto integral de protección que comprenderá medidas cautelares de orden civil y penal, además de medidas de asistencia y protección social que se hallen establecidas en el ordenamiento jurídico.

Las medidas cautelares de carácter penal tendrán que atenerse a los requisitos previstos en el marco del Anteproyecto, pudiendo ser cualesquiera de las previstas en él (detención, libertad provisional, medios telemáticos de localización, obligación de presentación y de comunicación de cambios de residencia y lugar de trabajo, prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio, prohibición de salida de territorio español y de la Unión Europea, prohibición de aproximación o comunicación, prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos, prohibición de residir en determinados lugares, y custodia)²⁶.

Remitiéndose en cuanto a los requisitos de legitimación, contenido y vigencia a lo establecido para las medidas cautelares penales.

Además, se exige que se adopten atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

Por lo que se refiere a las medidas de naturaleza civil exige que se soliciten por la víctima o su representante legal o por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o con discapacidad necesitados de especial protección, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 CC²⁷.

²⁶ Otras medidas limitativas de derechos son la suspensión de cargo u oficio público o de profesión, industria, oficio o comercio; suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes; suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas; intervención del permiso de conducción)

²⁷ Artículo 158.

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

En el artículo 544 ter LECr no se refiere el legislador a “*hijos con discapacidad*” sino a “*personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueren precisas*”, lo que implica un concepto de aquél más amplio, en lo referido a no exigir declaración judicial, aunque más restrictivo por reducirse a los hijos. Lo así previsto ha sido fruto del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para sustituir la incapacidad judicial de las personas con discapacidad por un sistema de apoyos individualizados para que tomen sus propias decisiones de forma libre e informada.

Por otro lado, no se prevé en el Anteproyecto, como sí se hace en el artículo 544 ter LECr que “*Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas*”. Todo ello es debido a que, como ya hemos puesto de manifiesto, el juez no tiene poder de oficio.

En cualquier caso, lo que resulta meridianamente claro es que dentro del ámbito de una orden de protección únicamente es posible adoptar medidas civiles siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano jurisdiccional civil. Por lo tanto, si ya existen medidas acordadas por un órgano jurisdiccional civil, no es posible adoptar medidas civiles dentro del ámbito de una orden de protección, máxime cuando la eficacia temporal de las medidas civiles han de ser como máximo de 30 días.

En realidad, las medidas civiles dictadas en el ámbito de una orden de protección están concebidas con un carácter provisionalísimo y cautelarísimo, esencialmente transitorio: de ahí que no puedan adaptarse si ya existen medidas acordadas por un órgano judicial civil, y de ahí que no puedan tener una eficacia superior a 30 días, plazo durante el cual ha de iniciarse por la víctima un proceso de familia ante la jurisdicción civil; de suerte que si se acuerdan estas medidas civiles dentro de la orden de protección y la víctima deja pasar ese plazo de 30 días sin acudir a la jurisdicción civil, la

5.º *La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.*

6.º *En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.*

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

consecuencia será que dichas medidas civiles de la orden de protección quedarán automáticamente sin efecto. Pero si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En ese término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas, sustituidas o dejadas sin efecto por el juez competente.

Se establece en el Anteproyecto un elenco de medidas que cabe ordenar, aunque no parece ser un *númerus clausus* en cuanto se dice que estas medidas “*podrán consistir*”. Por lo que parece que caben otras distintas a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, del régimen de prestación de alimentos, así como en cualquier otra disposición que se considere necesaria a fin de apartar al menor o al hijo con discapacidad de un peligro o de evitarle perjuicios.

No ha dejado resuelto el prelegislador una cuestión que se ha venido planteando la jurisprudencia de manera habitual. En efecto, dice el artículo 273 que contra las resoluciones sobre medidas cautelares cabe la interposición de recurso de reforma que no tendrá efecto suspensivo. La pregunta es, también para las medidas cautelares civiles. Tengamos en cuenta a este respecto que son varias las sentencias que se han venido pronunciando en el sentido de que las medidas civiles adoptadas en un Auto sobre orden de protección son irrecurribles por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 771.4 LEC, respecto a las medidas provisionales previas²⁸. Además, argumentan que las medidas de índole civil acordadas en la orden de protección tienen su propio sistema revisorio, trasladando ésta la competencia al orden jurisdiccional civil, todo ello a la vista de lo dispuesto en art. 544 ter 7 inciso último, cuando prevé que las medidas civiles adoptadas dentro la de orden de protección “*deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente*”. Por último, alegan motivos de eficacia procesal, dada la escasa vigencia temporal de las medidas. Recordemos a este respecto que su vigencia es de 30 días.

En efecto, con independencia de que, desde el punto de vista funcional, el conocimiento de la orden de protección y, en consecuencia, de las medidas penales y civiles que puedan adoptarse está atribuido al orden penal, desde el más estricto ámbito objetivo o material, la naturaleza jurídica de las

²⁸ Autos de la Audiencia Provincial de La Rioja de 11 de febrero de 2018, de 9 de enero de 2020, y de 26 de enero de 2017.

medidas civiles que se adopten, no varía respecto a las que se contemplan en los artículos 769 y ss. LEC²⁹.

Por ello en esta misma sentencia se dice que nos encontramos ante decisiones adoptadas en el ámbito civil en un procedimiento penal y concretamente en el marco de la orden de protección como medida cautelar especial, pero de idéntica naturaleza a las decisiones sobre medidas civiles previas a que se refiere el art. 771 LEC, sin que exista razón alguna ni base legal para configurar aquellas de forma diferente a estas últimas, incluida la limitación del recurso a que se refiere el apartado 4 del citado artículo. Así, si contra un auto civil que deniegue una solicitud de medida civil previa no cabe recurso alguno, tampoco cabe recurso contra el auto de orden de protección que deniegue medidas civiles de idéntica naturaleza.

El mismo criterio sigue la Audiencia Provincial de Madrid en Auto de 30 de junio de 2020 *“en cuanto a las medidas civiles adoptadas en una orden de protección, no pueden ser modificadas en ningún sentido en esta alzada, por cuanto las mismas no pueden ser objeto de apelación.*

Y ello en primer lugar, por la naturaleza temporal y perentoria de su duración, ya que, como se señala en el segundo párrafo del apartado 7 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...

La limitación temporal se fundamenta en la especial función de la orden de protección que, conforme a la propia Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, que la introduce en nuestro derecho viene encaminada a que “a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatus integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de

²⁹ Así se ha pronunciado la Audiencia Provincial de La Rioja de 2 de octubre de 2020, atendiendo a las siguientes consideraciones “1ª) *La propia literalidad del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en su apartado 7 dispone: “las medidas de naturaleza civil...”*. El carácter subordinado a la Jurisdicción civil en cuanto a la materia se deduce del propio apartado 7 que dispone “siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano jurisdiccional civil”;

2ª) En cuanto a su vigencia. Según dispone el apartado 7 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia de 30 días”. Dicho precepto es conforme a lo que dispone el artículo 771.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;

3ª) Según dispone el citado apartado 7 del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente”, precepto que tiene su correlativo en lo que dispone el artículo 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. En ello consiste, precisamente, su elemento más innovador”.

Transcurridos, por tanto, aquéllos momentos, no sólo decae la función de dichas medidas, puesto que ha tenido, ya, la víctima tiempo y ocasión sobrados para interponer el oportuno procedimiento matrimonial ante la jurisdicción civil, solicitando, en su caso, las medidas provisionales que tuvieren que regir sus relaciones familiares durante su sustanciación, sino que nos encontramos con que los breves plazos referidos en el precepto citado han transcurrido, en el momento de la resolución del recurso, sobradamente, como sucede en el presente caso.

Además, no es sólo éste el motivo de la imposibilidad de recurrir las medidas civiles adoptadas en una orden de protección sino que, dada su naturaleza civil, y pese a la circunstancia de que se efectúen, por las razones indicadas, en el seno de un procedimiento penal, no pueden sustraerse del régimen de recursos que se establecen para dicho tipo de medidas, cuando las mismas son adoptadas en el curso de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, como previas a su tramitación, (medidas provisionales) ya que, conforme a lo que dispone el artículo 771.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no son susceptibles de recurso alguno”.

En definitiva, en relación con la concreta impugnación de las medidas de naturaleza civil acordadas en la orden de protección, cabe entenderse que disponen de un propio y especial procedimiento revisor contemplado tanto en el artículo 544 ter 7 LECr, como en el Anteproyecto, en cuanto que únicamente gozan de una vigencia temporal de 30 días, período durante el cual debe ser incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, lo que determinará que tales medidas permanezcan en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda y, dentro de ese término, deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulten competente.

Por consiguiente, de acuerdo con lo dispuesto en dichas regulaciones, según la jurisprudencia mayoritaria, debería ser en el seno del correspon-

diente procedimiento civil el lugar idóneo para resolver acerca de la ratificación, modificación o cese de las medidas de naturaleza civil acordadas en la orden de protección, sin que, en definitiva, puedan los órganos de la jurisdicción penal entrar a valorar la corrección o validez de tales medidas de índole civil³⁰.

Hay autores³¹ que manifiestan su oposición a lo así argumentado, esgrimiendo las siguientes razones. El derecho a los recursos legalmente establecidos es un derecho integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que sea posible una interpretación restrictiva del acceso a los mismos. Pues bien, nuestra ley procesal penal establece expresamente un concreto sistema de recursos frente a las resoluciones judiciales, sin que se regule excepción alguna a dicho régimen general con relación a la orden de protección o de alguno de los pronunciamientos que puede contener.

Que estando regulado el régimen de recursos frente a los autos dictados por el juez o tribunal penal, ya no cabe acudir a la aplicación supletoria de la LEC, pues su artículo 4 solo lo prevé en defecto de disposiciones que regulen los procesos penales, en este caso, los recursos contra una resolución judicial. A esto añade que, además, esta forzada interpretación del art. 4 LEC no lo es favoreciendo el acceso a los recursos, sino restringiendo lo establecido como norma general en la LECRIM.

Pero, aun obviando los anteriores argumentos que, de por sí, dejarían resuelta la controversia en favor de la recurribilidad del pronunciamiento civil de la orden de protección, y aun asumiendo a meros efectos dialécticos que procediera la aplicación del régimen de recursos establecido para la medida como si se hubiera adoptado en el seno del procedimiento civil, cabe destacar que el pronunciamiento civil de la orden de protección engloba posibles medidas que superan las contempladas en los arts. 771 y 773 LEC, por lo que, de seguirse la aplicación supletoria de la LEC, debería estarse al régimen impugnatorio que ofreciera la concreta medida cautelar de haberse acordado en el orden jurisdiccional civil, recordando que sólo las medidas provisionales de los referidos arts. 771 y 773 son irrecurribles pues cabe recurso de apelación frente a las medidas a adoptar al amparo de los arts. 727.11 y 768 LEC, o al amparo del art. 158 CC.

Respecto de las medidas de asistencia y protección social que se hallen establecidas en el ordenamiento jurídico, se está refiriendo a cuestiones

³⁰ Vid. SAP de Gipuzkoa de 18 de diciembre de 2020.

³¹ ABELLA LÓPEZ, J., *Impugnación de las medidas civiles adoptadas en la orden de protección*, La Ley Penal, nº 145, Sección Práctica penal, julio-agosto 2020.

como la casa de acogida o residencias, la asistencia sanitaria, la asistencia psicológica, la reducción o reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica e incluso excedencia...

Se prevé un deber de información exhaustivo con respecto a la víctima, exigiéndose informarle permanentemente sobre la situación personal de la persona investigada, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, salvo renuncia expresa, la víctima será informada en todo momento de situación penitenciaria del denunciado. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

Exige el artículo 243 del Anteproyecto que la orden de protección pueda hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública, obviedad que no exige de su reconocimiento.

Todas las medidas de protección arbitradas para las víctimas, en caso de ser incumplidas por el encausado, permiten al órgano judicial, a petición de parte, convocar una comparecencia para la adopción de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar —art. 269.3 anteproyecto—.

En todo caso la orden de protección emitida habrá de ser inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género³². El mismo se integra en el sistema de registros adminis-

³² La Ley de Enjuiciamiento Criminal, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, establece la obligación de que dicha orden de protección sea notificada a las partes, y comunicada por el juez, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones Públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean estas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole, para lo que reglamentariamente deberá establecerse un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

El Decreto 355/2004, de 5 de marzo, reguló el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, que estableció un sistema de coordinación según el cual la secretaría de los juzgados y tribunales deberá comunicar las órdenes de protección de las víctimas e violencia doméstica que se adopten y sus respectivas solicitudes a aquel o aquellos puntos de coordinación designados por la comunidad autónoma correspondiente, que constituirán el canal único de notificación de estas resoluciones a centros, unidades, organismos e instituciones competentes en materia de protección social en relación con estas víctimas.

El Registro permitirá:

1. La activación inmediata en 24 horas desde que se produce la decisión judicial.
2. La inscripción de decisiones tanto en materia penal como civil adoptadas inmediatamente por el mismo juez en lugar de tener que acudir a dos distintos.
3. La inscripción como delito de la primera agresión. Hasta la reforma del Código Penal las agresiones aisladas sólo se consideraban falta y no delito.

trativos de apoyo a la Administración de Justicia en virtud del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero. En el mismo procede la inscripción de penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia por delito o falta, medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación contra alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP. Asimismo, se inscribirán los quebrantamientos de cualquier pena, medida u orden de protección acordada en procedimientos penales³³.

A través de este Registro se obtiene la estadística de violencia doméstica y violencia de género. Ésta se realiza por el INE en virtud de un acuerdo de colaboración suscrito con el Ministerio de Justicia, organismo titular de dicho Registro.

Se presenta por separado la información correspondiente a violencia de género y a violencia doméstica. Los resultados se refieren a los asuntos (con medidas cautelares dictadas) inscritos en el Registro durante el año de referencia. A partir de 2015 se publica también información sobre las sen-

4. La imposición al fiscal y al juez de las agravantes en la condena en caso de reiteración que establece la reforma del Código Penal.

5. El control de la eficacia de las nuevas medidas que en 72 horas como máximo debe adoptar el juez para proteger a las víctimas de la violencia doméstica, como son:

– *Prisión Provisional atendiendo a la gravedad de los hechos.*

– *Alejamiento y prohibición de aproximación a la víctima y a las hijas e hijos.*

– *Atribución del domicilio conyugal.*

– *Pérdida de la patria potestad, derecho de custodia o visita a las hijas e hijos.*

– *Obligación inmediata de pasar una pensión a la víctima.*

– *Pérdida inmediata de la licencia de armas.*

– *Decretar penas de prisión en el caso de quebrantamiento de la pena de alejamiento.*

– *Medidas específicas de protección de los menores. El Registro Central permitirá conocer desde la primera agresión, tanto las acciones del agresor como garantizar la eficacia en el cumplimiento de las medidas dictadas para proteger mejor a la víctima o para regular la situación jurídico familiar o paterno filial que relaciona a la víctima con el agresor.*

³³ El encargado del Registro Central de Protección de Víctimas de Violencia Doméstica y de Género comunicará al menos semanalmente a:

* El Instituto Nacional de la Seguridad Social, al Instituto Social de la Marina y a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda la información relativa a los procedimientos terminados por sentencia firme condenatoria que se inscriban en dicho Registro por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera cónyuge o ex cónyuge del condenado o estuviera o hubiera estado ligada por él por una análoga relación de afectividad a efectos de dar cumplimiento a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (artículo 7.2 del RD 95/2009, de 6 de enero).

* La Dirección General de Tráfico del Ministerio del Interior los datos relativos a penas, medidas de seguridad y medidas cautelares en las que se haya dispuesto la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o cualquier pena o medida relacionada con la seguridad vial, de acuerdo con lo previsto en los artículos 529 bis, 764 y 94.2 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 7.3 del RD 95/2009, de 6 de enero).

tencias firmes dictadas en el año de referencia, que corresponden a asuntos que fueron inscritos en el Registro de ese año o de años anteriores.

9. QUEBRANTAMIENTO DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Una última cuestión que considero ha de ser objeto de tratamiento por el prelegislador, es el quebrantamiento de la medida cautelar, a la vista de lo habitual que viene siendo con consentimiento de la víctima.

El delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar se encuentra regulado en el artículo 468 CP en su redacción dada por el art. 40 de la LO 1/2004. Castiga a los que quebrantaren condena, medidas de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. La especialidad, en materia de violencia doméstica y de género, se encuentra en el apartado dos de dicho artículo en el que prevé, en todo caso, la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 del citado código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP. Dictada una orden de protección es habitualmente quebrantada con consentimiento de la víctima, siendo normalmente la medida sobre la que consiente la víctima es la de alejamiento prevista en el art. 48 CP, que además tiene su parangón en la medida cautelar de alejamiento de los arts. 544 bis y 544 ter LECr.

Este complejo normativo tiene su culminación en el art. 57.2 CP en el que se impone, con carácter obligatorio, la imposición de la pena de alejamiento en los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género.

La interacción de estos preceptos ha supuesto que, en una cantidad muy importante de asuntos penales relacionados con la violencia doméstica y de género, el juez imponga la medida cautelar de alejamiento bien sea por la vía del art. 544 bis LECr o por la del art. 544 ter del mismo cuerpo.

Sin embargo, la realidad revela que existen numerosos casos de reanudación de la convivencia o del contacto entre quienes eran pareja o familia a pesar de la existencia de la medida cautelar o pena de alejamiento. Este fenómeno viene a ser conocido como el delito de quebrantamiento consentido, o como la provocación de la víctima a la comisión del delito de quebrantamiento.

La cuestión se torna más importante si cabe si se tiene en cuenta que el delito de quebrantamiento relacionado con la violencia doméstica y de género tiene previsto como única pena posible la pena de prisión tras la reforma del art. 468 CP.

A este respecto se pronunció el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008, “*el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código Penal*”. Éste se ve reafirmado por las SSTS de 29 de enero y 8 de junio de 2009.

Posteriormente, por sentencia de 28 de enero de 2010 se puntualiza que la mujer sí puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia, pero, para ello, deberá solicitar del órgano judicial que deje sin efecto la medida cautelar de alejamiento acordada. Ahora bien, tanto en esta sentencia como en la de 26 de noviembre, se añade que la idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento no está implícita en el citado acuerdo, de ahí que la conclusión alcanzada por el pleno no debe ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto.

Por otro lado, se ha venido analizando por la jurisprudencia si la víctima tiene responsabilidad penal por aceptar y consentir el quebrantamiento.

La posición mayoritaria se ha pronunciado manifestando que la víctima no tiene responsabilidad penal ni como cooperadora necesaria ni como inductora³⁴. Otra ha venido sosteniendo que la víctima ha actuado como cooperadora necesaria o ha inducido a la comisión del delito³⁵.

Toda esta incertidumbre y caos tanto con respecto a la víctima como al victimario, requeriría de la atención del legislador, pues son supuestos demasiado habituales que no ayudan en nada a la lucha contra la violencia de género.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA LÓPEZ, J., *Impugnación de las medidas civiles adoptadas en la orden de protección*, La Ley Penal, nº 145, Sección Práctica penal, julio-agosto 2020.
- BARONA VILAR, S., *¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?*, Revista del Poder Judicial, nº Especial XIX, 2006.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *La orden europea de protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español*, Diario La Ley, nº 8022, año XXXIV, 13 de febrero de 2013, La Ley Penal.
- CANO-MAILLO REY, P.V., *Los juicios rápidos: orden de protección, análisis y balance*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- DEL POZO PÉREZ, M., *El derecho procesal español ante la violencia de género: especial referencia a las últimas reformas*, Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas, 2008.

³⁴ Así SSTS de 13 de julio de 2009 o de 26 de noviembre de 2010.

³⁵ Vid SSAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007, de 23 de noviembre de 2009, de 21 de febrero de 2009, y de 14 agosto 2008.

- DELGADO MARTÍN, J., *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, Revista Jurídica Galega, nº 39, 2003, pp. 79 a 105.
- GARCIA RUBIO, M.P., *Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres: análisis de los aspectos civiles de la orden*, La Ley, t. 3, 2004, pp. 1909 a 1917.
- GARCIA RUIZ, S.R., *Estudio comparativo de la Orden Europea de Protección frente a las distintas Órdenes de Protección dictadas por los países de la Unión Europea*, Diario la Ley, nº 9742, Sección Tribunal, 24 de noviembre de 2020.
- HASSEMER, W., *Crítica al Derecho penal de hoy, Ad-hoc*, Buenos Aires, 1995.
- MAGRO SERVET, V., *Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica: pena de alejamiento sin existir medida cautelar en la violencia de género y doméstica: ¿puede ejecutarse provisionalmente el alejamiento si la sentencia ha sido recurrida? ¿Es disponible por la víctima esta pena o medida cautelar? La conformidad y el alejamiento*, Diario La Ley, nº 6244, 3 de mayo de 2005.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La orden Europea de Protección en el marco de la nueva Ley de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, en “La orden de protección europea. La protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa”, Tirant lo Blanch, 12/2015.
- PINTO ANDRÉS, M., *Panorama actual de la orden de protección: reflexiones sobre su tratamiento y aplicación*, Anuario de la Facultad de Derecho de Orense, 2011, páginas 215 a 232.
- POLO GARCÍA, S., *Adopción de medidas civiles de familia en la orden de protección en casos de violencia de género*, La Ley Derecho de Familia, nº 12, cuarto trimestre de 2016.
- VALIÑO CES, A., *La orden de protección: estudio de las medidas para las víctimas de violencia doméstica y de género en el marco del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Revista de derecho y proceso penal, nº 56, 2019, pp. 21 a 43.
- VIDAGAN Y PELÁEZ, J.M., *Protocolos de actuación ante supuestos de violencia de género en personas independientes. Protocolos de actuación ante supuestos de violencia de género en personas dependientes*, Tirant lo Blanch, 03/2014.

EL ESTATUTO DE LA PERSONA ENCAUSADA EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM

Legal status of the indicted in the criminal procedure draft bill

Alicia ARMENGOT VILAPLANA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universitat de València¹

Alicia.Armengot-Vilaplana@uv.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PERSONA ENCAUSADA. 1. La cuestión terminológica. 2. Derechos de la persona encausada. 2.1. Derecho de defensa. 2.2. Derecho de traducción e interpretación. 2.3. Derecho a la asistencia técnica y exclusión del defensor. 3. Obligaciones de la persona encausada. 4. La ausencia de la persona encausada. 5. Adquisición de la condición de encausado y posibilidades de actuación. 5.1. Desaparición del juicio de imputación. 5.2. La comparecencia para el traslado de cargos. 5.3. Posibilidades de actuación de la persona encausada. III. LA PERSONA ENCAUSADA CON DISCAPACIDAD. 1. Una regulación necesaria. 2. La institución de apoyo. 2.1. Régimen jurídico de la institución de apoyo. 2.2. El incidente para la designación de la institución de apoyo. 3. Un régimen especial de medidas cautelares. 4. Las especialidades en casos de falta absoluta de capacidad procesal. IV. LA PERSONA JURÍDICA ENCAUSADA. 1. Reagrupación de las normas sobre la materia en un capítulo específico. 2. Representación de la persona jurídica en el proceso. 3. La comparecencia para el traslado de cargos a la persona jurídica. 3.1. Identificación del representante con carácter previo a la comparecencia. 3.2. Identificación del representante en la comparecencia. 4. La intervención de la persona jurídica (actos de investigación y de aseguramiento de la prueba; declaración; medidas cautelares). 5. La actuación de la persona jurídica en el juicio oral. 6. La conformidad. 7. La ausencia de la persona jurídica. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El anteproyecto de LECRIM denomina encausado al sujeto sometido al proceso penal cualquiera que sea la fase en la que se encuentre, diferenciando, dentro de esa expresión, entre investigado o acusado según se haya formulado o no escrito de acusación. En el trabajo se analiza el modo en que han sido recogidos en el nuevo texto los derechos y las obligaciones que integran el estatuto de la persona encausada, destacando las novedades insertadas en el mismo. También, el modo en

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-095424-B-I00, con el título “La justicia penal ante los retos de la eficiencia, la seguridad y las garantías procesales, en especial la instrucción y la simplificación de las técnicas de enjuiciamiento de los delitos”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

que este sujeto adquiere la condición de parte y las posibilidades de actuación que tiene durante el procedimiento de investigación. Se analiza asimismo la necesaria regulación de la persona encausada con discapacidad y las peculiaridades de la persona jurídica encausada.

Abstrac: The Criminal Procedure Draft Bill considers the indicted as the person subject to a criminal process. This denomination is used irrespective of the stage of the proceedings and making a difference, between the investigated and the accused, depending on the submission of a writ of accusation. This paper is aimed at analyzing how the rights and duties of the indicted have been regulated in the Draft, as well as at highlighting the developments introduced. In addition, the manner in which the indicted acquires the condition of party and his possibilities to act during the investigation phase are also analyzed in this paper. Finally, our paper explains that it was necessary to regulate the disabled person indicted and the particularities of the legal person indicted.

Palabras clave: Persona encausada. Discapacidad. Persona jurídica encausada.

Keywords: Indicted. Disabled person. Legal person indicted.

I. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (a partir de ahora, el anteproyecto) dedica su Libro I a las “Disposiciones Generales” y, tras un Título I en el que se incluyen las normas sobre “Los tribunales del orden penal”, dedica el Título II a “Los sujetos del proceso penal”. Los tres primeros capítulos de este Título II se ocupan de la persona contra la que se dirige el proceso penal, destinando un capítulo I a regular el estatuto jurídico de la persona encausada (arts. 49 a 60²), un capítulo II en el que se incluye la novedosa regulación de la persona encausada con discapacidad (arts. 61 a 80), y un tercer capítulo dedicado a la capacidad de actuación procesal de la persona jurídica encausada (arts. 81 a 86)³. Todas estas normas deben ponerse en relación con los preceptos del anteproyecto que regulan el modo en que se adquiere la condición de parte encausada y las posibilidades de actuación de la misma durante el procedimiento de investigación.

² Salvo que se indique otra cosa, los preceptos que se citan en este trabajo corresponden al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (versión para información pública).

³ Como indica la Exposición de Motivos, en su ap. XVI, esta sistemática, consistente en anticipar la regulación de la persona encausada a la del Ministerio Fiscal y a las acusaciones, mantiene “la opción del Anteproyecto de 2011 (...) alterando en este punto la sistemática originaria de la ley de 1882. Se pretende resaltar, con ello, la dimensión estructural que tienen las reglas relativas al derecho defensa de la persona encausada, pues las especiales implicaciones constitucionales de este derecho fundamental, ya enunciadas en el título preliminar, condicionan toda la fisonomía del procedimiento”.

II. LA PERSONA ENCAUSADA

1. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Consciente de los vaivenes que ha experimentado el vocablo con el que cabe designar a la persona frente a la que se dirige el proceso penal, el anteproyecto incluye unas denominaciones (art. 49) procurando, según dice su exposición de motivos (EM), un uso preciso de las mismas a lo largo del texto articulado.

Como es conocido, la denominación tradicional de “imputado” fue sustituida por la de “investigado o encausado” por la LO 13/2015 de reforma de la Lecrim, reservando el primer término para la persona contra la que se dirige la investigación, y el segundo para la persona contra la que se acuerda alguna resolución de imputación formal⁴. El anteproyecto emplea la denominación de “persona encausada” como expresión genérica para designar a toda persona sometida al proceso penal cualquiera que sea la fase en la que se encuentre, diferenciando, dentro de esa expresión, entre la persona investigada —aquella frente a la que todavía no se ha formulado la acusación—; persona acusada —aquella contra la que se ha ejercido la acción penal a través del correspondiente escrito de acusación—; y persona condenada o penada —aquella a la que se ha impuesto pena o medida de seguridad en sentencia—.

No incluye el anteproyecto ninguna definición de la persona que ha sido detenida por la policía o que es objeto de una investigación preliminar (art. 556), pero que no ha sido todavía citada por el MF para comunicarle los cargos que se le atribuyen (art. 557). Se alude a ella en diferentes preceptos del anteproyecto designándola como sospechosa (así, en el art. 306, al regular la diligencia de reconocimiento en rueda; o en el art. 323, que se refiere a la declaración de la persona sospechosa prestada en sede policial), o como investigada (art. 539.10 que contempla, dentro de las diligencias que puede practicar la policía por propia autoridad, la de recibir declaración a la persona investigada; arts. 542.1 persona identificada en el atestado que se remite al fiscal aunque no esté detenida), por lo que cabe entender que también a ella se extiende el término de investigado, no fijándose, tal como

⁴ Sobre la reforma de la LO 13/2015, puede verse mi trabajo, “Llamadme imputado, investigado o encausado, como queráis; pero respetad mis garantías”, *Diario La Ley*, nº 8776, 6 de junio de 2016; así como GIMENO BEVIÁ, J., “Análisis crítico de la reforma de la Lecrim de 2015”, *Revista de derecho y proceso penal*, nº 40, 2015, apartado III.1; ORTEGO PÉREZ, F., “Reflexiones acerca de la imputación y los estatus procesales de ‘investigado’ y ‘encausado’”, *Justicia*, nº 1, 2016, pp. 204-208; CALAZA LÓPEZ, S., “Fortalecimiento de las garantías procesales y agilización de la Justicia”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017, p. 12.

ocurre en la actualidad, una clara distinción entre el sujeto investigado por la policía o por el MF en esa investigación preliminar, y el sujeto investigado una vez celebrada la comparecencia para el traslado de cargos. De hecho, el art. 49b) define a la persona investigada como aquella frente a la que todavía no se ha formulado escrito de acusación, por lo que sería extensible esa denominación durante la investigación preliminar.

De otro lado, cabe plantearse si el término acusado debería tener aplicación una vez se ha acordado la apertura del juicio oral y no una vez formulado escrito de acusación; en la medida en que es posible que tras el escrito de acusación el juez de la audiencia preliminar acuerde el sobreseimiento respecto de esa persona, el sujeto habrá sido investigado, pero no habrá llegado a ser acusado. Repárese que el art. 57, que impide que el acusado pueda actuar en el proceso como parte acusadora, se refiere al primero como “aquél contra quien se haya decretado la apertura de juicio oral”.

2. DERECHOS DE LA PERSONA ENCAUSADA

2.1. Derecho de defensa

El art. 50 reconoce el derecho de defensa a la persona encausada, según lo establecido por la CE y por el propio título preliminar del anteproyecto, aclarando que, sin perjuicio de las manifestaciones de autodefensa, tal derecho comprende en todo caso “la designación de un abogado que pueda intervenir en todas las fases del procedimiento”. En la medida en que preceptos posteriores desarrollan el contenido de la defensa técnica, esta norma deberá entenderse como el reconocimiento de un derecho que engloba una serie de facultades que después se relacionan (art. 51), y que van más allá de la mera asistencia letrada, si bien esta última debe ser garantizada en todo caso. El precepto contiene además un mandato a las autoridades y funcionarios que intervienen en el procedimiento penal (en especial, al MF) para que velen, dentro de su respectiva competencia, por la efectividad del derecho de defensa, cumpliendo con el deber de objetividad que les corresponde.

Tras esa proclamación, el art. 51 contiene un elenco de derechos que corresponden a la persona investigada y que se ajustan a los estándares constitucionales y a las exigencias del derecho europeo. Tales derechos no resultan novedosos en tanto fueron incorporados a la Lecrim con ocasión de la transposición de diversas normas europeas: la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales (incorpora-

da por la LO 5/2015, de 27 de abril⁵), y la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia letrada (incorporada por la LO 13/2015, de 5 de octubre)⁶. Cabe destacar, positivamente, que el art. 51 presente ahora una relación ordenada de todos esos derechos y que tal precepto haya quedado aligerado de contenido en comparación con el actual art. 118 Lecrim, pues ciertas garantías insertadas en este último han pasado a estar previstas en los principios constitucionales del título preliminar (p. ej., la confidencialidad de las comunicaciones entre el encausado y el abogado —art. 13—).

Por lo que afecta a su contenido, el art. 51 contempla la relación de facultades que son inherentes al derecho de defensa y que pueden agruparse en torno a los siguientes ejes: el derecho a conocer los hechos que se atribuyen al investigado y la calificación jurídica provisional; el derecho de acceder a las actuaciones practicadas y a conocer las que se practiquen desde el momento en que se adquiera la condición de parte; el derecho a aportar elementos de descargo, a proponer diligencias de investigación, y a participar en la práctica de las mismas. Se contemplan además otros derechos que giran en torno a la asistencia letrada y a la declaración prestada por la persona investigada. Se reconoce, en fin, el derecho a la traducción e interpretación de forma —se entiende *gratuita*—⁷, como un derecho irrenunciable que alcanza también a las personas con limitaciones auditivas o de expresión oral. Con todo, este art. 51 solo contiene el reconocimiento de unos derechos que deberán ser objeto de concreción posterior, bien para determinar el momento y la forma en que pueden ejercerse, bien para establecer las consecuencias de su vulneración.

2.2. Derecho de traducción e interpretación

El anteproyecto dedica un solo precepto a desarrollar el contenido del derecho a la traducción e interpretación (art. 52), sin perjuicio de otras referencias al mismo en la regulación de concretas actuaciones (p. ej. art.

⁵ Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

⁶ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

⁷ El texto del anteproyecto presentado para el trámite de audiencia pública omite la expresión “gratuita” en este precepto; cabe entender que se trata de una errata en tanto esa gratuidad está prevista en otros pasajes en los que se alude a la interpretación y traducción (así, p. ej. art. 203 en relación con la detención; art. 318 apartado e, relativo a la declaración del investigado).

203 para la detención⁸; art. 252.2 b para las comunicaciones con la persona privada de libertad; art. 318 e, para la declaración del investigado; art. 642.2 para las sesiones del juicio oral).

Sustancialmente, se trata de una regulación coincidente con la incorporada a la Lecrim por la LO 5/2015, de 27 de abril, que transpuso a nuestro ordenamiento la Directiva 2010/64/UE sobre el derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales⁹. No obstante, se han insertado en esta regulación ciertas mejoras que habían sido puestas de manifiesto por la doctrina. Y así, entre los documentos que son de necesaria traducción se hace referencia a los autos de medidas cautelares y no solo al auto de prisión, añadiéndose a esos documentos el auto de apertura del juicio oral. Se ha eliminado la posibilidad de realizar una traducción parcial de los documentos o la posibilidad de que la traducción sea sustituida por un resumen oral (art. 123.3 Lecrim), habida cuenta de las limitaciones que tales posibilidades podían entrañar para el derecho de defensa. Desaparece también la previsión de suspender el plazo procesal en tanto no se facilite la traducción (art. 123.4 Lecrim), eliminando con ello el perjuicio que dicha suspensión provocaba para ciertas actuaciones (así, p. ej., para interponer recurso contra el auto de prisión provisional)¹⁰. Por último, se extraen de este precepto las previsiones relativas a la interpretación oral o en lengua de signos que pasan a ser contenido del capítulo dedicado a la persona encausada con discapacidad (art. 70.1.c), sin perjuicio de previsiones específicas (art. 318 e).

⁸ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “El derecho a la traducción e interpretación en la detención”, en ARIZA COLMENAREJO, M. J., (coord.), *Traducción, interpretación e información para la tutela judicial efectiva en el proceso penal*, Valencia, 2018, p. 79.

⁹ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

Sobre este derecho, JIMENO BULNES, M., “El derecho a la interpretación y traducción gratuitas”, *Diario La Ley*, nº 6671, de 14 de marzo de 2007; ARANGÜENA FANEGO, C., “El Derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011, p. 15; sobre el tema de la calidad de la traducción e interpretación, FERNÁNDEZ CARRON, C., *El Derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*, Valencia, 2017, p. 87.

¹⁰ GUERRERO PALOMARES, S., “El derecho a la traducción e interpretación en el proceso penal. Análisis de los nuevos artículos 123 a 127 de la LECrim, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 41, enero-marzo 2016, p. 10: “Una vez que se ha reconocido el derecho a la traducción de la resolución que acuerda la prisión, debería establecer la exigencia de que dicha traducción se realice de manera inmediata al dictado de la resolución, de forma que esa traducción sea entregada a la persona que se envía a prisión sin fianza, dentro de las 24 horas siguientes a su emisión, y so pena de inejecución de la medida”. Habla de urgencia en estos casos, LÓPEZ JARA, M., “La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de derechos y garantías procesales: los derechos a la traducción e interpretación y a la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8540, 15 de mayo de 2015, p. 11.

En coherencia con el nuevo diseño de este proceso penal, se articula la posibilidad de acudir por escrito ante el juez de garantías cuando el MF haya denegado mediante decreto la traducción de un documento por no considerarlo esencial, o haya rechazado la presencia de intérprete; y se contempla, al igual que ocurre ahora, la posibilidad de nombrar un nuevo intérprete cuando la interpretación realizada no ofrezca garantías de exactitud o la de solicitar una nueva traducción cuando la presentada no ha sido realizada correctamente. Deberá tenerse en cuenta, en este punto, la doctrina del TS que ha exigido que tales imprecisiones deben ser relevantes, bien porque son determinantes del fallo, bien porque menoscaban el derecho de defensa al inducir a error al tribunal (STS, Sala 2ª, nº 18/2016 de 26 enero)¹¹.

No se incluye en el anteproyecto referencia alguna a la forma de designación de los traductores y de los intérpretes (art. 124.1 Lecrim), tal vez porque el RD 724/2020, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento de la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, ha creado el Registro de Traductores Jurados e Intérpretes Jurados (art. 13 RD), contemplando la publicación en la web del citado Ministerio de un listado actualizado de estos profesionales (art. 14 RD). Cabe recordar que según lo dispuesto por la disposición final primera de la LO 5/2015, “La inscripción en este Registro Oficial será requisito necesario para la actuación de estos profesionales por designación del Juez o del Secretario judicial ante la Administración de Justicia y en las diligencias policiales en las que sea necesaria su presencia, sin perjuicio de las excepciones que se establezcan”.

¹¹ STS, Sala 2ª, nº 18/2016, de 26 enero (Roj: STS 213/2016): “para que pueda ser apreciado un motivo de recurso por infracción constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías derivada de un supuesto defecto de traducción, lo determinante no es que se haya producido alguna imprecisión o error genérico en el proceso de traducción, lamentablemente frecuentes y prácticamente inevitables, sino que la parte recurrente ponga de relieve que este supuesto error pudo ser relevante para el fallo porque menoscabó la defensa del recurrente al inducir a error al Tribunal o bien porque le impidió exponer debidamente su versión de los hechos o desarrollar correctamente su defensa”. También la STS, Sala 2ª, nº 276/2021, de 25 de marzo (Roj: STS 1308/2021), que no entiende producida la lesión de este derecho en tanto las posibles irregularidades no influyen en el fallo: “la parte quejosa no es capaz en su impugnación de señalar pasaje alguno, con relevancia material por pequeña que fuese, en el que la supuesta incorrecta traducción hubiera podido afectar, de forma directa o indirecta, al derecho de defensa del acusado, hubiera impedido conocer a este el sentido de alguna concreta pregunta o desvirtuado el significado de alguna concreta respuesta, con relevancia material, generando al tribunal cualquier clase de error significativo. En definitiva, la parte recurrente no pone de relieve a lo largo de este motivo de impugnación error ninguno de traducción que pudiera haber sido relevante para el fallo”. En este caso, además, la falta de intérprete durante la práctica de otros medios de prueba distintos de la declaración del acusado y del testigo propuesto por él, no fue considerada lesiva del derecho en tanto no se impugnó en la instancia dicha irregularidad.

2.3. Derecho a la asistencia técnica y exclusión del defensor

El derecho a la asistencia letrada está reconocido en diferentes preceptos del anteproyecto (arts. 12, 50), de ahí que el art. 54.1 comience afirmando que “en los términos establecidos en esta ley y sin perjuicio de la intervención de la persona encausada en su propia defensa”, el derecho a la asistencia letrada debe garantizarse “de manera ininterrumpida hasta la conclusión del proceso y en la ejecución de la sentencia”. Se trata de un apartado cuyo contenido coincide con lo dispuesto por el art. 50.1, de ahí que deba darse una significación propia al art. 50 —como reconocimiento amplio del derecho de defensa— frente al art. 54 —reconocimiento de la asistencia letrada—.

El precepto no contempla, como hace el art. 118.2 Lecrim, las actuaciones para las que es necesaria la intervención de letrado, siendo una materia que pasa a estar prevista en la regulación de cada una de las diligencias; así, la rueda de reconocimiento deberá practicarse con la intervención de un abogado, siendo irrenunciable (art. 306); la presencia de letrado será necesaria en las declaraciones (arts. 13, 317.5, 323.1); la obtención de una muestra biológica de la persona investigada requiere la presencia de letrado (art. 461); y lo mismo puede afirmarse para la reconstrucción de hechos (art. 337.2).

La designación de letrado por la persona investigada o la solicitud para que se le designe uno de oficio deberá hacerse efectiva desde la detención o desde el momento en que se le cite para la primera comparecencia. No debe olvidarse que en supuestos en los que no proceda la detención, pero se practique declaración en sede policial, también deberá garantizarse la asistencia letrada (arts. 323, 317.5).

El anteproyecto impone un límite novedoso en este derecho de defensa técnica estableciendo que, con independencia del número de letrados designados, “la persona encausada no podrá ser asistida por más de uno en cada acto” (art. 54.4). Es claro que esta norma pretende facilitar la interlocución entre la parte encausada y el MF —o, en su caso, el juez—, procurando el correcto desarrollo del acto procesal de que se trate. Pero si esta norma se aplica a la parte encausada sería procedente imponer idéntica limitación a las partes acusadoras para respetar el equilibrio de las partes en el proceso, de manera que, p. ej., el MF tampoco pudiera actuar por medio de dos fiscales en cada acto. No parece ser la idea del anteproyecto a la vista de lo dispuesto por el art. 96.2 segundo párrafo, en el que se alude a la necesidad de identificar a los fiscales —en plural— que hayan intervenido en cada acto.

Por otra parte, el art. 55 incluye una regulación que posibilita la exclusión del abogado defensor de libre designación. Esta regulación contempla como causas que posibilitan ese apartamiento, la existencia de elementos objetivos suficientes para afirmar que ha participado en la comisión del mismo hecho delictivo que se atribuye al encausado, o de un delito conexo (encubrimiento, receptación, blanqueo), siempre que exista conflicto de intereses entre ambas defensas; también cuando el letrado abuse de las comunicaciones con la persona investigada privada de libertad para facilitar la comisión de otros delitos o para poner en riesgo la seguridad del centro penitenciario; cuando su conducta puede ser constitutiva de un delito de obstrucción a la justicia; y, por último, cuando se dirija contra el letrado un procedimiento penal por pertenencia a la misma organización criminal a la que pertenece la persona investigada.

Además de las causas que permiten ese apartamiento del abogado defensor, se regula un pequeño incidente a través del cual el MF podrá dirigirse mediante escrito razonado al juez que sea competente según el estado del procedimiento, poniendo de manifiesto que concurren “indicios suficientes” de la concurrencia de las causas antes apuntadas, y solicitando esa exclusión del abogado defensor. Ese escrito se trasladará a todas las partes afectadas y, formulen o no alegaciones, el juez decidirá si procede o no dicha exclusión. En caso positivo, se comunicará a la persona encausada para que proceda al nombramiento de un nuevo letrado “advirtiéndole de que si no lo hace en el plazo que se le fije, o si designa a otro en quien también concorra causa de exclusión” se le designará uno de oficio.

La cuestión que plantea esta regulación estriba en que la exclusión del abogado designado por el investigado puede solicitarse por el MF a partir de indicios suficientes de la comisión de esos hechos delictivos —sin necesidad de que haya comenzado un proceso penal—, o, en el caso de las comunicaciones con el investigado preso, en una circunstancia —la puesta en peligro de la seguridad del centro penitenciario— ajena al proceso para el que se presta la asistencia letrada, y desligada del posible conflicto de intereses con el letrado defensor, lo que de entrada puede resultar desproporcionado.

3. OBLIGACIONES DE LA PERSONA ENCAUSADA

El art. 53 contempla las obligaciones que corresponden a la persona encausada. No ofrece dudas que esta persona está obligada a comparecer cuantas veces sea citada por el MF o la autoridad judicial, pudiendo

acordarse medidas cautelares para garantizar su presencia física ante esas autoridades. Asimismo, está obligada a someterse a intervenciones e inspecciones corporales y a los demás actos de investigación siempre que se practiquen de acuerdo con lo previsto en la propia ley.

Comentario aparte merece la obligación prevista por el art. 53.3 y en cuya virtud la persona encausada está obligada a manifestar sus bienes a los efectos de asegurar sus obligaciones o las responsabilidades de naturaleza patrimonial en que haya podido incurrir. Si tal disposición se aplica en el momento en que existe una sentencia que ha condenado a la responsabilidad penal y a la eventual responsabilidad civil, puede resultar loable; se trataría de una disposición similar a la prevista en la LEC en relación con el embargo ejecutivo y el deber de manifestación de los bienes del deudor (art. 589 LEC). Pero la aplicación del art. 53.3 en fase de investigación puede ser lesiva del derecho de defensa y del derecho a no auto incriminarse, pues en dicho momento rige la presunción de inocencia; de mantenerse la citada disposición habrá que entender que el incumplimiento de ese deber de manifestación no deberá entrañar consecuencias negativas (delito de desobediencia a la autoridad judicial), pues tal omisión forma parte del derecho de defensa de la persona investigada.

Por último, se impone expresamente la prohibición de actuar en un mismo proceso con la doble condición de acusador y acusado. Dispone, en este sentido, el art. 57 que la persona contra la que se haya decretado la apertura del juicio oral no podrá intervenir en el proceso como parte acusadora. La literalidad de la norma podría llevar a pensar que tal prohibición solo resulta operativa desde el momento de la apertura del juicio oral contra persona acusada, pero habrá que entenderla aplicable también en la fase de investigación, de manera que la persona investigada tampoco podrá intervenir como parte acusadora. Se exceptúa de esta limitación los casos de daños recíprocos producidos en unidad de acción, si bien la remisión que realiza el texto del anteproyecto parece errónea, debiendo entenderse hecha al art. 39.1.f

4. LA AUSENCIA DE LA PERSONA ENCAUSADA

La regulación de la rebeldía no presenta grandes diferencias con la existente en la actualidad, salvo que deja de ser un procedimiento especial, para pasar a estar integrada en el título dedicado a la persona encausada. El presupuesto del que depende esa declaración de rebeldía se formula de manera general (art. 58), prescindiendo de la casuística que contempla hoy el art.

835 Lecrim para acordar la requisitoria. Se especifica además que la declaración de rebeldía supondrá que el procedimiento de investigación continúe hasta su conclusión *con el abogado de la persona investigada*, procediendo después el fiscal a decretar el archivo respecto de la persona rebelde con la que no se haya practicado la primera comparecencia. Se garantiza así la presencia de letrado “en todos los trámites relativos a medidas cautelares que pueden afectar, directamente, a la esfera personal o patrimonial de la persona declarada en rebeldía. Asimismo, la defensa puede acceder a todas las actuaciones del procedimiento que no estén bajo declaración de secreto. Sin embargo, toda intervención contradictoria que desborde el ámbito estricto de estas dos concretas previsiones queda supeditada a que la persona que está en rebeldía cumpla con el deber de comparecer ante el tribunal y de someterse al proceso” (EM).

Por su parte, la posibilidad de que se celebre el juicio en ausencia de la persona investigada que compareció para el traslado de cargos pero que, de forma voluntaria e injustificada, no comparece el día del juicio oral, presenta las siguientes novedades. De un lado, se amplía el límite de la pena no privativa de libertad por debajo del cual es posible celebrar ese juicio en ausencia; dicho límite pasa de seis a diez años; de otro lado, se refuerzan los criterios a tener en cuenta por el juez para decidir si procede o no ese enjuiciamiento ausencia (art. 59).

5. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE ENCAUSADO Y POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN

Conocido el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden al encausado, debe analizarse el modo en que se adquiere esa condición en el nuevo proceso penal y las posibilidades de defensa que tendrá durante el procedimiento de investigación.

5.1. Desaparición del juicio de imputación

Es sabido que la condición de parte pasiva en el proceso penal se adquiere desde el momento en que se atribuye o imputa a una persona determinada la comisión de unos hechos delictivos. En el nuevo proceso penal, esa imputación deja de ser un acto judicial para pasar a ser un acto de parte. No existe pues, en el procedimiento de investigación, un control judicial acerca de la verosimilitud de los hechos delictivos y acerca de la posibilidad de atribuirlos a una persona determinada (juicio de imputación), sino que el control judicial se efectuará en la audiencia preliminar, siendo ya el juicio de acusación dirigido a determinar si procede o no la apertura del juicio oral.

La identificación de la persona contra la que se dirige el proceso penal marca, según la EM, el paso de las indagaciones preliminares al verdadero procedimiento de investigación¹². El decreto acordando la iniciación de este procedimiento deberá delimitar los hechos delictivos con su calificación jurídica provisional, identificando a la persona a la que se atribuyen (art. 550.2). Este decreto deberá comunicarse al investigado (salvo que se haya acordado el secreto), al denunciante y a la víctima, informando en todos los casos de los derechos que les corresponden.

El decreto de iniciación del procedimiento deberá también trasladarse al juez de garantías que quedará determinado desde ese primer momento (art. 554). La EM indica que el juez de garantías, en su deber de velar por la legalidad del procedimiento, podrá examinar si la investigación que se ha iniciado es genérica, ilimitada o prospectiva, o si carece de relevancia penal, pudiendo acordar de oficio el archivo del procedimiento¹³. Sin embargo, ese examen inicial no alcanza al aspecto subjetivo de la vinculación de los hechos con la persona investigada, no debiendo por tanto ser objeto de control judicial.

Explica en este sentido la EM que es precisamente esa intervención judicial, existente en el actual proceso penal, la que produce el efecto estigmatizador de la imputación y el detrimento del derecho a la presunción de inocencia (apartado LVI). Entiendo, sin embargo, que ese efecto estigmatizador no desaparecerá por el hecho de que la imputación, o, en la terminología del anteproyecto, el traslado de cargos, sea efectuado por el MF, no resultando adecuado que por su sola decisión posibilidad de control judicial, un sujeto quede vinculado al proceso en calidad de investigado. Sería pues deseable que el juez de garantías, al recibir el decreto de iniciación del procedimien-

¹² EM (aptado. L): "(...) las indagaciones preliminares de la policía solo estarán justificadas cuando no exista una persona claramente identificada como posible responsable de la infracción criminal. Hecha esta averiguación, la amenaza potencial que la investigación supone para la libertad y los derechos de la persona investigada obligará a formalizar las actuaciones en un procedimiento bajo la dirección inmediata del Ministerio Fiscal y con la vigilancia de un Juez de Garantías. (...) En definitiva, las actuaciones policiales previas tendrán un punto final obligado con la identificación del sujeto al que se atribuye la comisión del delito. Se entiende así que la determinación del sospechoso exige el inicio del verdadero procedimiento de investigación, que lleva consigo garantías formales de gran importancia en beneficio de la persona que se convierte en sujeto pasivo de esa actividad estatal".

¹³ EM (aptado. LIII): "Desde el mismo inicio del procedimiento de investigación ha de producirse, sin perjuicio de su progresiva ampliación o concreción, una primera delimitación —lo más precisa posible— de su ámbito objetivo y subjetivo. Con ello se facilita el más efectivo ejercicio del derecho de defensa y la realidad del control judicial. Y es que una vez recibido el decreto de iniciación de la investigación, el Juez de Garantías, a la vista del relato fáctico que contenga, podrá proceder de oficio al sobreseimiento del procedimiento por la manifiesta falta de relevancia penal del hecho. Por tanto, cuando sea el propio fiscal el que infrinja la prohibición de investigaciones genéricas o basadas en meras conjeturas, será el juez el que, en el ejercicio de su labor de garantía, proceda a cerrar la investigación".

to, efectuara un control del ámbito objetivo de la investigación —hechos acotados de apariencia delictiva— pero también, del aspecto subjetivo de la misma —esto es, de la existencia de datos que permiten atribuir indiciariamente la comisión de esos hechos a la persona investigada—. Repárese que, el decreto de iniciación del procedimiento no es recurrible por el investigado a tenor de lo dispuesto por el art. 585; sin embargo, el decreto acordando la no iniciación del procedimiento por no ser los hechos delictivos o por extinción de la responsabilidad penal es recurrible por el denunciante o la víctima (art. 551.2).

5.2. La comparecencia para el traslado de cargos

Acordado el decreto de iniciación del procedimiento de investigación, y salvo que se haya acordado el secreto, el MF deberá citar al investigado a una comparecencia para el traslado de cargos. De las funciones que la doctrina del TC (S 186/1990) atribuyó a esta primera comparecencia (medio de investigación y medio de defensa), solo queda en esta nueva regulación el aspecto primario del traslado de cargos, esto es, la información al investigado de los hechos que se le atribuyen, con su calificación jurídica provisional, y de los derechos que le corresponden. La declaración del investigado solo se practicará en esa comparecencia si el investigado quiere. No existe además una norma que imponga al MF la práctica de esta declaración como diligencia necesaria antes de acordar la apertura del juicio oral, sino que podrá acordarla cuando considere que va a resultar útil para la averiguación de hechos delictivos, quedando pues en manos del investigado la posibilidad de solicitarla como medio de defensa.

Del acta en la que quede constancia de la celebración de la comparecencia y de su contenido se remitirá copia al juez de garantías, no pudiendo ser objeto de impugnación los hechos atribuidos, ni la calificación jurídica provisional, sin perjuicio de solicitar en cualquier momento del procedimiento el sobreseimiento que prevé el art. 555 (art. 558). La norma deja claro que, tras esa primera comparecencia, no puede impugnarse la delimitación inicial de los hechos ni su calificación, quizás por la necesidad de practicar actuaciones posteriores para la comprobación de ambos extremos. El contrapeso a esa limitación podría ser la posibilidad de solicitar del juez de garantías, en cualquier momento del procedimiento, el sobreseimiento que contempla el art. 555. Pero repárese en que dicho sobreseimiento solo puede fundarse en la falta de relevancia penal de los hechos y no, en la falta de elementos para atribuirlos al sujeto investigado. Se confirma así,

la ausencia de control judicial, previo al juicio de acusación, acerca de la consistencia de la imputación.

Siguiendo la línea marcada por la ley del jurado, se contempla la exigencia de convocar nuevas comparecencias cuando se produzca cualquier cambio objetivo o subjetivo en la investigación (art. 561).

Por último, se prevé una sanción para el caso de retraso indebido en la celebración de esa comparecencia. Si el juez de la audiencia preliminar comprueba que ese retraso innecesario o malicioso ha causado un perjuicio irreparable al investigado, esto es, a sus posibilidades de defensa, procederá a acordar el sobreseimiento. Si tal retraso no ha determinado ese daño irreparable, podrá continuar el procedimiento, sin perjuicio de anular las actuaciones previas a la comparecencia y realizadas con vulneración del derecho de defensa (art. 624). Acordar el sobreseimiento ante un retraso indebido de la comparecencia requerirá demostrar por el investigado que dicho retraso ha supuesto la pérdida de fuentes de prueba relevantes para su exculpación (así, p. ej., el fallecimiento de un testigo; la desaparición de documentos), con la dificultad que ello puede suponer al tratarse de elementos ya inexistentes; más probable se presenta la posibilidad de declarar la nulidad de las diligencias que se hayan practicado antes del traslado de cargos, y comprobar si, tras la nulidad de las mismas, es posible o no sostener la acusación.

En todo caso, la aplicación práctica de esta disposición resultará sencilla cuando exista un parámetro temporal claro entre el decreto de iniciación del procedimiento y la celebración de la comparecencia. Resultará difícil cuando la investigación preliminar (sea policial, sea por el fiscal) se extiende en el tiempo y se practica sin haber acordado el decreto de iniciación del procedimiento, pues en tal caso es evidente que dictado ese decreto se podrá convocar la comparecencia. De ahí que convenga recordar que la investigación preliminar a la que alude el art. 556 —que permite practicar comprobaciones cuando de los términos de la denuncia o del atestado no hay suficientes datos para dirigir el procedimiento contra una persona—, deba realizarse después de haber dictado el decreto de iniciación y haberlo comunicado al investigado.

5.3. Posibilidades de actuación de la persona encausada

Con la comparecencia para el traslado de cargos, la persona investigada habrá adquirido el estatus de parte y podrá actuar en el procedimiento. Será entonces cuando podrá ejercer el elenco de facultades defensivas que se contiene en el art. 51. Y así, podrá acceder al contenido de las actuacio-

nes practicadas hasta ese momento y tendrá derecho a conocer las que se practiquen durante la investigación; podrá aportar documentos, informes periciales y declaraciones testificales juradas, todo ello a su costa.

Podrá también solicitar del MF la práctica de diligencias de investigación. El criterio del MF para admitir o rechazar su práctica estriba en que las mismas sean “relevantes para decidir sobre la naturaleza delictiva del hecho y la determinación de la responsabilidad criminal” (art. 563.2). Es evidente que las diligencias propuestas por el investigado no serán relevantes para fundamentar el escrito de acusación, sino para fundamentar una resolución de sobreseimiento, por lo que el deber de objetividad que debe presidir la actuación del MF deberá guiar esa decisión, permitiendo aportar al proceso tanto los elementos que puedan beneficiar al investigado como los que le perjudiquen (art. 91.2). Además, la decisión del MF denegando la práctica de una diligencia no es recurrible de manera directa ante el juez de garantías. Sin perjuicio de que el investigado solicite una medida de aseguramiento de la prueba, será en el momento de la audiencia preliminar cuando pueda, ante el juez de esa audiencia, reiterar la práctica de las diligencias denegadas por el MF que sean relevantes para fundamentar una resolución de sobreseimiento (art. 563.3). El problema que plantea esta regulación estriba en que en el acto de la audiencia preliminar el escrito de acusación ya se habrá presentado; el investigado intentará en la audiencia preliminar evitar que se acuerde la apertura del juicio oral, pero es evidente que en ese momento ya habrá perdido una batalla previa: evitar que se presente escrito de acusación.

Las posibilidades de actuación del investigado podrán ejercerse desde la primera comparecencia salvo que se acuerde el secreto de las actuaciones. Si se hubiera acordado el secreto, la comparecencia para el traslado de cargos —y la intervención defensiva del investigado— deberán realizarse una vez alzado el secreto (art. 559.2).

Desaparece, por último, toda resolución de imputación formal, lo cual puede ser positivo, en tanto se elimina el excesivo formalismo que entrañan estas resoluciones, pero conllevará consecuencias menos favorables, y es que si el escrito de acusación resulta sorpresivo porque acusa a una persona con la que no se ha celebrado la comparecencia, o porque atribuye unos hechos que no han sido atribuidos previamente, deberá acudir al acta de la comparecencia para comprobar la información que fue trasladada y las personas a las que se les trasladó. Más allá del decreto de iniciación del procedimiento y del acta de la comparecencia —actuaciones excluidas de todo recurso—, no existe ninguna resolución frente a la que el investigado

pueda reaccionar antes de que se presente el escrito de acusación, debiendo concentrar sus alegaciones defensivas al impugnar la acusación en el escrito de defensa.

III. LA PERSONA ENCAUSADA CON DISCAPACIDAD

1. UNA REGULACIÓN NECESARIA

El capítulo II del Título que estamos analizando contiene una exhaustiva regulación que deberá aplicarse cuando el proceso se dirige contra una persona con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que le impiden o dificultan comprender el significado del proceso y las consecuencias del mismo.

La incorporación de esta regulación a nuestro ordenamiento era una necesidad perentoria, tanto por las advertencias que el TC había dirigido al legislador acerca de la necesidad de dar cobertura a situaciones que no podían ampararse en las exiguas normas de la Lecrim (SsTC 217/2015 y 84/2018), cuanto por la necesidad de cumplir compromisos internacionales¹⁴. Se trata además de una materia que debe adaptarse a la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad¹⁵.

2. LA INSTITUCIÓN DE APOYO

El estatuto de la persona encausada con discapacidad descansa en estos tres pilares: a) la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en las mismas condiciones que cualquier otra persona, imponiendo a las autoridades que intervienen en el proceso el deber de adaptar las actuaciones a la situación de discapacidad; b) el derecho de la persona con discapacidad a adoptar sus propias decisiones, en la medida en que sea posible, y articulando como complemento la institución de apoyo; c) el derecho de la persona encausada a participar eficazmente en todas las fases del procedimiento, pudiendo estar acompañada por un especialista o una persona de su elección y confianza, en la ejecución de actos y diligencias en las que se requiera su presencia.

¹⁴ Como indica la EM “Dicho estatuto está fundado, principalmente, en los criterios establecidos por la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y en la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 sobre garantías procesales para personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales”.

¹⁵ 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 (BOE nº 132, de 03/06/2021).

La institución de apoyo es el instrumento dirigido a designar, en el propio proceso penal y a los efectos de cada proceso, a un adulto adecuado para que asista a la persona con discapacidad en los actos y con la extensión que se determine en función del grado de discapacidad¹⁶. Se trata de una regulación que parte de una realidad: la incoación de un proceso penal contra una persona con discapacidad y la necesidad de atender de manera inmediata a esa situación sin esperar a la constitución de estos mecanismos en el ámbito civil. Además, se pretende excluir —siempre que sea posible— la idea de la sustitución de la voluntad de la persona discapacitada por la de la persona de apoyo, primando el respeto a la voluntad de la primera con el complemento que resulte necesario en cada caso¹⁷.

El anteproyecto regula, de un lado, los aspectos sustantivos o materiales de esta institución, y, de otro, un conjunto de reglas procesales para su puesta en práctica.

2.1. Régimen jurídico de la institución de apoyo

La regulación sustantiva se orienta a determinar el modo de integrar esta institución, el alcance de la asistencia que debe prestarse, las obligaciones que asumirá la persona designada, y las consecuencias que se derivan del incumplimiento de esa función, tanto sobre la persona designada, como sobre la validez de los actos procesales.

En cuanto al modo de integrar esta institución se plantean dos posibilidades. En el caso de que la persona con discapacidad tenga constituidos los mecanismos de representación o asistencia en el ámbito civil, la persona ya designada será llamada al proceso, determinando, en la resolución judicial por la que se le designe como persona de apoyo, el alcance de la asistencia que debe prestar. En el caso de que no exista persona de apoyo (bien porque no haya sido designada por el juez civil, bien porque la nombrada no pueda

¹⁶ FERNÁNDEZ MOLINA, E., “Hacia una justicia penal inclusiva: una evaluación del paso por el procedimiento penal de las personas con discapacidad intelectual o con problemas de aprendizaje”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 132, diciembre 2020, p. 155.

¹⁷ RAMÍREZ ORTIZ, J. L.; RUEDA SORIANO, Y., “El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI. (La propuesta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)”, *Diario La Ley*, nº 9815, 22 de marzo de 2021, p. 7: “El apoyo es una ayuda para adoptar decisiones y comprende el suministro a la persona encausada de la información necesaria para la toma de la decisión, la explicación de las circunstancias que rodean la decisión, el consejo y asesoramiento, así como el deber de verificar la voluntad y preferencias del sujeto y de ayudarlo a adoptar y a expresar la decisión”. TOMÉ GARCÍA, J. A., “Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECrím y Anteproyecto de 2020) (1)”, *La Ley Penal*, nº 151, julio-agosto 2021, p. 11/24.

intervenir), se procederá a designar a otra persona o institución que resulte idónea (art. 66). La persona de apoyo deberá aceptar el nombramiento, y se le deberá informar de los derechos y obligaciones que corresponden a la persona encausada, de los actos en los que debe intervenir, y de la responsabilidad que asume, pudiendo, en caso de incumplimiento, acordarse contra ella las medidas coactivas y las sanciones procesales previstas para los testigos (art. 67).

Los actos para los que se haya considerado necesaria la intervención de la institución de apoyo, deberán practicarse con la persona encausada y con la persona de apoyo; solo excepcionalmente podrán realizarse con esta última y sin la intervención de la persona encausada (art. 68). Se garantiza además que en la práctica de diligencias de investigación y en las sesiones del juicio oral, la persona de apoyo pueda situarse en un lugar que le permita el contacto inmediato y confidencial con la persona encausada y con el abogado defensor (art. 68.2).

Por lo que atañe a las consecuencias de la actuación de esta persona de apoyo, se establece que no serán válidos los actos realizados sin la asistencia cuando ésta fue fijada como necesaria, o cuando la designación de la misma se hizo con retraso malicioso o negligente.

2.2. El incidente para la designación de la institución de apoyo

Las reglas procesales contemplan tres estadios distintos: unas medidas inmediatas, unas medidas provisionales, y el incidente para la designación de la persona de apoyo.

Se prevé así la reacción inmediata de las autoridades que intervienen en el proceso (policía, fiscal) cuando adviertan que la persona investigada padece cualquier tipo de discapacidad que puede afectar a su participación eficaz en el proceso. Estas autoridades deberán averiguar si dicha persona tiene ya designada institución de apoyo —pudiendo comprobar la posible inscripción del mismo en el Registro Civil— y, caso de que no la tenga, deberán llamar a un familiar o persona de su entorno que resulte idónea a estos fines y con la que no tenga conflicto de intereses. Deberán también solicitar su reconocimiento médico o psicológico para determinar el grado de discapacidad y las necesidades que precise. Los interrogatorios que se practiquen con la persona discapacitada deberán grabarse en soporte apto para la imagen y el sonido (art. 70).

Las medidas provisionales podrán ser adoptadas por la autoridad judicial —de oficio o a instancia de parte— en aquellos casos en los que es precisa

la realización de una actuación y no se ha designado todavía a la persona de apoyo. Se tratará pues de medidas a adoptar en tanto no existan otras más estables acordadas en el incidente que analizamos seguidamente.

El incidente para la adopción de medidas de apoyo está regulado en el art. 72. Es competente para conocer del mismo el juez que lo sea según el estado del procedimiento. El incidente podrá promoverse por el fiscal —tan pronto advierta la necesidad de adoptar estas medidas—, por el propio encausado —actuando con su defensa y representación—, y por otros legitimados (cónyuge o persona que se encuentre en una situación de hecho asimilable, ascendientes, descendientes, hermanos). El juez o tribunal competente, recibida la solicitud, deberá convocar una audiencia en la que oír a las personas interesadas, se practicarán las pruebas propuestas y admitidas, y los reconocimientos periciales necesarios. El incidente finalizará con una resolución (auto según lo dispuesto en el art. 157.2.f¹⁸) que designe a la persona de apoyo y determine la extensión de su asistencia, debiendo por tanto concretar los actos procesales para los que se considera necesaria, o, excepcionalmente, que la asistencia es precisa para todas las actuaciones. Atendidas las circunstancias, se podrá excluir la celebración del juicio en ausencia, la conformidad o la utilización del procedimiento de enjuiciamiento rápido o inmediato. Esta resolución se inscribirá en el Registro Civil (art. 65.3).

3. UN RÉGIMEN ESPECIAL DE MEDIDAS CAUTELARES

Se incluye también en este capítulo una regulación dirigida a adaptar las medidas cautelares personales a la situación de discapacidad de la persona encausada.

Por lo que se refiere a la detención, se prescribe su carácter subsidiario, estando justificada solo cuando no sea posible garantizar la presencia del encausado por otros medios. En caso de que se acuerde, la persona discapacitada estará acompañada por un familiar y deberá garantizarse la continuidad del tratamiento.

Por lo que se refiere a la libertad provisional, se adaptan las obligaciones y prohibiciones a las que queda sujeta esa situación, pudiendo consistir en el sometimiento a tratamiento médico o a controles del mismo.

¹⁸ El art. 63.1 alude a la “sentencia de prestación de apoyos” pero si tal resolución viene referida a la que pone fin a este incidente, debería ser auto según lo dispuesto por el art. 157.2.f.

Mención especial merece la medida de internamiento en establecimiento especial. Con las directrices marcadas por la Ss del TC 217/2015 y 84/2018¹⁹, establece el art. 75 que en aquellos supuestos en los que se advierta que concurre en la persona encausada alguna de las eximentes del art. 20, apartados. 1º, 2º y 3º del CP, y sea previsible la imposición de una medida de seguridad, no cabrá acordar la prisión provisional. No obstante, si concurren los presupuestos para esta última, y no existe otra medida menos gravosa, se podrá acordar la medida de internamiento cautelar en centro psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial. Esta medida quedará sujeta al control periódico por parte del juez, al que deberán remitirse los informes médicos que resulten necesarios para evaluar la situación del discapacitado (con el contenido que especifica el art. 76.2).

Las salidas del centro en el que esté internado el encausado, sean éstas puntuales o según un plan establecido por el equipo que atienda a la persona discapacitada, requerirán la previa audiencia del MF, del abogado de la persona encausada y de quien ejerza su “representación o asistencia” (art. 76.3). En la medida en que toda esta regulación pretende eliminar la idea de la representación como actuación sustitutiva de la que correspondería a la persona discapacitada, entiendo que esa referencia a la representación o asistencia debería hacerse a la persona que integre la institución de apoyo que es, según se ha visto, el mecanismo por el que se opta para complementar la falta de capacidad de actuación procesal (véase, por ejemplo, el art. 78 b).

Se contempla, de acuerdo con el carácter provisional de las medidas cautelares, la posibilidad de sustituir la prisión provisional inicialmente acordada por el internamiento cautelar en centro especial cuando se advierta que en la persona presa concurre alguna de las eximentes del art. 20 apartados 1º, 2º, 3º CP; y se extienden a esta medida de internamiento los límites aplicables al mantenimiento de la prisión provisional una vez obtenida sentencia en primera instancia.

¹⁹ Estas sentencias abordaban sendos supuestos en los que la persona encausada era absuelta por apreciar una eximente completa de trastorno mental y, pendiente el recurso contra la sentencia absolutoria, se mantenía la situación de prisión provisional. Las Ss ponen de manifiesto la falta de cobertura legal para esa privación de libertad, no estando prevista legalmente la medida cautelar de internamiento en establecimiento psiquiátrico. En concreto, dijo la STC 84/2018, de 16 de julio, que “la privación de la libertad individual de una persona sometida judicialmente a una medida de seguridad de internamiento (art. 101 CP), mientras la Sentencia penal que así la impone no haya devenido firme, no puede ampararse hoy día en el instituto de la prisión provisional”.

La regulación se completa con unas reglas de procedimiento especiales para la adopción de todas las medidas, tales como la de recabar informe de un especialista sobre la adecuación de las medidas, la audiencia de la persona encausada, y de la persona de apoyo.

4. LAS ESPECIALIDADES EN CASOS DE FALTA ABSOLUTA DE CAPACIDAD PROCESAL

El capítulo finaliza con unas reglas aplicables a aquellos supuestos en los que la persona encausada tiene una falta absoluta de capacidad procesal y debe estar asistida por la persona de apoyo en todos los actos del procedimiento. En tales supuestos, el procedimiento de investigación deberá continuar, practicándose las actuaciones con la persona de apoyo y con el letrado que la misma designe. Finalizado el procedimiento de investigación, caben dos posibilidades. Cuando sea previsible la imposición a la persona encausada de una pena, se procederá a archivar el proceso a la espera de que recobre la capacidad de actuación procesal. Cuando, en cambio, según el CP sea procedente la imposición de una medida de seguridad, el procedimiento continuará, pudiendo acordarse la apertura del juicio oral solo a instancias del MF y quedando a las acusaciones la posibilidad de actuar en ese proceso como actores civiles. Decretada la apertura del juicio oral, éste seguirá a los efectos de determinar la peligrosidad del acusado y la medida de seguridad que puede resultar procedente.

A diferencia de la regulación actual, la proyectada no plantea estas dos posibilidades atendiendo a si la falta de capacidad es coetánea o sobrevenida a la comisión de los hechos delictivos, sino que tales opciones parten de la previsible imposición de una pena o de una medida de seguridad. Cuando de acuerdo con el CP sea previsible la imposición de una pena, es adecuado que no se someta a juicio oral a una persona que no tiene la capacidad para entender el significado del proceso ni puede, en consecuencia, defenderse, razón por la cual procederá la paralización de la causa; cuando, en cambio, sea previsible la imposición de una medida de seguridad, la solución debería ser la misma, pues estamos igualmente ante una persona que carece de la capacidad de actuación procesal. Sin embargo, la imposición a la misma de una medida de seguridad —ligada a su estado de peligrosidad— no puede hacerse, según ha venido entendiendo la jurisprudencia, sin un juicio contradictorio en el que queden demostrados los hechos y la autoría, lo que determina la apertura del juicio oral con la finalidad de determinar la medida de seguridad. Sigue pues latente el problema de someter a juicio oral a una persona que carece de la aptitud necesaria para comprender el significado

del proceso y para actuar conscientemente en el mismo, no siendo adecuado en el proceso penal la sustitución o complementación de esa falta de capacidad mediante la actuación de la persona de apoyo²⁰.

Cabe, ciertamente, la opción de archivar el proceso penal por la apreciación de una eximente completa y la adopción de medidas en el ámbito civil y en un eventual proceso de incapacitación, si bien estas medidas quedarán desvinculadas del hecho criminal y solo podrán atender a razones terapéuticas y de salud mental²¹. Pero el anteproyecto no ha contemplado el posible enlace entre el archivo de la causa penal por falta absoluta de capacidad del encausado y la iniciación de actuaciones en la jurisdicción civil dirigidas a determinar el tratamiento médico adecuado y el eventual internamiento (art. 763 LEC)²².

IV. LA PERSONA JURÍDICA ENCAUSADA

1. REAGRUPACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE LA MATERIA EN UN CAPÍTULO ESPECÍFICO

Como es conocido, la LO 5/2010 por la que se incorporó al CP la responsabilidad penal de la persona jurídica no fue acompañada de las normas procesales necesarias para que esa persona jurídica pudiera actuar en el proceso como investigada o acusada. Un año más tarde, la ley 37/2011 de medidas de agilización procesal (LMAP), insertó diversas normas en la Lecrim dirigidas a adaptar ciertas actuaciones —hasta ese momento realizadas con personas físicas—, a la naturaleza incorpórea de la persona jurídica. Esas normas, dispersas por la Lecrim, han sido recopiladas en un capítulo específico en el anteproyecto, fusionando esa regulación con no-

²⁰ MORENO CATENA, V., “Enfermedad mental y capacidad en el proceso penal”, en *Trastornos mentales y justicia penal*, Dir. Flores Prada, I.; Coord. Sánchez Rubio, A., Navarra, 2017, p. 76.

²¹ Puede verse la evolución jurisprudencial sobre este tema y las posibles soluciones en los excelentes trabajos de FLORES PRADA, I., “Alternativas al enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave”, *Práctica de Tribunales*, nº 145, julio-agosto 2020, p. 13; también en “Garantías constitucionales en el enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave”, en *Trastornos mentales y justicia penal*, cit., pp. 386 y ss.

²² Tal como estableció la STS, Sala 2ª, nº 669/2006, de 14 de junio (Roj: STS 4065/2006), en su FJ sexto, último párrafo: “(...) si se acredita que la demencia o incapacidad mental del procesado es de carácter permanente e irreversible en sus efectos, sin posibilidad de episodios lúcidos, deberá cesar toda intervención penal sobre el mismo, dándose traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que éste inste en el orden jurisdiccional civil las medidas pertinentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado —lo que en el caso presente ya se ha producido con la declaración judicial de incapacitación, internamiento administrativo y sumisión a tutela— para evitar un nuevo comportamiento criminal y remediar esa inexistente capacidad de autodeterminación”.

vedades que habían sido previstas en el Proyecto de Código Procesal Penal del año 2013 (CPP).

No obstante, la responsabilidad penal de las personas jurídicas experimentó un giro trascendental con la reforma del CP por la LO 1/2015, que contempló la posibilidad de que estas entidades queden exentas de responsabilidad si demuestran la implantación de programas de prevención de delitos o programas de cumplimiento normativo (*compliance*). Esta reforma de 2015 tampoco extendió su radio de acción sobre el ámbito procesal, lo que ha llevado a plantear la conveniencia de incluir una regulación específica de la prueba pericial del *compliance*²³, o una mención específica a la finalización del proceso por razones de oportunidad una vez demostrado el correcto funcionamiento del programa de cumplimiento normativo²⁴. Ninguno de estos aspectos encuentra reflejo en el anteproyecto, por lo que tal vez debiera efectuarse una revisión de este bloque normativo con el foco puesto en la regulación del CP y la jurisprudencia generada sobre la misma.

2. REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO

La primera cuestión que se plantea cuando el proceso penal se dirige contra una persona jurídica es la de determinar la persona física que deberá actuar en el proceso en nombre de la persona jurídica. El art. 119.1.a Lecrim permite que sea la propia persona jurídica la que, con cierta libertad y según sus normas de funcionamiento interno, designe a un especial representan-

²³ Porque como apunta PASCUAL SUAÑA, O., "(...) el programa de cumplimiento normativo penal se convierte en la clave de bóveda de la defensa de la persona jurídica en el procedimiento penal", en "El informe pericial en los procesos penales frente a las personas jurídicas. Especial referencia a la certificación de los programas de cumplimiento normativo penal", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 47, 2019.

MAGRO SERVET, V., "¿Qué dice el anteproyecto de la LECRIM sobre las personas jurídicas y Compliance?", *Diario La Ley*, nº 9757, 18 de Diciembre de 2020, apunta también la conveniencia de crear por RD un "Registro de expertos en compliance para que del mismo se puedan extraer los peritos que puedan informar ante los órganos judiciales acerca de si en la persona jurídica se implementó un buen programa de cumplimiento normativo, a fin de otorgar calidad y especialización a esta prueba pericial ad hoc para los procedimientos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que, de aprobarse este ansiado Real Decreto, daría un fuerte impulso a la reclamada cultura de la ética en el seno de la empresa".

²⁴ Sobre el tema BANACLOCHE PALAO, J., "El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Tratado sobre compliance penal*, Dir. Gómez Colomer, J. L., coord. Madrid Boquín, C. M., Valencia, 2019, pp. 573-574; también sobre el principio de oportunidad en esta materia, ORTIZ-PRADILLO, J. C., "'Compliance' y clemencia en el proceso penal de la persona jurídica", en *Diario La Ley*, nº 9504, de 23 de Octubre de 2019, p. 12; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., "M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica", *InDret*, 2, 2020, p. 26; LAFONT NICUESA, L., "La alternativa al juicio en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de Derecho de la UNED*, nº 27, 2021, p. 126.

te, designación que no resulta obligatoria en tanto la ausencia del mismo no impide la continuación de las actuaciones con el abogado de la entidad.

El anteproyecto, siguiendo la línea marcada por el proyecto de CPP de 2013, ha considerado esa representación obligatoria, y ha establecido una lista sucesiva de personas que deberán asumir esa representación (art. 81).

Así, en primer lugar, deberá representar a la persona jurídica la persona física, designada por el máximo órgano de gobierno o administración de la entidad, para ostentar el cargo de director del sistema de control interno de la entidad. Se trata del conocido como oficial de cumplimiento, director del programa de cumplimiento normativo, o supervisor del modelo de prevención de delitos (*Compliance Officer*). Añade la norma que esta persona deberá estar directa e inmediatamente bajo la autoridad de dicho órgano de gobierno (art. 81.1)²⁵.

El director del sistema de control interno de la entidad deberá ser el representante de la misma pese a no haber ocupado ese cargo en el momento en que se produjeron los hechos. Con ello, parece que lo relevante no es que el representante conozca los hechos por los que se atribuye responsabilidad a la persona jurídica, sino que conozca el funcionamiento actual del programa de cumplimiento²⁶. Esta posibilidad permitirá además que la persona que asumió el cargo cuando se produjeron los hechos objeto del proceso, sea llamada en calidad de testigo o para participar en la práctica de la prueba (art. 81.3).

No resulta extraño que el director del sistema de control interno de la entidad sea designado por el máximo órgano de gobierno de la persona jurídica; pero el trabajo de supervisión que debe realizar el oficial de cumplimiento requiere de cierta autonomía e independencia con respecto al órgano de gobierno (art. 31 bis 2. 2ª CP), lo que puede resultar contrario al hecho de que deba estar “directa e inmediatamente bajo la autoridad de dicho órgano”. De mantenerse esta regulación habrá que entender que, si bien dicha persona estará bajo la autoridad del máximo órgano de gobierno de la entidad, en sus funciones de vigilancia y de control deberá actuar con autonomía respecto al órgano de gobierno²⁷.

²⁵ Como explica GIMENO BEVIÁ, J., esta opción, prevista en el CPP de 2013, resulta acertada puesto que influirá en las personas jurídicas para que implanten sistemas de control interno dirigidos por personal especializado, en *El proceso penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla La Mancha, 2014, pp. 108, 116.

²⁶ NEIRA PENA, A. Mª, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidade da Coruña, 2015, p. 228.

²⁷ PRIETO CLAR, B., e IRANZO SÁNCHEZ, E., “El nuevo anteproyecto de reforma de la LECRIM: previsiones sobre la persona jurídica como encausada y sobre la prueba en compliance”, *Diario La Ley*, nº 9805, 8 de marzo de 2021.

En el caso de que la persona jurídica no tenga director del sistema de control interno (no todas las personas jurídicas dispondrán de estos programas de cumplimiento —art. 31 bis 3 CP—), la entidad deberá designar a un especial representante, siendo advertida de las consecuencias de no proceder a esa designación. Y así, en defecto de nombramiento por la entidad, será el juez de garantías, a instancia del Ministerio Fiscal, quien procederá a designar a un representante forzoso o defensor judicial entre “quien ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho”. Estas designaciones, pese al silencio legal, no podrán recaer en personas en las que pueda plantearse un conflicto de intereses como vamos a ver.

En efecto, el anteproyecto mantiene un límite que deberá respetar la entidad en el momento de determinar al especial representante, no pudiendo designar como tal a una persona que deba ser citada para declarar en calidad de testigo (art. 81.3). Se trata de un límite que pretende evitar el fraude de designar como representante a la persona que mayor conocimiento tiene de los hechos, excluyendo, con esa designación, la posibilidad de que sea citada a declarar en calidad de testigo y con la obligación de decir verdad. Pero es evidente que dicho límite puede coartar las posibilidades de defensa de la persona jurídica que habrá designado a esa persona física por ser la más adecuada para el correcto ejercicio del derecho defensa²⁸. El anteproyecto parece mantener ese límite para la fase del juicio oral —tal como hace el art. 786 bis 1 de la Lecrim— al imponerlo a la persona jurídica *acusada*, por lo que, en teoría, la persona que haya actuado como representante en la fase de investigación podría actuar como testigo en el juicio oral, debiendo en ese caso la entidad designar otro representante para el plenario²⁹. No

Como indica la FGE 1/2016: “(...) pese a que se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que asimismo debe vigilar, difícilmente gozará de plena autonomía en su función. Para conseguir los máximos niveles de autonomía, los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o no en su totalidad”.

²⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Madrid, 2012, pp. 81-83; MOLINS RAICH, M., “Análisis crítico del sistema de designación del representante procesal de la persona jurídica en el proceso penal”, en *Compliance y actuación procesal de las personas jurídicas*, coord. Puyol Montero, Madrid, 2019, pp. 71-73.

²⁹ Como explica MORENO CATENA, V., “El derecho de defensa de las personas jurídicas”, en *Tratado sobre compliance penal*, cit., pp. 1024 y 1025, “(...) la persona del representante es fungible de modo que puede ser sustituido a lo largo (de) todo el procedimiento, y precisamente acerca de su designación para el plenario se establece en el art. 786 bis Lecrim que la persona jurídica acusada «podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente

obstante, y para una coherente estrategia de defensa, resultará razonable aplicar esta limitación en la fase de investigación o, cuanto menos, desde que se advierta la posibilidad de que la persona designada como representante sea llamada a declarar como testigo³⁰.

A ese anterior límite se añade otro que impide designar como representante a “quien deba tener cualquier otra intervención en la práctica de la prueba”. Este segundo límite, más genérico si cabe, podría albergar el conflicto de intereses que se plantea cuando la persona física elegida para actuar en nombre de la persona jurídica, es, al mismo tiempo, investigada como persona física por el delito base o delito de referencia. La circunstancia de que esta persona física investigada deba intervenir en la práctica de la prueba excluiría su nombramiento como representante de la persona jurídica. Es cierto que el anteproyecto no alude expresamente a ese conflicto de intereses, ni excluye a la persona física encausada de la posibilidad de ser representante³¹, pero es reiterada la doctrina del TS que ha considerado menoscabado el derecho de defensa de la persona jurídica cuando la misma ha sido representada en el proceso por la persona física contra la que también se dirige la acusación, pues lo que puede resultar beneficioso, en términos de defensa, para la persona física, puede resultar perjudicial para la persona jurídica (STS, Sala 2ª, nº 123/2019, de 8 de marzo³²; STS, Sala 2ª, nº 154/2016, de 29 de febrero³³).

designa», eludiendo la circunstancia de que el representante ya debió —o pudo— ser designado para la primera comparecencia”.

³⁰ La doctrina se ha manifestado a favor de extender esta limitación a la fase de instrucción: ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, en *Tratado sobre compliance penal*, Dir. Gómez Colomer, J. L., coord. Madrid Boquín, C. M., Valencia, 2019, p. 448.

³¹ CAELLAS CAMPRUBÍ, M., “El estatuto procesal de la persona jurídica encausada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Compliance Penal*, nº 4: “En este sentido, el Anteproyecto sigue sin excluir como posibles representantes de la persona jurídica encausada a las personas físicas que, junto con aquella, resulten asimismo encausadas y cuyo posible conflicto de intereses, en su consecuencia, deberá seguir siendo objeto de la oportuna valoración judicial —aún con la dificultad añadida de contravenir con la misma la literalidad del citado precepto—, en aras a preservar el Derecho de defensa de la entidad”

³² STS, Sala 2ª, nº 123/2019, de 8 de marzo (Roj: STS 757/2019), FJ primero: “La designación de la persona física que ha de operar en la causa penal como representante de la persona jurídica imputada o acusada tiene trascendencia respecto de las posibles estrategias de defensa y de la posición que pueda adoptar en el proceso respecto de las imputaciones efectuadas a la persona jurídica, de manera que es preciso tener en cuenta los posibles conflictos de intereses evitando, en esos casos que la persona jurídica comparezca en el proceso representada por otro de los acusados que pueda tener intereses contrapuestos, no solo respecto de las cuestiones de fondo, atinentes a la existencia o no del delito imputado, sino incluso en relación con la orientación que deba darse al mismo ejercicio del derecho de defensa. Pues es claro que los intereses del administrador acusado, sea socio o no de la entidad igualmente acusada, pueden no coincidir con los de ésta, con los de los socios minoritarios, o, incluso, con los de los trabajadores”.

Con todo, entiendo que estos límites deberán operar en aquellos casos en los que la persona jurídica debe designar a un especial representante o cuando el representante es designado forzosamente por el juez, supuesto en el que será muy probable el conflicto de intereses habida cuenta de las personas sobre las que debe recaer tal designación (quienes tengan “el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho”). Sin embargo, el hecho de que la norma designe al oficial de cumplimiento como primer llamado a representar a la persona jurídica, aun cuando no ostentara ese cargo en el momento de la comisión de los hechos, deberá traer como consecuencia que esa persona no pueda ser citada a declarar en calidad de testigo, no aplicándosele a la misma los límites antes apuntados³⁴. Y es que tratándose de la persona que mayor conocimiento tiene del sistema de control interno de la entidad, citarla en calidad de testigo, excluyendo la posibilidad de que pueda ser representante, podría afectar de manera directa al derecho de defensa de la persona jurídica.

Además de determinar a las personas que deben representar a la entidad, el art. 81.4 impone a dicho representante la obligación de intervenir en todas las actuaciones en las que la ley prevé la comparecencia o intervención personal de la persona (física) encausada, pudiendo acordar, en caso de incomparecencia injustificada, la detención para la ejecución del acto correspondiente (art. 196). Si bien la detención puede resultar desproporcionada atendiendo a que tal representante no es el investigado sino quien pone rostro a la persona jurídica investigada, tal medida coercitiva debe asimilarse a la sanción que hoy contempla la Lecrim ante la falta de comparecencia del testigo, siendo una medida que vendría a reforzar la obligatoriedad de la comparecencia del representante³⁵. Además, tal

³³ STS, Sala 2ª, nº 154/2016, de 29 de febrero (Roj: STS 613/2016), FJ octavo: “(...) en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones”.

³⁴ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídica*, cit., p. 115; AYALA GONZÁLEZ, A., “¿Rebelde sin causa? Imputación, representación, contumacia y rebeldía de la persona jurídica en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 9609, 7 de abril de 2020, pp. 13 y ss.

³⁵ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, en *Diario La Ley*, nº 7427, 18 de junio de 2010, p. 16; ECHARRI CASI, F.,

detención solo procederá cuando la ausencia del representante obligue a la suspensión del acto pues, como vamos a ver, hay actuaciones para las que el anteproyecto contempla la realización del acto correspondiente prescindiendo de la presencia del representante (declaración de la persona jurídica, actos de investigación).

3. LA COMPARECENCIA PARA EL TRASLADO DE CARGOS A LA PERSONA JURÍDICA

Se aprecian también novedades en relación con la primera comparecencia para el traslado de cargos a la persona jurídica. De acuerdo con el art. 82 a), la citación para esa comparecencia “se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo al representante de la entidad para que designe abogado y procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a su designación de oficio”.

La nueva regulación parece asumir que al dirigir la citación al domicilio de la persona jurídica ya se ha determinado al representante pues, a diferencia de la regulación actual (art. 119.1.a Lecrim), no se incluye en esa citación el requerimiento a la persona jurídica para que designe un representante. En la medida en que no todas las entidades dispondrán de director del sistema de control interno de la entidad, es posible que, en el momento de dirigir la citación al domicilio social de la persona jurídica, no se haya designado especial representante para ese proceso.

Además, para un correcto desarrollo de la comparecencia, esto es, para que ésta pueda realizarse sin riesgo probable de suspensión, sería preciso que dicho requerimiento fuera atendido con carácter previo a la comparecencia, pues así podrá procederse a la designación de abogado y procurador de oficio —cuando no se designen por el representante—, o podrá procederse al nombramiento de un representante forzoso cuando no haya sido designado por la entidad (art. 81.2). No obstante, el art. 82 a) incluye el requerimiento en el mismo acto de la citación, no señalando plazo alguno para su cumplimiento, lo que conduce a entender que tal requerimiento puede ser atendido el mismo día de la comparecencia. Veamos entonces las distintas posibilidades que se pueden plantear.

“Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, en *Diario La Ley*, nº 7632, 18 de mayo de 2011, p. 15.

3.1. Identificación del representante con carácter previo a la comparecencia

Es posible que, tras la práctica de la citación en el domicilio social de la persona jurídica, el representante —con anterioridad al día señalado para la comparecencia— remita escrito al MF indicando que asume la representación de la persona jurídica y que designa abogado y procurador. Este escrito debería ir acompañado del poder especial cuando la norma lo establezca, resultando llamativo que solo se exija cuando el representante es el oficial de cumplimiento (art. 81.1) o para actuaciones concretas (conformidad).

Acreditada la representación de esa forma previa, podrá desarrollarse la comparecencia si el día señalado en la citación comparece el representante de la entidad acompañado por el abogado de la misma (art. 82 b).

En el caso de que no comparezca el representante, el anteproyecto no contempla, a diferencia de lo que prevé el art. 119.1.b Lecrim, que la comparecencia se realice con el abogado de la entidad. Si a ello unimos lo previsto en el art. 81.4 en el sentido de ser preceptiva la intervención del representante en todas las actuaciones en las que se prevé la comparecencia personal de la persona encausada, habrá que concluir que no cabe la celebración de este acto con el abogado de la entidad, sino con el representante de la misma³⁶. De este modo, la incomparecencia injustificada del representante deberá determinar, según el art. 81.4, la posibilidad de acordar su detención para la práctica de la comparecencia. Y de ahí que resulte precisa la identificación del representante con carácter previo al día de la comparecencia, pues, ante la ausencia injustificada del mismo, podrá acordarse su detención.

La interpretación expuesta resulta coherente con la opción de exigir la presencia obligatoria de la persona jurídica —a través de su representante—, del mismo modo que se exige para la persona física. Pero si se tiene en cuenta que en el anteproyecto esta comparecencia queda reducida a la finalidad del traslado de cargos, no practicándose en ella necesariamente la declaración indagatoria, no sería descabellado que tal comparecencia se practicara con el abogado de la entidad³⁷. Con todo, la presencia obligato-

³⁶ Es cierto, como se verá, que para los actos de investigación y los de aseguramiento de la prueba, la falta de intervención del representante no impide la realización del acto con el abogado de la entidad; pero la comparecencia no es un acto de investigación.

³⁷ Así lo entiende NAVARRO MASSIP, J., “El estatuto procesal de la persona jurídica como responsable penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2015, con base en la actual Lecrim: “No parece razonable que la comparecencia del 775, como acto de declaración, pueda realizarse, «en su caso», por el abogado designado si este no consiente tal declaración. Cosa distinta es que el abogado designado, como

ria del representante, además de procurar la humanización de la persona jurídica, resulta más garantista que la celebración de la comparecencia con el abogado de la entidad que, excediéndose de su función de asistencia, asumiría por esa vía una función de parte. En el proceso penal, el derecho de defensa del investigado —sea persona física o jurídica— no queda garantizado cuando se le ofrece la posibilidad de intervenir en el proceso, aunque no quiera aprovechar esa oportunidad; sino que este derecho exige la presencia del investigado, lo que determina la obligatoriedad de la presencia del representante.

No contempla el anteproyecto la hipótesis de que comparezca el representante sin abogado, pero el art. 82 b) es claro en el sentido de exigir la presencia de letrado, por lo que la falta del mismo deberá determinar la suspensión de la comparecencia y la designación de un letrado de oficio.

3.2. Identificación del representante en la comparecencia

Veamos la hipótesis en la que el requerimiento del art. 82.a) no se cumple con carácter previo a la comparecencia sino el mismo día señalado para su práctica.

Es posible, en primer lugar, que ese día comparezca el representante de la entidad, designando abogado y procurador, y aportando los documentos que acrediten dichas representaciones; en tal caso, la comparecencia podrá realizarse con normalidad con el representante y el abogado.

Es posible, en segundo lugar, que comparezca el representante y que no designe a los profesionales que integran la capacidad de postulación. En tal caso, y según lo dispuesto por el art. 82 a), deberá procederse a designar a estos profesionales de oficio.

Puede ocurrir, en fin, que no comparezca nadie. Como se ha dicho antes, el anteproyecto exige la comparecencia personal del representante para la práctica de la comparecencia, no admitiéndose la realización de la misma con el abogado de la entidad³⁸. Deberá en tal caso aplicarse el art. 81.4

es lógico, pueda ser el sujeto al que se le da traslado de la denuncia o querrela. Es más, conociendo la práctica forense, por razones de agilidad y celeridad, es más que probable que se imponga como práctica que los órganos judiciales se dirijan directamente al Abogado designado. Insistimos, sólo para el traslado, no para el acto de la declaración como si del representante procesal se tratara”.

³⁸ Téngase en cuenta que una cosa es que el representante no designe abogado y procurador y puedan designarse estos profesionales de oficio y otra distinta que no comparezca el representante. La regulación actual de la Lecrim permite que, ante la falta de comparecencia del representante, la comparecencia se celebre con el abogado de la entidad; pero dicha previsión no se contempla en el anteproyecto por lo que cabrá aplicar la regla general de ser preceptiva su asistencia.

que permite acordar la detención en caso de incomparecencia injustificada del representante, pero tal detención resultará inviable en tanto no habrá habido una identificación previa del representante, siendo preciso entonces suspender la comparecencia para activar el mecanismo de sustitución que contempla el art. 81.2 y proceder a designar por el juez de garantías a un representante forzoso.

Por tanto, o bien faltaría un trámite entre el art. 81 y el art. 82, de manera que antes de dirigir la citación o antes de practicar la comparecencia se requiera a la persona jurídica para que identifique al representante, o bien será ante la falta de comparecencia del representante el día de la citación cuando deba suspenderse la comparecencia y activarse el mecanismo de sustitución del art. 81.2, debiendo proceder el juez a la designación del representante.

Téngase en cuenta, sin perjuicio de lo que se dirá después, que la requisitoria solo procederá cuando se desconozca el domicilio social de la persona jurídica y no haya sido posible designar representante, o cuando el representante no sea hallado, supuesto este segundo que exige, de nuevo, la identificación previa del mismo.

Por lo demás, en la comparecencia, el fiscal informará al representante de los hechos que se atribuyen a la persona jurídica y le facilitará esa información por escrito, no exigiéndose ya la entrega de una copia de la denuncia o de la querrela. Lo relevante seguirá siendo que se traslade al representante de manera detallada la información sobre los hechos atribuidos, y se le garantice el acceso a la documentación de las actuaciones practicadas hasta ese momento, ello salvo que se haya acordado el secreto³⁹.

4. LA INTERVENCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA (ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y DE ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA; DECLARACIÓN; MEDIDAS CAUTELARES)

El anteproyecto ha recopilado en el art. 83 el contenido normativo de tres artículos que fueron incorporados a la Lecrim por la LMAP: a) el art. 120, en el que se contempla la intervención de la persona jurídica en las diligencias de investigación y en las de aseguramiento de la prueba; b) el art. 409 bis, en el que se contempla la declaración de la persona jurídica encausada; y c) el art. 544 quáter dedicado a las medidas cautelares. Esta heterogeneidad de materias justificaría una sistemática más coherente, especialmente en lo relativo a las medidas cautelares que podrían no encajar en el título de

³⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, cit., p. 98.

este precepto. Asimismo, la declaración de la persona jurídica a través de su especial representante, está insertada en el apartado 2 de este art. 83, después de regular el régimen de la intervención de la persona jurídica en los actos de investigación y en los de aseguramiento de la prueba; siendo la declaración del investigado una diligencia que para las personas físicas tiene un capítulo específico, resultaría equilibrado que para las personas jurídicas dicha diligencia tuviera cuanto menos un precepto específico.

Entrando ya en el contenido de este art. 83, y por lo que atañe a la intervención de la persona jurídica en las diligencias de investigación y en los actos de aseguramiento de la prueba, se mantiene la regulación existente en la actualidad, pudiendo por tanto intervenir la persona jurídica en esas actuaciones por medio del especial representante asistido de letrado (art. 81.1). No obstante, la ausencia del representante va a permitir que estas actuaciones se realicen con el abogado de la entidad (art. 81.2), constituyendo por tanto una excepción a la regla contenida en el art. 81.4 que permite acordar la detención ante la ausencia injustificada del representante.

Por lo que respecta a la declaración de la persona jurídica a través de su representante, no se aprecian cambios relevantes con la regulación actual más allá de sustituir la expresión “imputación de una persona jurídica” por la de atribución a la misma de la comisión de un delito. La ausencia del representante para la práctica de esta declaración determinará que se tendrá por practicada, entendiendo que el representante se ha acogido a su derecho a no declarar.

Por último, en relación con las medidas cautelares, desaparece la limitación legal a la que quedaba sujeta esta tutela cautelar y que, en apariencia⁴⁰, solo permitía adoptar las medidas previstas por el CP, contemplándose ahora la posibilidad de adoptar también las previstas expresamente por el anteproyecto (art. 83.3). Esta declaración general debe integrarse con lo dispuesto por el art. 305 en el que, de un lado, se han recogido las medidas que contempla el art. 33.7 del CP en relación con la persona jurídica, y de otro, se ha incluido la posibilidad de adoptar medidas cautelares destinadas a garantizar las responsabilidades patrimoniales (art. 288).

La circunstancia de que el art. 305 haya integrado las medidas que están previstas en el CP para las personas jurídicas, añadiendo la suspensión cau-

⁴⁰ La doctrina se mostró partidaria de admitir la adopción de otras medidas cautelares distintas de las previstas por el CP: ESCALADA LÓPEZ, M. L., “Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017; MALLANDRICH MIRET, N., “Las medidas cautelares en el proceso penal de las personas jurídicas”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 48, 2019, p. 9.

telar del derecho a obtener subvenciones y ayudas públicas, podría hacer innecesaria la referencia que el art. 83 contiene a las medidas previstas en el CP; la justificación estaría, no obstante, en la posibilidad de que futuras reformas del CP contemplen otro tipo de medidas contra las personas jurídicas. En todo caso, el anteproyecto sigue apostando por un sistema cerrado de medidas cautelares destinadas a garantizar la responsabilidad penal de la persona jurídica (a diferencia de las medidas destinadas a asegurar las responsabilidades patrimoniales —art. 288.8—), impidiendo cierta flexibilidad a la hora de adoptar otras medidas que puedan resultar menos gravosas pero igualmente eficaces para garantizar la realización del proceso y la futura sentencia⁴¹.

5. LA ACTUACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL JUICIO ORAL

El art. 84 está dedicado a establecer las particularidades del juicio oral cuando la acusación se dirige contra una persona jurídica. El apartado primero de este precepto mantiene en lo sustancial el contenido del art. 786 bis 1 Lecrim con las diferencias que paso a apuntar.

De un lado, se elimina la “posibilidad” de que la persona jurídica pueda actuar en el juicio oral a través del especial representante “para un mejor ejercicio del derecho de defensa”, pasando a establecer el anteproyecto que la persona jurídica *estará* representada en el juicio oral por la persona especialmente designada. Ello resulta coherente con lo dispuesto en el art. 81.4 en el sentido de ser preceptiva la intervención del especial representante en aquellas actuaciones en las que la ley exija la intervención personal del acusado. Se mantiene, por lo demás, la exigencia de que el representante designado ocupe, durante las sesiones del juicio oral, el lugar reservado para los acusados.

En segundo lugar, se reconoce al especial representante la posibilidad de declarar en nombre de la persona jurídica cuando lo solicite su defensa, en cuyo caso son de aplicación los derechos previstos en la ley para la declaración del acusado: derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma, a no confesarse culpable, y derecho a la última palabra al finalizar el

⁴¹ Así, apunta PÉREZ GIL, J., como medida cautelar posible en estos procesos la de “inscribir de manera cautelar en el Registro Mercantil la existencia de un pleito del que pudiera derivarse una declaración de responsabilidad penal de una persona jurídica. (...) Así, quien se proponga absorber o fusionarse con una persona jurídica no podría de buena fe desconocer la existencia de un proceso penal pendiente contra ella o su eventual condena”, “Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García, F. J., González Cussac, J. L., Valencia, 2010, p. 6 [Documento (Tol 1951789)].

acto del juicio. Del mismo modo que para la persona física (art. 674), la declaración de la persona jurídica a través de su representante solo procederá cuando así lo haya solicitado su defensa, excluyendo la posibilidad de que este medio de prueba sea solicitado por alguna de las partes acusadoras (art. 657.5).

Siendo preceptiva la presencia del especial representante durante las sesiones del juicio oral, era precisa una nueva regulación para la hipótesis de que tal representante no comparezca. A tal efecto, el art. 84.2 establece tres posibilidades que deberán aplicarse de manera sucesiva. En primer lugar, el juez o tribunal podrá acordar la detención del especial representante con el objetivo de ser conducido forzosamente a las sesiones del juicio oral. La detención será posible en este caso porque el especial representante ya se habrá identificado en la primera comparecencia para el traslado de cargos.

En caso de que ese especial representante no sea localizado, el anteproyecto prevé activar el mecanismo de sustitución del art. 81.2 de manera que será el juez o tribunal el que deba designar a un representante siguiendo las pautas marcadas por ese artículo.

Por último, y para el supuesto de que dicha persona no pueda ser designada (p. ej., porque todas las personas que podrían ser designadas están acusadas en el proceso como personas físicas), se admite que el juicio oral se realice exclusivamente con el abogado de la entidad.

6. LA CONFORMIDAD

En relación con la conformidad que puede prestar la persona jurídica, la única novedad que incorpora el anteproyecto es la de dispensar al especial representante —que deberá contar con poder especial— de la necesidad de ratificar dicho acto.

Dispone en este sentido el art. 85.2.a) que “comprobada por el tribunal la existencia de poder especial, la conformidad se entenderá prestada sin que sea preciso ningún acto de ratificación”. De este modo, presentado por el Fiscal y las demás partes el escrito conjunto por el que se solicita el dictado de una sentencia conformidad (art. 170.1), no será necesario convocar al especial representante de la persona jurídica ante el juez de la conformidad para que ratifique personalmente los términos del acuerdo, manifestando que se encuentra suficientemente informado de las consecuencias del mismo y que presta el consentimiento libremente y sin coacción (art. 172.3). Tal dispensa parece correcta en tanto no es el especial representante el que debe ratificar personalmente la conformidad, sino que dicha conformidad

habrá sido consentida por la persona jurídica al otorgar al representante el poder especial para dicho acto. Lo relevante en estos casos no es, pues, la ratificación personal del especial representante, sino el control por parte del juez del contenido de ese poder especial, verificando que el mismo contiene la voluntad del órgano de gobierno de la persona jurídica de aceptar la conformidad. No obstante, la norma guarda silencio sobre el control de la decisión de la persona jurídica que podría requerir algo más que el mero control del poder especial.

De manera similar a lo previsto por el art. 787.8 Lecrim, el anteproyecto también establece que esta conformidad “podrá prestarla la persona jurídica independientemente de la posición que adopten las demás personas encausadas y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre respecto de estas” (art. 85.2 c). Al amparo de esa norma será por tanto posible que en un mismo proceso las personas físicas (p. ej. los administradores) no acepten la conformidad y sí lo haga la persona jurídica.

No obstante, esa actuación independiente de la persona jurídica debe ponerse en relación con lo previsto por el anteproyecto para los supuestos de conformidad con pluralidad de encausados. Dispone en este sentido el art. 167.1 que “Solo será posible la conformidad cuando se refiera a todas las personas encausadas por un mismo hecho punible o por hechos conexos que no puedan ser juzgados separadamente sin detrimento del derecho de defensa”. Y exceptúa de esa regla los supuestos en los que quede fuera de ese acuerdo la persona jurídica: “Podrá, no obstante, dictarse sentencia de conformidad para quienes presten su consentimiento cuando solo queden fuera del acuerdo las personas jurídicas encausadas” (art. 167.2).

Este precepto contempla pues la hipótesis de la conformidad de las personas físicas acusadas y la no conformidad de la persona jurídica acusada en el mismo proceso, que podría quedar exenta de responsabilidad al demostrar el correcto funcionamiento del sistema de control interno de la entidad.

El supuesto inverso, esto es, la posibilidad de que sea la persona jurídica la que preste la conformidad y que la misma no sea aceptada por las personas físicas acusadas, quedaría amparada en el art. 85.2 y esa independencia de la actuación de la persona jurídica en relación con las personas físicas. No obstante, se trata de una posibilidad que puede dar lugar a sentencias contradictorias, pues podría ocurrir que las personas físicas sean finalmente juzgadas y absueltas del delito base o delito de referencia, y que la persona jurídica sea condenada por sentencia de conformidad por unos hechos

que derivan o están conectados con los hechos cometidos por las personas físicas⁴². Habrá que entender por tanto que esa proclamada independencia de la actuación de la persona jurídica a efectos de la conformidad puede ser relativa, pues es posible que la misma quede condicionada a la decisión que adopten las personas físicas encausadas con respecto a la conformidad.

7. LA AUSENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA

Se ocupa el art. 86 de la ausencia de la persona jurídica y de la declaración de rebeldía de la misma. Se trata de una situación distinta a la contemplada por el art. 84.2 y en la que, después de practicada la primera comparecencia con el representante de la entidad, no comparece el día del juicio oral, pudiendo acordarse su detención, proceder al nombramiento de otro representante, o realizar el juicio con el abogado de la entidad. El art. 86, en cambio, está regulando los supuestos en los que no se ha podido celebrar la primera comparecencia por falta de identificación del representante o por ser imposible su localización.

En efecto, los supuestos a partir de los cuales podrá acordarse la requisitoria son dos: a) cuando la persona que deba comparecer en representación de la entidad no sea hallada y b) cuando no haya sido posible designarla por falta de domicilio social conocido.

El primer supuesto se planteará cuando, identificado el representante, tal como hemos visto antes, el mismo no acude el día de la comparecencia. Este supuesto vuelve a plantear la necesidad de identificar al representante con carácter previo a la comparecencia o después de convocada la misma y comprobada la falta de asistencia del representante, pues es evidente que no puede ordenarse la detención de una persona que no está identificada. De este modo, si el representante ya designado, no comparece el día de la comparecencia podrá ordenarse su detención, y caso de que no sea hallado, será llamado mediante requisitoria.

El segundo supuesto se planteará cuando el domicilio que consta en el Registro Mercantil o en otros registros no coincida con el domicilio social o el domicilio en el que de facto se desenvuelve la actividad de esa persona jurídica, de manera que resulta imposible trasladarle la citación para la comparecencia. La imposibilidad de citar a la entidad, agotadas las posibilidades

⁴² ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica imputada”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, con Banacloche Palao, J., y Gómez-Jara Díez, Madrid, 2011, p. 280; BANACLOCHE PALAO, J., “El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Tratado sobre compliance penal*, cit., p. 579.

de averiguación de dicho domicilio, implicará que no se le requiera para designar representante y que no se pueda proceder a la designación del mismo por el juez de garantías. En definitiva, el presupuesto para acordar la requisitoria coincidiría con el previsto en el art. 839 bis 1 Lecrim, si bien la norma actual vincula la requisitoria a la imposibilidad de citar a la persona jurídica, y la norma proyectada la vincula a la imposibilidad de designar representante ante la falta de domicilio social conocido de la entidad.

En la requisitoria se harán constar los datos de la entidad, el delito que se le atribuye y su obligación de comparecer con abogado y procurador en el plazo que se haya fijado. Esta requisitoria se publicará en la forma establecida en el artículo 215⁴³ de esta ley y, en su caso, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades de la entidad investigada.

Las consecuencias de que dicha requisitoria no sea cumplida no difieren de las previstas en la actual Lecrim: se procederá a la declaración de rebeldía de la persona jurídica, “continuando los trámites de la causa con el abogado y el procurador designados de oficio y entendiéndose con estos todos los trámites procesales hasta su conclusión”. Se mantiene pues la diferencia de trato entre la persona física en rebeldía —para la que puede continuar el proceso de investigación archivándose después— y la persona jurídica en rebeldía —para la que se permite la realización de todo el proceso—.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “El derecho a la traducción e interpretación en la detención”, en Ariza Colmenarejo, M. J., (coord.), *Traducción, interpretación e información para la tutela judicial efectiva en el proceso penal*, Valencia, 2018.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “El Derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, en *Tratado sobre compliance penal*, Dir. Gómez Colomer, J.L., coord. Madrid Boquín, C. M., Valencia, 2019.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., “Llamadme imputado, investigado o encausado, como queráis; pero respetad mis garantías”, *Diario La Ley*, nº 8776, 6 de junio de 2016.
- AYALA GONZÁLEZ, A., “¿Rebelde sin causa? Imputación, representación, contumacia y rebeldía de la persona jurídica en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 9609, 7 de abril de 2020.

⁴³ Cabe entender que dicha remisión al art. 215 lo será al apartado 3 en el que se indica: “La requisitoria se remitirá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que sea llevada a efecto y se publicará en el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes y podrá ser difundida a través de otras publicaciones oficiales”.

- BANACLOCHE PALAO, J., El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en *Tratado sobre compliance penal*, Dir. Gómez Colomer, J.L., coord. Madrid Boquín, C. M., Valencia, 2019.
- CAELLAS CAMPRUBÍ, M., “El estatuto procesal de la persona jurídica encausada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Compliance Penal*, nº 4.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Fortalecimiento de las garantías procesales y agilización de la Justicia”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017.
- ECHARRI CASI, F., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *Diario La Ley*, nº 7632, 18 de mayo de 2011.
- ESCALADA LÓPEZ, M. L., “Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017.
- FERNÁNDEZ CARRON, C., *El Derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*, Valencia, 2017.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E., “Hacia una justicia penal inclusiva: una evaluación del paso por el procedimiento penal de las personas con discapacidad intelectual o con problemas de aprendizaje”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 132, diciembre 2020.
- FLORES PRADA, I., “Alternativas al enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave”, *Práctica de Tribunales*, nº 145, julio-agosto 2020.
- FLORES PRADA, I., “Garantías constitucionales en el enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave”, en *Trastornos mentales y justicia penal*, Dir. Flores Prada, I.; Coord. Sánchez Rubio, A., Navarra, 2017.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Madrid, 2012.
- GIMENO BEVIÁ, J., “Análisis crítico de la reforma de la Lecrim de 2015”, *Revista de derecho y proceso penal*, nº 40, 2015.
- GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla La Mancha, 2014.
- GUERRERO PALOMARES, S., “El derecho a la traducción e interpretación en el proceso penal. Análisis de los nuevos artículos 123 a 127 de la LECrim, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 41, enero-marzo 2016.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, *Diario La Ley*, nº 7427, 18 de junio de 2010.
- JIMENO BULNES, M., “El derecho a la interpretación y traducción gratuitas”, *Diario La Ley*, nº 6671, de 14 de marzo de 2007.
- LAFONT NICUESA, L., “La alternativa al juicio en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho de la UNED*, nº 27, 2021.
- LÓPEZ JARA, M., “La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de derechos y garantías procesales: los derechos a la traducción e interpretación y a la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8540, 15 de mayo de 2015.
- MAGRO SERVET, V., “¿Qué dice el anteproyecto de la LECRIM sobre las personas jurídicas y Compliance?”, *Diario La Ley*, nº 9757, 18 de diciembre de 2020.
- MALLANDRICH MIRET, N., “Las medidas cautelares en el proceso penal de las personas jurídicas”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 48, 2019.
- MOLINS RAICH, M., “Análisis crítico del sistema de designación del representante procesal de la persona jurídica en el proceso penal”, *Compliance y actuación procesal de las personas jurídicas*, coord. Puyol Montero, Madrid, 2019.
- MORENO CATENA, V., “Enfermedad mental y capacidad en el proceso penal”, *Trastornos mentales y justicia penal*, Dir. Flores Prada, I.; Coord. Sánchez Rubio, A., Navarra, 2017.
- MORENO CATENA, V., “El derecho de defensa de las personas jurídicas”, en *Tratado sobre compliance penal*, Dir. Gómez Colomer, J. L., coord. Madrid Boquín, C. M., Valencia, 2019.
- NEIRA PENA, A. M^a, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidade da Coruña, 2015.

- ORTEGO PÉREZ, F., “Reflexiones acerca de la imputación y los estatus procesales de ‘investigado’ y ‘encausado’”, *Justicia*, nº 1, 2016.
- ORTIZ-PRADILLO, J. C., “‘Compliance’ y clemencia en el proceso penal de la persona jurídica”, en *Diario La Ley*, nº 9504, de 23 de octubre de 2019.
- PASCUAL SUAÑA, O., “El informe pericial en los procesos penales frente a las personas jurídicas. Especial referencia a la certificación de los programas de cumplimiento normativo penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 47, 2019.
- PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García, F. J., González Cussac, J. L., Valencia, 2010 [Documento (Tol 1951789)].
- PRIETO CLAR, B., IRANZO SÁNCHEZ, E., “El nuevo anteproyecto de reforma de la LECRIM: previsiones sobre la persona jurídica como encausada y sobre la prueba en compliance”, *Diario La Ley*, nº 9805, 8 de marzo de 2021.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. L., RUEDA SORIANO, Y., “El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI. (La propuesta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)”, *Diario La Ley*, nº 9815, 22 de marzo de 2021.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., “M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *InDret*, 2, 2020.
- ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica imputada”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, con Banacloche Palao, J., y Gómez-Jara Díez, Madrid, 2011.

LAS PARTES ACUSADORAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE NOVIEMBRE DE 2020

The prosecuting parties in the draft criminal prosecution law of november 2020

José MARTÍN PASTOR

Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València
jose.martin-pastor@uv.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS PARTES ACUSADORAS. EL PODER DE ACUSAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. 1. Cuando no se celebra el juicio oral. 1.1. La terminación del procedimiento penal por conformidad. 1.2. La terminación del procedimiento penal por razones de oportunidad. 1.3. La justicia restaurativa. 2. Cuando se celebra el juicio oral: la congruencia jurídica de la sentencia. III. EL MINISTERIO FISCAL COMO PARTE ACUSADORA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. 1. La ampliación de las funciones y potestades del Ministerio Fiscal en el nuevo proceso penal. 2. Análisis de la configuración orgánica del Ministerio Fiscal. 2.1. La vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo. Valoración crítica de la reforma del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal de 2007. 2.2. La organización interna del Ministerio Fiscal. Las relaciones internas entre sus componentes. Las instrucciones generales y las instrucciones particulares. 2.3. Valoración crítica sobre la posición institucional del Ministerio Fiscal. 2.4. Propuesta de reforma: admisibilidad de que el Gobierno pueda impartir al Ministerio Fiscal instrucciones generales para guiar su actuación. 2.5. La organización interna del Ministerio Fiscal propuesta en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. 2.6. Las acusaciones particular y popular como contrapesos o garantías frente a una eventual actuación controvertida del Ministerio Fiscal. IV. LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. 1. El fundamento y la legitimación para el ejercicio de la acusación particular. 2. La personación de la acusación particular. 2.1. La forma de personación. 2.2. El tiempo de personación. 2.3. El órgano ante el que personarse. V. LA ACUSACIÓN POPULAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. 1. El doble fundamento de la acusación popular. Su situación en la actualidad. 2. Las limitaciones de la acusación popular para evitar su conversión en un medio de instrumentalización de la justicia al servicio de intereses ajenos al bien común. 2.1. Los límites subjetivos a la acusación popular. 2.2. Los límites objetivos a la acusación popular. 3. El tiempo y la forma para personarse como acusación popular.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Este trabajo tiene por objeto el análisis de las partes acusadoras en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020. En particular, se analiza la acusación pública u oficial, por parte del Ministerio Fiscal; la acusación particular, por parte de la víctima o del perjudicado directo por el delito; y la acusación popular, por parte de cualquier ciudadano no víctima.

No obstante, también se han tenido en cuenta dos trabajos prelegislativos anteriores, que no fructificaron en una reforma legal. En concreto, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, y la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

En este trabajo se realiza una reflexión previa sobre el poder de acusar en dicho documento prelegislativo.

Este poder de acusar es muy relevante en el proceso penal que se nos propone, ya que, en virtud del principio acusatorio, condiciona en gran medida el ejercicio del poder de juzgar por parte del órgano jurisdiccional.

Abstract: The purpose of this work is to analyze the accusing parties in the Draft Law on Criminal Procedure of November 2020. In particular, it analyzes the public or official accusation, by the Public Prosecutor's Office; the private accusation, by the victim or the person directly injured by the crime; and the popular accusation, by any non-victim citizen.

However, two previous pre-legislative works have also been taken into account, which did not bear fruit in a legal reform. Specifically, the Draft Law on Criminal Procedure of 2011, and the Proposal for a Code of Criminal Procedure of 2013.

In this work, a preliminary reflection is made on the power to accuse in said pre-legislative document.

This power to accuse is very relevant in the criminal process that is proposed to us, since, by virtue of the accusatory principle, it largely conditions the exercise of the power to judge by the court.

Palabras clave: Partes acusadoras, proceso penal, Ministerio Fiscal, acusación particular, acusación popular.

Keywords: Accusing parties, criminal process, public Prosecutor, private accusation, popular accusation.

ABREVIATURAS

Art: Artículo

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

APLECRIM 2020: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020

APLECRIM 2011: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011

CE: Constitución Española

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM: Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores
PCPP 2013: Propuesta de Código Procesal Penal de 2013
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el análisis de las partes acusadoras en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020.

No obstante, también hemos de tener en cuenta dos trabajos prelegislativos anteriores, que no fructificaron en una reforma legal. Me refiero, en concreto, al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, y a la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, en la medida en que, para la regulación de muchas cuestiones, el APLECRIM 2020 se inspira en las propuestas contenidas en aquellos. Es más, me atrevo a decir que en algunos aspectos —y, en especial, en relación con las partes acusadoras— el APLECRIM 2020 podría considerarse un “texto refundido” de dichos trabajos.

Antes de comenzar con el estudio en concreto de las partes acusadoras en el APLECRIM 2020, realizaré una reflexión previa sobre el poder de acusar en dicho documento prelegislativo.

Asimismo, quiero indicar que este trabajo se enmarca, por una parte, en los Seminarios sobre el Anteproyecto de LECrim, organizados por la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, y, por otra parte, en el Proyecto de Investigación RTI2018-095424-B-I00, con el título “La justicia penal ante los retos de la eficiencia, la seguridad y las garantías procesales, en especial la instrucción y la simplificación de las técnicas de enjuiciamiento de los delitos”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, cuyo investigador principal es Ricardo Juan Sánchez.

II. LAS PARTES ACUSADORAS. EL PODER DE ACUSAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

Como he apuntado, un paso previo al estudio, en concreto, de las partes acusadoras, es el del análisis de su poder de acusar.

Para ello debemos traer a colación las dos potestades más importantes del proceso penal.

Por un lado, tenemos la potestad jurisdiccional —el poder de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado—, que corresponde, en exclusiva, a los órganos jurisdiccionales (art. 117.1 y 3 CE).

Por otra parte, encontramos la potestad de acusar, que, a diferencia de la anterior, no se atribuye de forma exclusiva o monopolística a unos órganos determinados. De acuerdo con los arts. 24.1, 124.1, y 125 CE se trata de una potestad compartida.

El poder de acusar se atribuye al Ministerio Fiscal, como acusador público u oficial (arts. 87-98 APLECRIM 2020); a la víctima, al ofendido o al perjudicado directo por el delito, como acusador particular (arts. 99-119 APLECRIM 2020); y a cualquier ciudadano, no víctima del delito, como acusación popular (arts. 120-125 APLECRIM 2020). Esta atribución compartida supone una peculiaridad de nuestro sistema procesal penal respecto de los ordenamientos jurídicos extranjeros¹.

Este poder de acusar² es muy relevante en el proceso penal, ya que, en virtud del principio acusatorio, condiciona el ejercicio del poder de juzgar, y aparece fortalecido en el APLECRIM 2020, ya que, como consecuencia de algunas previsiones normativas, la actuación de los acusadores podrá limitar la aplicación de la ley penal por parte del órgano jurisdiccional.

Para ello voy a distinguir dos supuestos.

1. CUANDO NO SE CELEBRA EL JUICIO ORAL

Aun existiendo indicios racionales de que la persona investigada ha cometido un delito, no se celebrará el juicio oral en los supuestos de: a) La terminación del procedimiento penal por conformidad (arts. 164-173 APLECRIM 2020); b) La terminación del procedimiento penal por razones de oportunidad (arts. 174-180 APLECRIM 2020); y c) La justicia restaurativa (arts. 181-185 APLECRIM 2020).

¹ Véase MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio Público y el proceso penal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2020.

² Cuando hago referencia al poder de acusar también me estoy refiriendo al reverso de la moneda, es decir, al poder de no acusar.

1.1. La terminación del procedimiento penal por conformidad

De la regulación de la conformidad me interesa destacar dos previsiones normativas.

Por una parte, el art. 164.1 APLECRIM 2020, según el cual “el proceso penal podrá concluir si la persona encausada y su defensa aceptan expresamente los hechos punibles, la calificación jurídica y las penas solicitadas o acordadas con las acusaciones”.

Por otra parte, el art. 172.2 APLECRIM 2020, en cuya virtud “si la calificación jurídica o la pena solicitada no se ajustan a la legalidad o no se encuentran suficientemente salvaguardada la reparación de la víctima, el Juez de la Conformidad rechazará sin más trámites la solicitud formulada”.

Como se puede observar, en el supuesto de terminación del procedimiento penal por conformidad se ejercita la acción penal, pero de forma consensuada³, y todas las acusaciones personadas deben estar de acuerdo con la conformidad, además de, obviamente, la persona encausada y su defensa.

No obstante la conformidad alcanzada entre las partes, el órgano jurisdiccional puede controlar la adecuación a la legalidad de la calificación jurídica y de la pena conformadas.

1.2. La terminación del procedimiento penal por razones de oportunidad

Una limitación del ámbito sobre el que puede proyectarse la potestad de resolución del órgano jurisdiccional penal deriva de la aplicación del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.

En el Derecho comparado la aplicación del principio de oportunidad suele estar relacionada con el monopolio de la acusación por parte del Ministerio Público. Veamos cómo se articula el ejercicio de la oportunidad en un sistema procesal penal como el nuestro en el que la potestad de acusar es compartida.

³ Aunque en los supuestos de conformidad se ejercita la acción penal, dicha institución también supone un ejercicio parcial de la oportunidad. Como se destaca en la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartado XXVI, “la oportunidad tiene también una clara manifestación en la regulación de la conformidad. En ciertos supuestos la concreta necesidad de pena, sin verse totalmente descartada, sí que impone la atenuación de la respuesta punitiva para el caso concreto. De ahí que se establezca también un margen de reducción de pena que el Ministerio Fiscal puede utilizar en el marco de una solución consensuada”.

En relación directa con el ejercicio de la acción penal, el APLECRIM 2020 opta decididamente por establecer mecanismos alternativos a su ejercicio incondicionado, mediante una introducción del principio de oportunidad⁴.

Sin embargo, la introducción del principio de oportunidad es limitada —“el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad cuando así lo autorice expresamente esta ley” (art. 90.1 en relación con los arts. 174-179 APLECRIM 2020)— y reglada —“el control judicial de los elementos reglados, que permiten el ejercicio de esta facultad discrecional, se realizará en los términos y en la forma previstos en esta ley” (art. 90.2, II en relación con los arts. 174.3, y 180 APLECRIM 2020).

Como regla general se establece que la apreciación discrecional de los supuestos que permiten concluir el procedimiento penal por razones de oportunidad corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal (arts. 90.2, I, y 174.2, I APLECRIM 2020).

Veamos ahora qué papel desempeñan el resto de acusaciones en los distintos supuestos de oportunidad.

En el caso de archivo por razones de oportunidad, el art. 175.4 APLECRIM 2020 prevé que, “decretado el archivo por razones de oportunidad, quedará a salvo el derecho de las personas ofendidas o perjudicadas por la infracción de obtener la reparación civil ante la jurisdicción correspondiente”.

En el supuesto de suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, el art. 176.2.c) APLECRIM 2020 establece que “la suspensión del procedimiento requiere en todo caso: (...) que la persona ofendida o perjudicada haya mostrado su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas a la persona investigada”.

Por último, cuando se acuerde un archivo por colaboración activa contra una organización criminal, el art. 179.2 APLECRIM 2020 precisa que “será en todo caso necesario para hacer uso de esta facultad que la persona investigada haya satisfecho las responsabilidades civiles que directamente le alcancen o que acredite la imposibilidad de cumplirlas”.

⁴ La introducción del principio de oportunidad hace imprescindible, a mi juicio, la vinculación entre el Ministerio Público y el Poder Ejecutivo, ya que el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal requiere que el ejercicio de la discrecionalidad venga determinado por la política criminal del Poder Ejecutivo —por gozar de legitimidad democrática o popular, y porque le compete valorar el interés público en cada caso concreto— y se encuentre sujeto a la responsabilidad política de aquel. Solo de esta forma se puede conseguir que el principio de oportunidad en la persecución penal se ejercite de forma uniforme, sin incoherencias, y garantizando la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal.

De las previsiones normativas expuestas se puede concluir afirmando que el ejercicio de la oportunidad por el Ministerio Fiscal limita la actuación de las acusaciones popular y particular en relación con ejercicio de la acción penal.

El papel de la acusación popular personada es, a estos efectos, absolutamente irrelevante.

La relevancia de la acusación particular es limitada. En el supuesto de archivo por razones de oportunidad la víctima tendrá derecho a reclamar la reparación civil; en el caso de suspensión por razones de oportunidad se precisa su conformidad con la suspensión; y cuando se esté en presencia de un archivo por colaboración activa contra una organización criminal, se requiere que la persona investigada haya satisfecho las responsabilidades civiles que directamente le alcancen o que acredite la imposibilidad de cumplirlas.

A mi juicio, en los supuestos de ejercicio de la oportunidad por el Ministerio Fiscal, sin que esté prevista la conformidad de la víctima, se puede incurrir en inconstitucionalidad, ya que el ejercicio de la acción penal por parte de la víctima, como acusación particular, forma parte de su derecho a la tutela judicial efectiva.

1.3. La justicia restaurativa

Del procedimiento de justicia restaurativa me interesa enfatizar el art. 182.1 APLECRIM 2020, según el cual “el Ministerio Fiscal, según las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima, podrá, de oficio o a instancia de parte, remitir a las partes a un procedimiento restaurativo”, y el art. 181 APLECRIM 2020, que establece el principio de voluntariedad.

En concreto, el art. 181.1 APLECRIM 2020 dispone que “la justicia restaurativa se sujetará a los principios de voluntariedad (...)”; el art. 181.2 APLECRIM 2020 establece que “las partes que se sometan a un procedimiento de justicia restaurativa, antes de prestar su consentimiento, serán informadas de sus derechos, de la naturaleza de este y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo”; y el art. 181.3 APLECRIM 2020 recalca que “la justicia restaurativa es voluntaria. Ninguna parte podrá ser obligada a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa, pudiendo, en cualquier momento, revocar el consentimiento y apartarse del mismo. La negativa de las partes a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa, o el abandono del ya iniciado, no implicará consecuencia alguna en el proceso penal”.

De la regulación expuesta se deduce con claridad que se requiere que las partes presten su consentimiento a este procedimiento.

Sin embargo, la referencia constante a la víctima y a su reparación, parece atribuir un papel relevante a la acusación particular, pero prescindiendo de la acusación popular.

2. CUANDO SE CELEBRA EL JUICIO ORAL: LA CONGRUENCIA JURÍDICA DE LA SENTENCIA

Se trata de analizar la relación entre el principio acusatorio formal, el objeto del proceso penal, la “pretensión procesal penal”, y la “congruencia jurídica de la sentencia”.

En el proceso civil una manifestación del principio dispositivo la encontramos en que con la demanda la parte actora propone el objeto del proceso, que consiste en una pretensión procesal, integrada por una concreta petición y por unos hechos que le sirven de fundamento.

En el ámbito del proceso penal, una manifestación del principio acusatorio formal sobre la determinación del objeto del proceso consiste en que con la acusación se determina el objeto del proceso penal —un acaecimiento real constitutivo de algún tipo de delito— y la persona del acusado, delimitando de este modo el ámbito sobre el que puede proyectarse la potestad de resolución del órgano jurisdiccional penal.

En consecuencia, el principio acusatorio impone que el tribunal limite su enjuiciamiento a las personas acusadas y al “hecho justiciable” (art. 733 LECRIM) o “hecho enjuiciado” (art. 789.3 LECRIM) determinados por la acusación que ha dado lugar a la apertura del juicio oral.

El objeto del proceso penal no se identifica por la calificación jurídica de los hechos, ni por la clase y la cantidad de la pena que se pida para el acusado por la acusación.

En consecuencia, se puede concluir afirmando que el objeto del proceso penal no es una pretensión procesal, sino un hecho punible que se atribuye a la persona acusada.

De acuerdo con lo expuesto, en materia de correlación de la acusación con la sentencia el juez penal sólo estaría vinculado por el hecho justiciable y por la persona acusada, pero no por la calificación jurídica de aquel ni por la pena solicitada por los acusadores.

No obstante, en el marco del procedimiento abreviado, el art. 789.3 LECRIM establece que “la sentencia no podrá imponer pena más grave de la

solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3” y, en el ámbito del proceso penal de menores, el art. 8, I LORPM, bajo el título de “principio acusatorio”, dispone que “el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal”.

Al amparo de estos preceptos y de una evolución jurisprudencial que arranca de los mismos, tanto la Sala 2ª del Tribunal Supremo (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006⁵, y Acuerdo de 27 de noviembre de 2007⁶), como el Tribunal Constitucional (STC 155/2009, de 25 de junio⁷), han concluido que el ámbito del poder de resolución del tribunal sentenciador no solo queda delimitado por el hecho punible y la persona acusada, sino también por la calificación jurídica afirmada y por la concreta pena solicitada por algún acusador.

En definitiva, se concede a los acusadores un poder de disposición sobre la pena, en el sentido de poner un límite máximo a la pena que puede imponer el órgano jurisdiccional.

Por lo tanto, si a efectos de correlación entre la acusación y la sentencia el tribunal penal no puede imponer una pena —o medida— que exceda de la pena más grave de las solicitadas por los acusadores, a dichos efectos sí que se puede hablar de la existencia de una “pretensión procesal penal”, o —de acuerdo con la denominación utilizada por la citada STC 155/2009— de una “pretensión punitiva”.

⁵ Ante la cuestión relativa a la aplicación del art. 789.3 LECRIM se acordó que “el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.

⁶ Según este “el anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la Ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”.

⁷ En esta se afirma que “la pena concreta solicitada por la acusación para el delito formalmente imputado constituye, al igual, por lo menos, que el relato fáctico y la calificación jurídica en la que aquélla se sustenta, un elemento sin duda esencial y nuclear de la pretensión punitiva, determinante, en cuanto tal, de la actitud procesal y de la posible línea de defensa del imputado (...). Así pues, ha de proscribirse la situación constitucional de indefensión que, por quiebra del principio acusatorio, padecería el condenado a quien se le impusiera una pena que excediese en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación”. En el mismo sentido, véanse la STC 198/2009, de 28 de septiembre; la STC 186/2009, de 7 de septiembre; y la STC 173/2009, de 9 de julio.

El APLECRIM 2020 aborda esta cuestión al regular la “congruencia jurídica de la sentencia”, recogiendo la postura legal y jurisprudencial expuesta.

A efectos de correlación entre la acusación y la sentencia, el tribunal penal no podrá imponer una pena que exceda de la pena más grave de las solicitadas por los acusadores, o condenar por delito más grave del afirmado por la acusación.

En concreto, el art. 695 APLECRIM, a la hora de regular la congruencia jurídica de la sentencia penal, establece las siguientes reglas generales:

Por una parte, “la sentencia penal de condena no podrá fundarse en una calificación jurídica más grave ni podrá imponer pena superior a la solicitada por las acusaciones en sus conclusiones definitivas” (art. 695.1 APLECRIM 2020).

Por otra parte, “tampoco se podrá aplicar una circunstancia agravante que no se haya incluido en dichas conclusiones” (art. 695.2 APLECRIM 2020).

No obstante dichas reglas generales (art. 695.3 APLECRIM 2020), el art. 696 APLECRIM 2020, también en materia de congruencia jurídica de la sentencia penal, establece unas reglas especiales.

Este precepto regula la tesis de desvinculación por el órgano jurisdiccional en relación con la calificación jurídica formulada o con la pena solicitada⁸.

En particular, interesa destacar ahora la previsión contenida en el art. 696.4, I APLECRIM 2020, según el cual “en ningún caso el tribunal podrá dictar sentencia de condena imponiendo responsabilidades más graves que las solicitadas por las acusaciones, salvo que al menos una de ellas haya asumido la tesis del tribunal”.

⁸ El art. 696.1 APLECRIM 2020 dispone que “antes de que el juicio quede visto para sentencia el tribunal podrá someter a la consideración de las partes la posibilidad de realizar una calificación jurídica distinta a la formulada por estas en sus conclusiones siempre que, a la vista del resultado de la prueba, considere que la sentencia podría fundamentarse:

a) En una calificación jurídica diferente y más grave de la solicitada por las acusaciones o en la aplicación de una circunstancia agravante no alegada por estas.

Tanto una como otra deberán sustentarse en hechos debatidos en el juicio oral y únicamente podrá proponerse por el tribunal la calificación más grave o la aplicación de la agravante cuando conduzca a una calificación homogénea con la formulada por las acusaciones.

b) En una calificación jurídica diferente y menos grave de la solicitada por las acusaciones o en la aplicación de una circunstancia atenuante, siempre que se sustente en hechos discutidos en el juicio oral y conduzcan a una calificación jurídica heterogénea de la solicitada por las partes”.

El art. 696.2 APLECRIM 2020 establece que “del mismo modo procederá cuando las penas solicitadas no se correspondan con las legalmente previstas para la infracción, según la calificación jurídica realizada por las acusaciones”.

Esta previsión normativa supone una limitación para el órgano jurisdiccional a la hora de aplicar la ley penal.

Ahora bien, la calificación jurídico-penal del hecho punible y la pena pedida no tienen incidencia a la hora de determinar si existe litispendencia o cosa juzgada, al analizar la identidad objetiva identificando el hecho.

A mi juicio, la cuestiones relativas a la calificación jurídica y a la determinación de la pena no forman parte del principio acusatorio⁹, sino que tienen que ver con el principio de contradicción, de forma que el órgano jurisdiccional debería poder condenar con pena más grave o por delito más grave (con la limitación de que el nuevo título jurídico sea homogéneo y se refiera a hechos discutidos en el acto del juicio), siempre que previamente hubiera expuesto su planteamiento a las partes, pero sin necesidad de que este resultara acogido por alguna parte acusadora.

En consecuencia, de la propuesta de regulación de deduce que el entendimiento expuesto del principio acusatorio puede suponer una restricción

⁹ En la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartado LXXIX, se destaca que “nuestra regulación no contiene una descripción clara de los supuestos y requisitos que permiten al tribunal apartarse de la calificación jurídica utilizada por las acusaciones en sus conclusiones definitivas. Es la doctrina jurisprudencial, constitucional y ordinaria, la que permite deslindar adecuadamente los distintos supuestos. A ella se ajustan las disposiciones relativas a la “congruencia jurídica de la sentencia”. (...)”

En cambio, la aplicación de una calificación jurídica más grave se sujeta a requisitos mucho más estrictos. Se prohíbe en todo caso cuando la nueva calificación jurídica no es homogénea o cuando se basa en hechos no debatidos en el plenario. Si, en cambio, el nuevo título jurídico es homogéneo y se refiere a hechos discutidos en el acto del juicio, el tribunal que lo estime aplicable deberá acudir a la tradicional formulación de la “tesis” en un debate contradictorio. También deberá plantear esta tesis cuando la pena solicitada por las acusaciones no se corresponda con la prevista legalmente para el delito calificado.

La regulación positiva de la “tesis” se adapta a la interpretación jurisprudencial dominante. La tesis sometida por el tribunal al debate y consideración de las partes solo podrá fundamentar la condena si es acogida por alguno de los acusadores. En este punto, es cierto que se ha hecho una seria objeción doctrinal a esta interpretación “acusatoria” del Tribunal Supremo. Así, un sector de la doctrina, inspirándose en el modelo procesal alemán y en los extraordinarios poderes de oficio que en dicho ordenamiento corresponden al órgano enjuiciador, entiende que el tribunal, al plantear la tesis, salvaguarda suficientemente la contradicción de las partes. Esto bastaría, desde esta perspectiva, para sustentar la condena en el título jurídico más grave propuesto por el tribunal —y que, por lo tanto, ha podido ser discutido por la defensa—. Se hace, así, una aplicación ortodoxa del principio *da mihi facta dabo tibi ius*, solo atemperado por exigencias relativas al principio de contradicción.

Frente a esta posición, no puede olvidarse que el verdadero problema radica aquí, nuevamente, en el papel del juez en el proceso penal, como tercero ajeno a la contienda que no debe asumir funciones de parte, mucho menos la función activa de persecutor del delito en la faceta de acusador. El juez no ha de ir, por tanto, más allá del interés en el castigo que ha manifestado el órgano estatal de acusación pública o el del ciudadano que ejercita alternativamente la acción. Es, nuevamente, la imperiosa necesidad de salvaguardar la imparcialidad objetiva del órgano jurisdiccional —incompatible a la asunción de cualquier función de parte—, la que debe llevar a acoger en sede legislativa la interpretación realizada por el Tribunal Supremo como la más acorde a los principios fundamentales del nuevo sistema. Así se desprende, además, de la doctrina del Tribunal Constitucional”.

del ámbito sobre el que puede proyectarse la potestad de resolución del órgano jurisdiccional penal, esto es, una limitación para el tribunal a la hora de aplicar la ley penal, la principal —y única, junto con la Constitución— fuente de Derecho en el ámbito del proceso penal.

Por último, resulta relevante en este punto la comparación de la potestad del órgano jurisdiccional a la hora de homologar la conformidad y de dictar sentencia.

En materia de homologación de la conformidad, si la calificación jurídica o la pena solicitada no se ajustan a la legalidad el Juez de la Conformidad rechazará la solicitud formulada.

Sin embargo, en sede de congruencia jurídica de la sentencia, el tribunal sentenciador no podrá dictar sentencia de condena imponiendo responsabilidades más graves que las solicitadas por las acusaciones, aunque considere que la calificación jurídica formulada o la pena solicitada no se ajustan a la legalidad.

Esto supone que lo que las partes no hayan podido obtener mediante la institución de la conformidad, lo puedan obtener más tarde mediante las reglas relativas a la congruencia jurídica de la sentencia.

III. EL MINISTERIO FISCAL COMO PARTE ACUSADORA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

1. LA AMPLIACIÓN DE LAS FUNCIONES Y POTESTADES DEL MINISTERIO FISCAL EN EL NUEVO PROCESO PENAL

El Ministerio Fiscal goza de amplias funciones y potestades en el nuevo proceso penal que se nos propone (art. 87.2 APLECRIM 2020).

Por un lado, es el responsable de ejercitar la acción, a la que, en su caso, habrá de acumular la acción civil para el resarcimiento de la víctima.

En la línea del APLECRIM 2011, se le exige al Ministerio Fiscal del deber de sostener esta última acción cuando la víctima se haya personado como parte actora y pueda reclamar por sí misma la reparación o indemnización de los daños y perjuicios sufridos (arts. 87.3, y 114.2 APLECRIM 2020).

La figura del Ministerio Fiscal como acusador público u oficial encaja con la previsión constitucional que le asigna la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados,

así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social (arts. 124.1 CE; 541.1 LOPJ; y 1 EOMF).

Por ello, el art. 3 EOMF, al especificar las funciones que corresponden al Ministerio Fiscal, establece que en, el ámbito del proceso penal, le corresponde ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de los delitos u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.

Por otra lado, como principal novedad, es el director del procedimiento de investigación oficial, en detrimento de la figura del Juez de Instrucción (art. 87.2 APLECRIM 2020)¹⁰.

2. ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DEL MINISTERIO FISCAL

A la hora de abordar el Ministerio Público en España y su actuación en el proceso penal como parte acusadora, procederé a realizar un breve análisis orgánico de la institución.

Una correcta valoración del Ministerio Público no puede realizarse sin un previo estudio de la configuración orgánica del mismo.

Para estudiar el estatuto orgánico del Ministerio Público conviene analizar, por una parte, su integración, encuadramiento o vinculación con los poderes del Estado, en especial con el Poder Ejecutivo o con el Poder Judicial.

Por otra parte, también se debe atender a su organización interna y a las relaciones internas entre sus componentes, fundamentadas normalmente en los principios de unidad, dependencia y jerarquía.

La configuración orgánica de la institución del Ministerio Público la encontramos en la Constitución Española de 1978 y en su Estatuto Orgánico —el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal—, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre¹¹.

Esta Ley ha sido objeto de algunas reformas legislativas. De todas ellas en este trabajo haré especial referencia a la operada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modificó el EOMF, con el objetivo, entre otros, de dotar al Ministerio Fiscal de una mayor autonomía en el desempeño de sus funciones, que contribuyera a reforzar de cara a la sociedad el principio de

¹⁰ Sobre esta cuestión puede consultarse MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.

¹¹ Esta Ley ha sido desarrollada por el Decreto 437/1969, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal.

imparcialidad que preside su actuación de conformidad con lo previsto en los arts. 124.1 CE y 2.1 EOMF¹².

2.1. La vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo. Valoración crítica de la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007

La Constitución se refiere a la institución del Ministerio Fiscal en su art. 124, ubicado sistemáticamente en el Título VI de la misma —dedicado al Poder Judicial—, aunque, dicha institución no forma parte del Poder Judicial.

Si se analiza el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se puede llegar sin dificultad a concluir que no existe una dependencia jerárquica pero sí una vinculación —atenuada, matizada, indirecta o relativa— del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo. Esto ha implicado que no se haya podido concebir al Ministerio Fiscal como un órgano o poder separado o independiente de los poderes del Estado, y, en concreto, del Poder Ejecutivo.

Esa vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo se ha instrumentalizado mediante diversas técnicas. Algunas de estas técnicas han sido afectadas o atenuadas con la reforma de 2007. Otras han permanecido inalteradas.

Pues bien, siendo el Ministerio Fiscal una institución problemática, considero que con la reforma del Estatuto Orgánico de 2007 esa institución podrá resultar todavía más problemática y controvertida.

La reforma deja a la institución del Ministerio Fiscal en una situación ambigua. No depende del Gobierno, pero tampoco es independiente del mismo, por lo que nos encontramos ante una vinculación imprecisa y poco definida.

Y esa vinculación poco definida y ambigua puede conducir que potencialmente pueden darse dos escenarios nada recomendables: el de un Fiscal General del Estado “obediente”, con un Gobierno que se escuda en su mayor autonomía, o el de un Fiscal General del Estado “rebelde”, que priva al Gobierno de un preciado instrumento de política criminal.

¹² Sobre esta reforma puede consultarse MARTÍN PASTOR, J., “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 14, 2009, pp. 1-50.

2.1.1. Un Fiscal General del Estado “obediente”, con un Gobierno que se escuda en su mayor autonomía

Por una parte, conviene precisar que, a pesar de que con la reforma se ha tratado de configurar un Ministerio Fiscal más autónomo, subsisten, como se ha indicado, efectivas técnicas de vinculación entre el Poder Ejecutivo y el Ministerio Fiscal que ya existían, que no han sido sustancialmente modificadas y que, por lo tanto, continúan vigentes.

Por otra parte, hay que señalar que, ya que el Gobierno podrá designar al Fiscal General del Estado, pero no cesarlo discrecionalmente, aquel normalmente tratará de proponer un Fiscal General del Estado “obediente”, dócil, de su absoluta confianza.

Incluso un Gobierno poco respetuoso con la legalidad podría amenazar al Fiscal General del Estado “poco obediente” con su cese, ya que el nuevo art. 31.1. d) EOMF establece como causa de cese el “incumplimiento grave o reiterado de sus funciones”, y el art. 31.3 EOMF dispone que la existencia del motivo de cese mencionado será apreciada por el Consejo de Ministros.

Así pues, en la práctica se podrá convertir la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007, en la parte que nos ocupa de dotar de mayor autonomía a la institución, en una simple operación de “maquillaje” de la vinculación del Fiscal General del Estado y de la institución que representa con el Ejecutivo.

Pero, por otra parte, desde el punto de vista de la responsabilidad del Gobierno en el ejercicio de la política criminal, la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007, en lugar de definir mejor la vinculación del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo, ha establecido, en aras de la mayor autonomía de la institución, una vinculación menos definida —e incluso más ambigua— que la anterior, lo que puede hacer peligrosamente irresponsable al Gobierno ante un aspecto tan importante como el relativo a la política criminal.

La actual ambigüedad de la vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo podrá posibilitar cauces de comunicación oficiosos, al margen de los estatutarios y “maniobras en la oscuridad” en función de los intereses no publicables del Gobierno, lo que podrá provocar que en ocasiones este pueda, simultáneamente, escudarse en la autonomía del Fiscal General del Estado e influir decisivamente en su actuación.

Si, con anterioridad a la reforma de 2007, el Ejecutivo, para no responder de algunas decisiones o actuaciones polémicas o controvertidas del Fiscal General del Estado, ya se apoyaba en la “autonomía” del Fiscal General del

Estado, en mayor medida se puede seguir repitiendo esa situación con un Fiscal General aparentemente más autónomo.

2.1.2. Un Fiscal General del Estado “rebelde”, que priva al Gobierno de un preciado instrumento de política criminal

Con la reforma del Estatuto Orgánico de 2007 el Gobierno podrá designar al Fiscal General del Estado, pero, por la introducción de causas objetivas de cese, ha perdido su potestad de cesarlo sin causa, esto es, ha desaparecido el carácter discrecional del cese del Fiscal General del Estado por parte del Ejecutivo.

Como se ha expuesto con anterioridad, el Ministerio Fiscal es un instrumento necesario del Poder Ejecutivo para el desarrollo y el cumplimiento coordinado y homogéneo de su política criminal ante los tribunales, sobre el que poder influir para que solicite a los órganos jurisdiccionales el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los casos en que sea necesario ese ejercicio y se encuentre legitimado para promoverlo.

El problema se podrá plantear cuando el Fiscal General del Estado, una vez designado y al no poder ser cesado discrecionalmente, no quiera colaborar con la política criminal del Gobierno.

En estos casos, nadie discutirá la mayor autonomía de ese Fiscal General del Estado “rebelde”, pero, como contrapartida, el Ejecutivo habrá perdido un precioso instrumento de política criminal.

Además, téngase presente que, con la designación del Fiscal General del Estado, el Gobierno asume la responsabilidad política de dicha designación y de todas las consecuencias que se deriven de la misma por la aplicación de los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica.

Por medio de la responsabilidad política del Gobierno ante las Cortes, el Gobierno tendrá que dar cuenta ante estas de la actuación del Ministerio Fiscal (art. 108 CE¹³), pero cómo y por qué se podrá exigir una responsabilidad política a un Gobierno por la actuación de un Fiscal General del Estado “díscolo”, que ha sido designado por aquel pero que ya no colabora con su política criminal.

Por otra parte, la desvinculación de hecho del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo traería como consecuencia que en el marco de la justicia penal este, para promover la aplicación de la ley penal desde la perspectiva

¹³ Según este precepto “el Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados”.

del interés público, debiera actuar como un particular —como lo hace para defender intereses de la Hacienda Pública—, lo que no parece coherente con la cualidad de los intereses cuya protección se quiere promover y que el Gobierno tiene constitucionalmente encomendada.

Y, para corregir esa situación, resultaría poco respetuoso con la legalidad que el Ejecutivo pudiera amenazar con su cese al Fiscal General del Estado “rebelde”, al amparo del art. 31.1. d) EOMF que establece como causa de cese el “incumplimiento grave o reiterado de sus funciones”, y del art. 31.3 EOMF que dispone que la existencia del motivo de cese mencionado será apreciada por el Consejo de Ministros.

No considero que dentro del “incumplimiento grave o reiterado de sus funciones” pueda tener cabida la actuación de un Fiscal General del Estado que no siga las directrices de la política criminal del Gobierno.

2.2. La organización interna del Ministerio Fiscal. Las relaciones internas entre sus componentes. Las instrucciones generales y las instrucciones particulares

De la organización interna del Ministerio Fiscal interesa destacar las relaciones internas entre sus miembros, que están fundamentadas en los principios de unidad, dependencia y jerarquía.

De acuerdo con el art. 124.2 CE y con art. 2.1 EOMF el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, además de en la sujeción a los principios funcionales de legalidad e imparcialidad (arts. 6 y 7 EOMF), está basado en los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica (arts. 22 y 23 EOMF¹⁴).

Como consecuencia de estos principios orgánicos la institución del Ministerio Fiscal presenta una estructura piramidal, culminada en el Fiscal General del Estado, y continuada en los distintos Fiscales-jefes de cada órgano.

Estos principios de unidad y de dependencia jerárquica son una consecuencia lógica de la personalidad jurídica única que ostenta el Ministerio

¹⁴ El art. 22.2 EOMF dispone que el Fiscal General del Estado “ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio nacional”, y que a él “corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la Institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal”.

El art. 22.5 EOMF establece que “el Fiscal Jefe de cada órgano ejercerá la dirección de éste y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado”.

Por su lado, el art. 23 EOMF dispone los miembros del Ministerio Fiscal “actuarán siempre en representación de la Institución”.

Público —según el art. 22.1 EOMF “el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado”—.

Las técnicas que se articulan en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para garantizar la unidad de actuación y la dependencia jerárquica consisten en el sometimiento de cada miembro del Ministerio Fiscal a las órdenes e instrucciones emanadas de sus superiores.

El Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y dirige la Fiscalía General del Estado, correspondiéndole impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio, al orden interno de la institución y al ejercicio de las funciones fiscales, pudiendo ser estas tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos.

Como se ha indicado, el principio de dependencia jerárquica se articula mediante las directrices generales que los órganos superiores de la institución pueden impartir a los inferiores

Las directrices generales son esenciales para:

a) Mantener el principio de unidad de actuación y la unificación de criterios.

b) Garantizar la igualdad en la aplicación de la ley.

Estas directrices generales se concretan fundamentalmente a través de tres instrumentos que condensan la llamada doctrina de la Fiscalía General del Estado:

a) Las circulares, que contienen los criterios generales de actuación e interpretación de las normas, y que también marcan pautas para definir la estructura y el funcionamiento de los órganos del Ministerio Fiscal.

b) Las instrucciones, que contienen disposiciones generales sobre actuación y organización en cuestiones más concretas y de menor entidad que las circulares.

c) Las consultas, que resuelven las cuestiones dudosas que cualquier Fiscalía puede plantear al Fiscal General sobre interpretación de alguna norma.

Estas directrices generales son de obligado cumplimiento para los miembros de la institución, en virtud del principio de jerarquía. A ellas ha de ajustar cada Fiscal su interpretación de la ley y su actuación concreta ante los órganos jurisdiccionales

Además de las directrices generales, también se ha destacado que se pueden impartir instrucciones particulares para casos concretos,

A mi juicio, como propuesta de reforma, habría que suprimir estas órdenes particulares, o, al menos, regularlas con mayores garantías, exigiendo que desde el primer momento sean transparentes, por escrito y motivadas, y que sólo puedan ser positivas, para promover una actuación (investigar o acusar) y nunca negativas, para abstenerse de realizarla.

2.3. Valoración crítica sobre la posición institucional del Ministerio Fiscal

La experiencia de los últimos años demuestra que en España nos encontramos ante un Ministerio Público altamente politizado, que actúa de acuerdo con las directrices del Gobierno, y ante un Gobierno que se niega a responder políticamente de su actuación, amparándose en su —inexistente— autonomía.

Desde el punto de vista de la responsabilidad del Gobierno en el ejercicio de la política criminal, la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007, en lugar de definir mejor la vinculación del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo, ha establecido, en aras de la mayor autonomía de la institución, una vinculación menos definida —e incluso más ambigua— que la anterior, lo que acentúa peligrosamente la irresponsabilidad del Gobierno ante un aspecto tan importante como el relativo a la política criminal.

Si, con anterioridad a la reforma de 2007, el Ejecutivo, para no responder de algunas decisiones o actuaciones polémicas o controvertidas del Ministerio Público, ya se apoyaba en la “autonomía” de la institución, en mayor medida se ha seguido repitiendo esa situación con un Fiscal General aparentemente más autónomo.

De lo expuesto se puede concluir reconociendo que, si bien es cierto e indiscutible que la legalidad y la imparcialidad constituyen sendos principios funcionales para la actividad del Ministerio Fiscal (art. 124.2 CE y art. 2.1 EOMF), no se puede negar que, desde una perspectiva orgánica, la vinculación del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo —en el sentido que se acaba de exponer y complementada por la aplicación de los principios de unidad y de dependencia jerárquica— puede teóricamente impedir o dificultar la efectividad de aquellos principios y hacer que la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal pudiera resultar condicionada en algún caso concreto por las directrices políticas del Gobierno.

2.4. Propuesta de reforma: Admisibilidad de que el Gobierno pueda impartir al Ministerio Fiscal instrucciones generales para guiar su actuación

En aquellos supuestos en los que el Ministerio Público es independiente del Poder Ejecutivo, se soslaya el riesgo de manipulación política de la institución, pero se corre el riesgo de que no exista una responsabilidad política sobre su actuación y de inexistencia de una política criminal uniforme.

Por el contrario, en aquellos casos en los que el Ministerio Público se encuentra vinculado al Poder Ejecutivo, se garantiza la legitimidad democrática de la institución, la aplicación de una política criminal homogénea, y el control democrático y la responsabilidad política sobre su actuación, pero existe el problema de su utilización partidista debido a las interferencias políticas.

A mi juicio, la independencia del Ministerio Público respecto del Poder Ejecutivo dificulta enormemente el desarrollo de una política criminal unitaria y la exigencia de una responsabilidad política por el uso de los poderes de la institución.

Sobre esta cuestión en la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartado XXV, ya se hace referencia al Ministerio Fiscal como instrumento de política criminal, al indicarse que “el fiscal responsable de la investigación actuará aquí de acuerdo con las instrucciones generales de política criminal establecidas desde la Fiscalía General del Estado”.

Por la razón apuntada, entiendo imprescindible que el Ministerio Público dependa de un órgano políticamente representativo y responsable, y, por ende, necesaria la vinculación entre el Ministerio Público y el Gobierno. No obstante, para conjurar el riesgo de manipulación política de la institución, me muestro partidario de que dicha vinculación se fundamente en la admisibilidad de que el Gobierno pueda impartir al Ministerio Público instrucciones generales —escritas y transparentes— para guiar su actuación, pero absteniéndose de formular instrucciones particulares para casos concretos¹⁵.

¹⁵ Sobre esta cuestión, en la Recomendación 2000 (19), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a los Estados miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, se pide, a la hora de tratar las relaciones entre el Ministerio Fiscal y los Poderes Ejecutivo y Legislativo, que “en los países en los cuales el Ministerio Fiscal depende del Gobierno o se encuentra subordinado a éste, el Estado adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que: (...) c) cualquier instrucción de carácter general que emane del Gobierno revista forma escrita y sea publicada de forma apropiada;

Además, si, ante la imposibilidad material de perseguir en la práctica todos los delitos por la escasez de medios materiales y personales, en muchos ordenamientos rige el principio de oportunidad, la vinculación entre el Ministerio Público y el Poder Ejecutivo la considero imprescindible, ya que el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal requiere que el ejercicio de la discrecionalidad venga determinado por la política criminal del Poder Ejecutivo —por gozar éste de legitimidad democrática o popular, y porque a éste le compete valorar el interés público en cada caso concreto— y se encuentre sujeto a la responsabilidad política de aquel. Solo de esta forma se puede conseguir que el principio de oportunidad en la persecución penal se ejercite de forma uniforme, sin incoherencias, y garantizando la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal¹⁶.

En relación con la organización interna del Ministerio Público, para evitar el problema de falta de uniformidad en la aplicación de la política criminal y de desigualdad de los ciudadanos ante la ley, considero que los principios de unidad y jerarquía deben presidir dicha organización interna, en la medida que garantizan el mantenimiento de la necesaria unidad y coordinación

d) cuando el Gobierno esté habilitado para dar instrucciones sobre el procedimiento en un asunto específico, éstas se acompañen de garantías suficientes de transparencia y equidad, en las condiciones previstas para la ley nacional; y así el Gobierno por ejemplo deberá:

- solicitar previamente dictamen escrito del Ministerio fiscal competente o del órgano representativo del cuerpo;
- motivar debidamente sus instrucciones escritas, en especial cuando no concuerden con este dictamen y transmitirlos por vía jerárquica;
- incorporar a los autos antes de la audiencia, las instrucciones y los dictámenes, y a someterlos al debate contradictorio;

e) el Ministerio fiscal conserva el derecho de someter a la jurisdicción cualquier argumento jurídico, incluso cuando, habiéndolo elevado ya por escrito, esté obligado a hacerlo en el sentido de las instrucciones recibidas;

f) las instrucciones individuales de no continuar el procedimiento estarán en principio prohibidas y, de no ser así, tales instrucciones, por supuesto excepcionales, se someterán no sólo a las normas enunciadas en los párrafos d) y e) sino también a un control específico apropiado con el fin particular de garantizar la transparencia”.

¹⁶ Sobre esta cuestión de la oportunidad, en la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartado XXV, se explica que “se configura dentro de este marco puramente reglado un espacio de valoración discrecional que corresponde realizar al Ministerio Fiscal como director del procedimiento de investigación. El fiscal responsable de la investigación actuará aquí de acuerdo con las instrucciones generales de política criminal establecidas desde la Fiscalía General del Estado. Estas instrucciones han de asegurar, según se exige en el texto articulado, que el ejercicio de esta potestad se ajuste al principio de unidad de actuación y que, por tanto, se preserve la igualdad en la aplicación de la ley penal también en estos supuestos de renuncia estatal a la exigencia de la pena.

En la misma línea, hay que dejar claro que la persona investigada no tiene derecho alguno a obtener una solución de oportunidad. No puede invocar a estos efectos la mera concurrencia de los requisitos formales susceptibles de verificación automática. Ha de asegurarse la autonomía de la decisión del Ministerio Fiscal conforme a los expresados criterios político-criminales, aplicados en el marco del principio de unidad de actuación”.

en el ejercicio de la acusación pública, sin perjuicio de que se puedan establecer garantías efectivas frente a las órdenes e instrucciones provenientes de los órganos superiores que resulten incompatibles con la legalidad y la ética profesional de los miembros de la institución.

A propósito de estas conclusiones, considero oportuno reproducir la posición doctrinal, coincidente, de dos grandes estudiosos del Ministerio Público en Europa.

Para DÍEZ-PICAZO “parece que la única independencia que cabe reclamar para el Ministerio Fiscal es independencia en sentido débil. La solución más equilibrada al problema de la relación entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno pasaría, así, por una suerte de vinculación indirecta, como única vía de cohonestar las arriba mencionadas exigencias de la legalidad con las de la política criminal. Aquí independencia ya no significa prohibición absoluta de intromisión o condicionamiento, sino que equivale más bien a lo que puede denominarse ‘autonomía operativa’: el Gobierno debe ser responsable de los criterios generales de actuación del Ministerio Fiscal, más absteniéndose de interferir en sus decisiones en casos concretos”, y “la única vía para lograr una actuación mínimamente coordinada por parte del Ministerio Fiscal es que éste posea una estructura unitaria y jerárquica”¹⁷.

Por su parte, en palabras de DI FEDERICO, “credo, quindi che sia necessaria una riflessione sull’uso del concetto stesso di indipendenza, perché se lo si usa indifferentemente sia con riferimento al giudice che al pubblico ministero si generano non poche confusioni e fraintendimenti, che seppur particolarmente evidenti nel caso italiano non sono assenti neppure nel dibattito sugli assetti giudiziari di altri paesi di civil law. Sotto il profilo funzionale il termine ‘indipendenza’ ha, e non può non avere, un significato diverso quando viene riferito allo status del giudice o a quello del pubblico ministero. Gli obiettivi, e quindi anche le garanzie, dell’indipendenza nei paesi democratici di regola sono cioè diversi a seconda che si tratti del giudice o del pubblico ministero. (...) Mi limito qui a ricordare che l’indipendenza del giudice è una condizione necessaria, anche se non sufficiente, per garantire alcune delle caratteristiche fondamentali del suo specifico ruolo, vale a dire quello di organo passivo che giudica in modo imparziale controversie da altri a lui sottoposte dopo aver ascoltato, su un piano di piena parità, le parti in conflitto. È quindi necessario creare le migliori condizioni perché egli venga sottratto ad influenze sia esterne che interne al giudiziario. In democrazia,

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, L. M.^{a.}, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 176 y 180.

la stessa legittimazione del suo ruolo dipende non solo dal suo essere ma anche dal suo apparire come indipendente ed imparziale.

Molto diverse le caratteristiche funzionali del ruolo del pubblico ministero. Lungi dall'essere passivo e *super partes* il suo ruolo è per sua natura essenzialmente attivo (spetta a lui l'iniziativa penale, ed in molti paesi, Italia inclusa, anche la direzione delle indagini di polizia). Non è quindi un organo imparziale, né la sua legittimazione dipende dall'apparire tale. Visibile la differenza tra i ruoli del giudice e del pubblico ministero sotto il profilo dell'indipendenza interna: per essere efficace l'attività del pubblico ministero richiede spesso un coordinamento delle sue iniziative con altri componenti del suo ufficio o con quello di altri uffici di procura, mentre per il giudice un tale coordinamento nel merito del suo agire e decidere rappresenterebbe una violazione della sua indipendenza. Rilevanti anche le differenze per quanto riguarda l'indipendenza esterna. La natura intrinsecamente discrezionale dell'azione penale rende la definizione delle priorità da seguire nel suo esercizio parte integrante e rilevante delle scelte da effettuare per un'efficace repressione dei fenomeni criminali. Proprio per il loro grande rilievo politico, tali scelte vengono di regola in vario modo fissate in via generale nell'ambito del processo democratico, e sono vincolanti per i pubblici ministeri. Sotto questo profilo l'indipendenza esterna del pubblico ministero consiste non tanto, come è invece per il giudice, nel non ricevere direttive di ordine generale dall'esterno, ma piuttosto nel non ricevere, con modalità prive di trasparenza, disposizioni di natura particolare rispetto a casi specifici¹⁸.

2.5. La organización interna del Ministerio Fiscal propuesta en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

La implantación del proceso penal que se propone en el APLECRIM 2020 no supondrá únicamente una reforma de la norma que regula el proceso penal, sino también de la norma que ordena la institución del Ministerio Fiscal.

En este sentido en la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartado XIX, se propone una reforma del EOMF para potenciar una organización interna del Ministerio Fiscal basada en el funcionamiento de equipos de fiscales, estructurados en torno a los principios de colegialidad y autonomía.

¹⁸ DI FEDERICO, G., "Lecture di ordinamento italiano e comparato", en AAVV., *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 353-354.

El objeto de la regulación de los equipos de fiscales no es el de facilitar la creación de algunas unidades específicamente dedicadas a afrontar los fenómenos más complejos de delincuencia, tal y como se preveía en el APLECRIM 2011, sino el de crear dentro del Ministerio Fiscal estructuras colegiadas permanentes, capaces de actuar con autonomía plena y máxima eficiencia en relación con toda clase de delitos.

Para conseguir esta finalidad, en dicha Exposición de Motivos se explica que “dentro de cada equipo debe existir un fiscal responsable de la concreta investigación en curso —determinado conforme a un turno objetivo de reparto— que ha de contar en todo momento, para la realización de un acto procesal o para la planificación y desarrollo general de todas las actuaciones investigadoras, con el apoyo y auxilio de sus compañeros. Para hacer efectivo el funcionamiento colegiado, cada equipo debe contar, asimismo, con un fiscal coordinador llamado a asumir la función de gestionar los recursos comunes, mantener los estándares de calidad del trabajo y dar coherencia y unidad al conjunto de las investigaciones emprendidas. Las decisiones que se adopten en el seno de cada equipo de fiscales no serán, por tanto, fruto exclusivo de la actuación solitaria de uno de sus integrantes sino el producto de un proceso de reflexión y responsabilidad colegiadas. Esta circunstancia permitirá restringir, en la posterior regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la intervención jerárquica de los órganos directivos de la Fiscalía a los supuestos excepcionales en los que surjan discrepancias de criterio dentro de cada equipo.

El funcionamiento mediante equipos ha de asegurar, en suma, la unidad de criterio, la optimización de los recursos y un constante control de calidad del trabajo, dando, al tiempo, la necesaria autonomía a las funciones de dirección de la investigación oficial y al ejercicio de la acción pública penal. La presente ley ha de ser, por ello, el punto de partida de una nueva organización del Ministerio Fiscal que refuerce su autonomía y que potencie el dinamismo de esta institución aprovechando las dos características que, junto a la excelencia en la formación jurídica, la hacen idónea para asumir la responsabilidad de dirigir la investigación oficial de los delitos: la autonomía y la colegialidad. La creación dentro de las distintas fiscalías, en adecuada correspondencia a su tamaño, de equipos de fiscales (con un fiscal coordinador) eventualmente integradas en secciones diferenciadas (con un fiscal decano) puede contribuir, asimismo, a la efectiva implantación, dentro del Ministerio Fiscal, de una auténtica carrera profesional”.

2.6. Las acusaciones particular y popular como contrapesos o garantías frente a una eventual actuación controvertida del Ministerio Fiscal

La caracterización descrita del principio acusatorio podría dar lugar al riesgo de que la aplicación de la ley penal por parte del tribunal penal quedara condicionada por la actuación del Ministerio Fiscal.

No obstante, como ya se ha indicado en un apartado anterior, en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de la acusación por parte del Ministerio Fiscal no es de carácter monopolístico, sino compartido.

De esta forma, las acusaciones particular y popular pueden constituir un elemento corrector último frente a posibles desviaciones o errores en el ejercicio —o no ejercicio— de la acción pública por parte del Ministerio Fiscal.

IV. LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

1. EL FUNDAMENTO Y LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Como es bien sabido la acusación particular encuentra su fundamento constitucional en el art. 24.1 CE, como derecho fundamental de la persona ofendida por el delito.

El derecho de la víctima del delito a ejercitar la acción penal y la acción civil forma parte de su derecho a la tutela judicial efectiva.

De la propuesta de regulación que nos ocupa cabe destacar la identificación de la acusación particular con la persona ofendida o directamente perjudicada por la infracción penal (art. 99.1 APLECRIM 2020).

De esta forma, la acusación particular queda reservada a los ofendidos y a los perjudicados directos.

En consecuencia, no se reconoce la condición de víctima en dos supuestos:

- a) En los casos de delitos contra intereses jurídicos públicos o colectivos (art. 100, I APLECRIM 2020), en los que no existe un ofendido concreto.
- b) A los perjudicados indirectos (art. 99.2 APLECRIM 2020).

Con la exclusión del perjudicado indirecto como acusador particular se pretende reducir la complejidad del proceso penal, impidiendo la introduc-

ción de intereses o pretensiones indirectas, reflejas o de algún modo dependientes del resultado del proceso penal¹⁹.

Dentro de los derechos que se reconocen a la víctima cabe destacar:

a) El derecho a ejercitar la acción penal, actuando como acusación particular.

El art. 113.1 APLECRIM 2020 establece que “a víctima tiene derecho a personarse en el procedimiento ejercitando la acción penal como acusación particular en los casos y en la forma que establece esta ley”, y el art. 566.1 APLECRIM 2020 dispone que “la víctima del delito podrá personarse en el procedimiento de investigación como acusación particular”.

b) El derecho a obtener una reparación civil en el proceso penal.

De acuerdo con el art. 114.1 APLECRIM 2020 “la víctima tiene derecho a obtener en el proceso penal la reparación civil que legalmente le corresponda. A tal efecto, y aun cuando no ejercite la acción penal conforme a lo previsto en el artículo anterior, podrá personarse en la causa como actor civil”.

2. LA PERSONACIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

El APLECRIM ha diseñado un sistema de personación ágil para la acusación particular, en la línea con el sistema propuesto en el APLECRIM 2011.

Bastará la condición subjetiva de persona ofendida o directamente perjudicada para que se admita su personación como acusación particular en el procedimiento de investigación y en las actuaciones posteriores.

¹⁹ En la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartado XXII, se aduce que “con esta noción de víctima se evita que se desvirtúe el objeto de debate con la introducción de intereses o pretensiones reflejas o de algún modo dependientes del resultado del proceso penal. En la actualidad se observa cierta proliferación de acusaciones particulares fundadas en estos perjuicios “indirectos”, como los que pueden sufrir las compañías aseguradoras o incluso los que afrontan los entes gestores de algunos servicios públicos. Así, se dan casos en que las administraciones sanitarias reclaman el pago del coste de asistencia al lesionado o en los que las empresas públicas de gestión medioambiental invocan el coste de extinción de un incendio como perjuicio que motiva su personación en las actuaciones penales.

No tiene sentido que estas cuestiones incidentalmente ligadas al hecho punible puedan dar lugar a la personación de los afectados como acusadores penales o actores civiles. Los intereses económicos que están indirectamente en juego no deben conducir de facto a la dilación y la complicación de un proceso en el que se ventilan cuestiones atinentes a los derechos fundamentales más primarios de los acusados y, en no pocas ocasiones, de las verdaderas víctimas de la infracción. En definitiva, la acusación particular y la acción civil quedan reservadas a los ofendidos y a los perjudicados directos, conforme a la propia noción de víctima que dimana del Derecho de la Unión Europea. Con esta delimitación del ámbito subjetivo de estas acciones se puede contribuir a mejorar la dinámica del proceso, evitando la introducción de cuestiones ajenas a su objeto principal”.

2.1. La forma de personación

En cuanto a la forma de la personación se establece una regla general en los arts. 116.2 y 566.2 APLECRIM.

En virtud de estos preceptos será suficiente, a estos efectos, la presentación de un escrito simple en el que la persona ofendida o directamente perjudicada manifieste su voluntad de personación en el proceso penal mediante la designación de letrado y, en su caso, de procurador.

En dicho escrito se especificará por aquella si la personación se refiere únicamente al ejercicio de la acción penal o también de la civil.

La excepción aparece recogida en el art. 119 APLECRIM 2020 para la acusación particular por delito privado.

En este supuesto el ejercicio de la acción penal —y en su caso, de la acción civil— se deberá realizar necesariamente mediante la presentación de una querrela, acto necesario para el inicio del proceso penal por delitos privados.

2.2. El tiempo de personación

En cuanto al tiempo para personarse como parte acusadora, el art. 116.1 APLECRIM 2020 dispone que la personación podrá realizarse “en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite de presentación del escrito de acusación”.

2.3. El órgano ante el que personarse

La personación como acusador particular deberá realizarse ante el Fiscal competente (arts. 116.1, y 566.2 y 3 APLECRIM 2020).

Quien no vea reconocida por el Fiscal su condición de víctima o perjudicado directo podrá acudir al Juez de Garantías para que tutele sus derechos (arts. 566.4, y 567 APLECRIM 2020).

En este caso, la persona que se atribuya la cualidad de ofendida o perjudicada directa por la infracción penal podrá acudir al Juez de Garantías a efectos de que este acepte su intervención en el procedimiento de investigación como acusación particular, sometiendo a revisión judicial la negativa del Fiscal.

V. LA ACUSACIÓN POPULAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

1. EL DOBLE FUNDAMENTO DE LA ACUSACIÓN POPULAR. SU SITUACIÓN EN LA ACTUALIDAD

Las víctimas no son los únicos ciudadanos que pueden participar activamente en el curso de las actuaciones penales. Los ciudadanos no víctimas del delito también pueden intervenir en el proceso penal mediante la acusación popular.

La acusación popular constituye un mecanismo activo y participativo de persecución de ciertos delitos merecedores de un especial reproche o caracterizados por su particular repercusión social.

En aquellos supuestos en los que no existe un ofendido concreto —y en los que no cabe el ejercicio de la acusación particular— es donde la acusación popular puede desempeñar un papel todavía más importante, en defensa de la legalidad penal.

La Constitución Española reconoce en su artículo 125 la acción o acusación popular, disponiendo que “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”.

Así pues, existe un reconocimiento constitucional de la acción popular como forma de participación ciudadana en la administración de justicia, aunque su ejercicio no constituye un derecho fundamental para los ciudadanos españoles.

En este contexto el legislador dispone de un amplio margen de disposición para la regulación de esta institución, que no está contemplada en los demás ordenamientos jurídicos europeos del ámbito continental.

La acción popular en el ordenamiento jurídico español está básicamente circunscrita al proceso penal, salvo en el caso de los delitos privados, y excluida del proceso penal militar y del proceso penal de menores.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido dos excepciones o matizaciones —bastante cuestionadas— a la acusación popular en el procedimiento abreviado, sintetizadas en la doctrina “Botín” y la doctrina “Atutxa”.

La doctrina “Botín” la estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de diciembre de 2007, cuando exoneró al banquero Emilio Botín de ser juzgado en un caso de cesiones de créditos, desestimando el recurso

interpuesto por la acusación popular contra el sobreseimiento del caso, solicitado por la Fiscalía y la acusación particular.

El Alto Tribunal estableció que si el Ministerio Fiscal y la acusación particular —la víctima— no formulaban acusación, no podía prosperar el procedimiento y no cabía abrir juicio oral, aunque la acusación popular así lo pretendiera.

La aplicación de esta doctrina podía suponer que, en aquellos supuestos en los que no existiera un ofendido concreto —y en los que, por lo tanto, no cabría el ejercicio de la acusación particular—, la aplicación de la ley penal dependiera plenamente de la actuación del Ministerio Fiscal.

Por esta razón, dicha doctrina fue muy debatida —en el seno del propio Tribunal Supremo y en el ámbito jurídico—, y, quizás como consecuencia de ello, poco después fue matizada por el mismo Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2008, en la conocida como doctrina “Atutxa”²⁰.

En este supuesto la acusación popular sostuvo contra el expresidente del Parlamento Vasco la acusación por un delito de desobediencia a la autoridad judicial por no disolver el grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak, en contra del criterio de la Fiscalía y de la Abogacía del Estado.

Después de haberse sobreseído el caso en la instancia, por aplicación de la doctrina “Botín”, el Tribunal Supremo no consideró aplicable esa restricción al ejercicio de la acusación popular, partiendo de los siguientes argumentos:

a) El criterio aplicado en la sentencia “Botín” no puede extenderse a supuestos distintos de aquellos que explican y justifican esa doctrina.

b) En los delitos que carecen, por definición, de un ofendido concreto susceptible de ejercer la acusación particular, el Ministerio Público no puede monopolizar el ejercicio de la acción pública que nace de la comisión de aquel delito.

c) Por lo tanto, en esta clase de delitos, la acción popular no puede ser objeto de limitaciones que no encuentran fundamento en ningún precepto legal.

²⁰ Esta doctrina ha sido posteriormente seguida en otras dos sentencias de la misma Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (de 20 de enero de 2010 y de 29 de enero de 2015), en las que se ha indicado que “cuando no concurra en el hecho que se enjuicia un interés particular que posibilite la personación de un perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite la apertura del juicio oral”. Por último, en diciembre de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional confirmó la doctrina “Atutxa”, considerando que, el cambio de criterio que implicaba respecto de la doctrina “Botín,” no suponía una violación del principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE).

d) Y es que la presencia de la acción popular puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal.

En la práctica, la aplicación en casos concretos de las doctrinas expuestas no ha estado exenta de polémica y ha dado lugar a importantes problemas de seguridad jurídica. Por ejemplo, en el caso “Nóos”, en relación con la Infanta Cristina²¹.

En virtud de lo expuesto —la vinculación entre el Poder Ejecutivo y la institución del Ministerio Público, y la limitación que supone el principio acusatorio para la aplicación de la ley penal—, la acusación popular debería garantizarse en todos aquellos procesos penales con implicaciones políticas o gubernamentales, de forma que el ejercicio de la acción popular sirviera de garantía frente a una concreta actuación del Ministerio Fiscal que pudiera ser discutida.

Este fundamento de la acusación popular —además del participativo— como mecanismo de contrapeso frente a actuaciones controvertidas del Ministerio Fiscal aparece expresamente reconocido en la Exposición de Motivos del propio APLECRIM 2020, apartados XXIII y XXIV, al precisarse que “la acción popular (...) puede constituir un elemento corrector último frente a posibles desviaciones o errores en el ejercicio de la acción pública por parte del Ministerio Fiscal”; que “se ha de procurar que el ejercicio de la acción popular sirva de contrapeso frente a una concreta actuación del Ministerio Fiscal que puede ser controvertida”; y que “el fundamento actual de la acción popular se encuentra en la introducción de una visión ciudadana de la legalidad penal que sea alternativa a la que tiene el poder público competente”.

En este contexto resulta razonable que el ámbito de la acusación popular quede circunscrito al ejercicio de la acción penal, con exclusión del ejercicio de la acción civil (art. 112.3 APLECRIM 2020²²).

²¹ En este supuesto, el Ministerio Fiscal y la acusación particular de la AEAT pidieron el sobreseimiento para ella y la aplicación de la doctrina “Botín”, a pesar de la oposición de la acusación popular.

El AAP de Palma de Mallorca (Secc. 1ª), de 29/01/2016, nº rec. 58/2015, razonó que el caso “Nóos” era distinto al caso “Botín”, porque en el que atañía a la Infanta Cristina se persiguieron unos hechos en los que no había un perjudicado exclusivo (la Agencia Tributaria), sino colectivo, toda la sociedad, que es la que resultaba dañada en sus intereses por las conductas supuestamente delictivas que se enjuiciaban.

²² Según este precepto “el contenido de la acción popular queda limitado al ejercicio de la acusación penal sin que pueda abarcar, en ningún caso, el ejercicio de la acción civil derivada de los hechos delictivos”.

2. LAS LIMITACIONES DE LA ACUSACIÓN POPULAR PARA EVITAR SU CONVERSIÓN EN UN MEDIO DE INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA JUSTICIA AL SERVICIO DE INTERESES AJENOS AL BIEN COMÚN

Una de las objeciones que se formulan en relación con la acusación popular es la del peligro de su instrumentalización partidista.

En la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartados XXIII y XXIV, se indica que, “sin embargo, la utilidad de la acción popular en este concreto sentido no puede ensombrecer la evidencia de que, como más de una vez se ha puesto de manifiesto, a veces se convierte en un medio de instrumentalización de la justicia al servicio de intereses ajenos al bien común”, y que “se ha de prevenir que esta acción tendente a la imposición de la pena se utilice para la consecución de intereses ajenos a los fines del proceso”.

Por esta razón, en el APLECRIM 2020 se ha tratado de delimitar el alcance de la actuación de la acusación popular a través de diferentes clases de condicionamientos.

2.1. Los límites subjetivos a la acusación popular

En primer lugar, los subjetivos se refieren a las personas que pueden sostener la pretensión punitiva como acusaciones populares.

En este punto el APLECRIM 2020 ha optado por la exclusión, por razones de mínima coherencia institucional, de las personas jurídicas públicas, los partidos políticos y los sindicatos.

La exclusión de las personas jurídicas públicas (art. 121.2 APLECRIM 2020), se fundamenta en la necesidad de evitar la duplicidad de órganos públicos que ejerciten la acción penal.

Esta exclusión me parece totalmente razonable. Como se indica en la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartado XXIV, “la acción popular ha de tener límites subjetivos inherentes a su fundamento participativo. Frente al uso distorsionado que se ha hecho de ella, ninguna persona jurídica pública debe acudir a este instrumento convirtiéndose ad hoc en una especie de Ministerio Fiscal paralelo o alternativo. El deber de la autoridad pública que, en el ejercicio de sus competencias, tiene noticia de un delito, es el de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. Esta opción cohonesta plenamente con la jurisprudencia constitucional que hace depender la legitimación activa de los entes públicos en el proceso penal de

la existencia de un concreto precepto habilitante. No ha de existir tal habilitación en la nueva regulación”.

La exclusión de los partidos políticos y sindicatos se fundamenta en la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartado XXIV, en la consideración de que “los partidos políticos y los sindicatos, por su peculiar inserción en el orden constitucional como organizaciones de relevancia pública y por el especial riesgo de instrumentalización del proceso que dimana de su intervención activa en el debate político, deben estar también excluidos del ejercicio de esta acción”.

A mi juicio, no resulta adecuada en absoluto la exclusión de los partidos políticos y sindicatos, ya que la experiencia de demuestra que, en muchas ocasiones, su actuación como acusadores penales ha soslayado situaciones de impunidad.

Ante la opción de evitar el peligro de instrumentalización de la acusación popular o conjurar el riesgo de que determinados delitos queden impunes, opto por lo segundo.

2.2. Los límites objetivos a la acusación popular

En la Exposición de Motivos del APLECRIM 2011, apartado XXIII, se expusieron los diferentes límites objetivos a los que se podía sujetar la acción popular, y los pros y contras de cada uno, optándose a continuación por algunos de ellos:

“En segundo lugar, los límites objetivos de la acción popular se refieren a los concretos tipos delictivos en los que puede ser utilizada o, dicho de otro modo, a la delimitación precisa de los concretos *procesos* previstos en la ley a que alude el artículo 125 del texto constitucional. Esta posibilidad cuenta, no obstante, con la dificultad de delimitar la utilidad de la acción penal como contrapeso en la persecución de determinadas infracciones. En suma, esta vía de limitación podría conducir a prescindir del actor popular exclusivamente en aquellos supuestos en los que su actuación no plantea problemas sustanciales.

De ahí que sea más razonable, siguiendo el camino señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, llevar esta valoración al ámbito del juicio de acusación. No parece lógico que se abra el juicio oral contra un ciudadano cuando ni el Ministerio Fiscal ni el ofendido o perjudicado por el delito manifiestan interés en el castigo. Se ha establecido por ello un precepto específico dentro de la regulación del sobreseimiento en la fase intermedia. Por el contrario, la visión alternativa que sostiene el actor popular ha de

tener acceso al juicio oral, aun como acusación exclusiva y en discrepancia con el parecer del fiscal, en los supuestos en los que se tutelen bienes públicos o colectivos.

Finalmente cabe la posibilidad de establecer una tercera vía consistente en el control judicial de la seriedad y legitimidad del interés de la acusación en el caso concreto. Esta es la opción que decididamente sigue el texto articulado y que obliga a acreditar ante el juez que el ejercicio de la acción popular se basa en su único fundamento constitucional legítimo: la participación en la administración de justicia para alcanzar fines de interés general. O lo que es lo mismo, que se persigue inequívocamente la realización del Derecho en sede judicial, y no otra clase de fines o propósitos ajenos a ese objetivo.

La personación del acusador popular se sujeta, de este modo, a un control judicial tendente a asegurar que la intervención en el procedimiento no obedece a motivos ajenos al fundamento participativo de esta figura. Es el juez, por tanto, el que ha de determinar si el actor popular va a contribuir de un modo relevante a la defensa del interés público”.

Sin embargo, el APLECRIM 2020 ha introducido todos los límites objetivos expuestos a la acusación popular, como veremos a continuación.

2.2.1. Catálogo de tipos delictivos en los que puede ser utilizada la acusación popular

Unos límites objetivos a la acusación popular hacen referencia, en palabras de la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartado XXIV, a “la delimitación precisa de los concretos procesos previstos en la ley a que alude el artículo 125 del texto constitucional. En este punto, se toma de la Propuesta de Código procesal penal de 2013 la idea de establecer un elenco de delitos que, por sus características particulares, resultan idóneos para que los ciudadanos puedan defender una visión de la legalidad penal alternativa a la del Ministerio Fiscal, como puede ser el caso de las infracciones que protegen intereses difusos o de los delitos de corrupción política, como ejemplos más representativos”.

El catálogo de delitos perseguibles mediante la acusación popular se contiene en el art. 122 APLECRIM 2020.

A mi parecer, estamos ante un listado excesivamente reducido y caprichoso de delitos.

Reducido porque se limita la acusación popular a la persecución de diez tipos de delito. Y caprichoso, porque no se entiende que el acusador popu-

lar pueda, por ejemplo, perseguir el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, pero no el de terrorismo.

2.2.2. El control judicial de la seriedad y legitimidad del interés de la acusación en el caso concreto

El catálogo de delitos perseguibles a través de la acusación popular se complementa, como se recuerda en la Exposición de Motivos del APLECRIM 2020, apartado XXIV, “con el sistema del Anteproyecto de 2011 de control judicial de la seriedad y legitimidad del interés de la acusación en el caso concreto, lo que obliga a acreditar ante el juez que el ejercicio de la acción popular se basa en su único fundamento constitucional legítimo: la participación en la administración de justicia para alcanzar fines de interés general. O lo que es lo mismo, que se persigue inequívocamente la realización del Derecho en sede judicial, y no otra clase de fines o propósitos ajenos a ese objetivo. La personación del acusador popular se sujeta, de este modo, a un control judicial tendente a asegurar que la intervención en el procedimiento no obedece a motivos ajenos al fundamento participativo de esta figura. Es el juez, por tanto, el que ha de determinar si el actor popular presenta un vínculo suficientemente relevante con el interés público que pretende defender en el proceso, debiendo, en tal caso, autorizarle el ejercicio de la acción penal”.

Este control judicial está previsto, en concreto, en los arts. 123.1 y 568.3 APLECRIM 2020, y se articula en torno a la verificación de la vinculación de la acusación popular con el interés público tutelado en el proceso penal correspondiente. Este vínculo puede ser personal, social o profesional, y, en cualquier caso, ha de ser relevante y suficiente.

El problema que puede plantear este límite objetivo es que puede ocasionar situaciones de inseguridad jurídica, pues se está en presencia de un control judicial difuso, que puede dar lugar a soluciones contradictorias.

2.2.3. La falta de autonomía de la acusación popular en los procesos por delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos individuales

En la regulación del sobreseimiento el APLECRIM 2020 introduce una limitación adicional, no explicitada en su Exposición de Motivos, apartado XXIV, consistente en la consolidación legal de la doctrina “Botín”, pero sin concretar si es de aplicación la doctrina “Atutxa”.

El art. 622.3 LECRIM 2020, al regular los motivos de sobreseimiento, dispone que “en los delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos individuales, cuando ni el Ministerio Fiscal ni la víctima ejerciten la acción penal, el Juez de la Audiencia Preliminar dispondrá en todo caso el sobreseimiento, aunque existan acusaciones populares personadas que hayan presentado escrito de acusación”.

Este límite objetivo también dará lugar a problemas de seguridad jurídica, pues el prelegislador no especifica qué delitos tutelan exclusivamente bienes jurídicos individuales.

Asimismo, esta limitación no encaja con el establecimiento de un catálogo limitado de delitos perseguibles mediante la acusación popular. No es razonable que, en principio, el ejercicio de la acusación popular únicamente sea admisible ante unos determinados delitos, para, posteriormente, limitarla, adicionalmente, cuando en un proceso penal por uno de esos delitos ni el Ministerio ni la acusación particular ejerciten la acción penal.

Si el prelegislador ha establecido un elenco de delitos que, por sus características particulares, resultan idóneos para que los ciudadanos puedan defender una visión de la legalidad penal alternativa a la del Ministerio Fiscal, sería conveniente una previsión expresa de la autonomía de la acusación popular para la persecución de dichos delitos, que implicara la inaplicabilidad de las limitaciones de la doctrina “Botín”, de forma que ante tales delitos se permitiera el ejercicio de la acusación popular, aunque pudiera existir algún ofendido concreto.

2.2.4. Valoración negativa de los límites objetivos a la acusación popular

La valoración, por mi parte, de los límites objetivos a la acusación popular no puede ser más que negativa.

El APLECRIM 2020 ha recogido, acumuladamente, todos y cada uno de los límites objetivos por los que se había optado, de forma individualizada, en el APLECRIM 2011 y en la PCPP 2013.

A ellos hay que añadir la, ya expuesta, irrelevancia de la acusación popular ante el ejercicio de la oportunidad por el Ministerio Fiscal.

La combinación de las limitaciones objetivas expuestas conducirá, a mi parecer, a una supresión en la práctica de la acusación popular.

Como propuesta personal entiendo que habría que considerar admisible la acusación popular ante cualquier delito contra intereses jurídicos públicos o colectivos.

En coherencia con el no reconocimiento de la condición de víctima cuando los delitos lesionen exclusivamente intereses públicos o colectivos (art. 100, I APLECRIM 2020²³), habría que optar por la admisión incondicionada de la acusación popular ante este tipo de delitos.

En aquellos supuestos en los que no exista un ofendido concreto —y en los que no cabe el ejercicio de la acusación particular— es donde la acusación popular podría desempeñar un papel importante, en defensa de la legalidad penal.

De esta forma, la persecución de este tipo de delitos no dependería, en exclusiva, de la actuación del Ministerio Fiscal.

En consecuencia, la visión alternativa que sostiene el acusador popular debería tener acceso al juicio oral, aun como acusación exclusiva y en discrepancia con el parecer del Fiscal, en los supuestos en los que se tutelen bienes públicos o colectivos.

Se trataría, por lo tanto, de la consolidación legal de la doctrina “Atutxa”.

3. EL TIEMPO Y LA FORMA PARA PERSONARSE COMO ACUSACIÓN POPULAR

A efectos de que el control judicial de la seriedad y legitimidad del interés de la acusación en el caso concreto pueda ejercerse, los arts. 124 y 568 APLECRIM 2020 prevén que la personación de la acusación popular se realice siempre ante la autoridad judicial, que, en concreto, será el Juez de Garantías competente.

La personación se realizará mediante la presentación de la correspondiente querrela, que en el nuevo modelo procesal penal pasa a cumplir una función exclusiva de acto de personación de esta modalidad de acusación, a excepción del procedimiento por delito privado, en el que constituye también el acto de inicio del proceso.

La querrela podrá presentarse en cualquier momento anterior al decreto de conclusión de la investigación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALAMILLO CANILLAS, F., *El Ministerio Fiscal español (su organización y funcionamiento)*, Madrid, Ed. Colex, 1990.

²³ Este precepto dispone que “cuando la infracción atente exclusivamente contra intereses públicos o colectivos, no se reconocerá la condición de víctima, a los efectos de esta ley, a ninguna persona o ente, público o privado”.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Por un Ministerio Público ‘Dentro de La Legalidad’”, en AAVV., *Il ruolo del pubblico ministero: esperienze in Europa*, Roma, Vecchiarelli Editore Manziana, 2005, pp. 111-148.
- APARICIO CALVO-RUBIO, J., “El Ministerio Fiscal, su dimensión constitucional y sus relaciones con los distintos poderes del Estado”, en AAVV., *El Poder Judicial en Europa. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas. Ponencias, t. I*, Madrid, 1989, pp. 525-548.
- ARMENTA DEU, T., “La acción popular: claves de una reforma que conviene ponderar”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 2017, pp. 71-126.
- ARMENTA DEU, T., *Derivas de la Justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Instrucciones y circulares como fuente del Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N.º 48, 1965.
- BANACLOCHE PALAO, J., “La acusación popular en el proceso penal: propuestas para una reforma”, en *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 2008, pp. 9-54.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1999.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., “La acción popular y la lucha contra la corrupción (Bentham sobre la acusación penal)”, en AAVV., *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, pp. 379-401.
- DI FEDERICO, G., “Letture di ordinamento italiano e comparato”, en AAVV., *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Padova, CEDAM, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L. M^a., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel, 2000.
- GIMENO SENDRA, J. V., “La acusación popular”, en *Poder Judicial*, nº 31, 1993, pp. 87-94.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “El Ministerio Fiscal español y su relación con el poder legislativo”, en *Revista de Derecho*, vol. 20, nº 1, 2007, pp. 107-122.
- FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho - Tirant lo Blanch, 1999.
- FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal (Del presente al futuro)*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia y sus problemas en la Constitución: justicia, jueces y fiscales en el estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1996.
- MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.
- MARTÍN PASTOR, J., “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 14, 2009, pp. 1-50.
- MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio Público y el proceso penal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2020.
- MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Valencia, Ed. Universitat de València - Tirant lo Blanch, 1999.
- MARTÍNEZ DALMAU, R., “El problema del anclaje constitucional del Ministerio Fiscal”, en AAVV., *La justicia constitucional en el estado democrático*, 2000, pp. 455-477.
- MUERZA ESPARZA, J. J., “De nuevo la acusación popular a debate”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 756, 2008.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno: reflexiones sobre su designación, mandato y cese”, en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, nº 5, 2000 (Ejemplar dedicado a: Especialización en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos. Presente y futuro del Ministerio Fiscal: apuntes para la reforma de su estatuto), pp. 511-562.
- PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Granada, Comares, 1998.
- POBLET, M.-CASANOVAS, P., “Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Spain”, en AAVV., *Recruitment, Professional Evaluation, Career of Judges and Pro-*

secutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, Netherlands and Spain, Bologna, Editrice Lo Scarabeo, 2005, pp. 185-217.

ROMERO PRADAS, M^a. I., “El acusador particular y popular en el borrador de Código procesal penal español: ejercicio de la acción y juicio sobre la acusación”, en AAVV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 133-153.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Ministerio Fiscal, Gobierno y Parlamento: en torno a la posición constitucional del Ministerio Fiscal”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 16, 2002, pp. 79-102.

EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA Y LAS PARTES CIVILES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020¹

The status of the victim and the civil parties in the proposed draft criminal procedural law of 2020

Ricardo JUAN-SÁNCHEZ

Profesor Titular

Universitat de València

rjuan@uv.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NOVEDAD FORMAL DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL. III. EL CONCEPTO *PROCESAL* DE VÍCTIMA DEL DELITO: UN PRIMER PASO PARA ACOTAR LOS FINES DEL PROCESO PENAL. IV. CONSIDERACIONES PROCESALES SOBRE LA VÍCTIMA NO PERSONADA EN EL PROCESO. 1. Derecho de intervención procesal. 2. Derecho a obtener una reparación en el proceso penal. 3. Derecho de información procesal. 4. Derecho a la notificación de determinadas resoluciones procesales. 5. Derecho a la adopción de medidas procesales para evitar la victimización secundaria. 6. Otros derechos procesales. 7. Otros aspectos no estrictamente procesales del estatuto de la víctima. V. EL RÉGIMEN DE LA ACCIÓN CIVIL Y SU INCIDENCIA EN EL ESTATUTO DE LAS PARTES CIVILES. VI. PRINCIPALES NOVEDADES PROPUESTAS EN MATERIA DE ACCIÓN CIVIL Y SU EJERCICIO. 1. La definitiva eliminación del principio *le criminel tient le civil en état*. 2. La posible desacumulación judicial de la acción civil. 3. La determinación de los efectos de la sentencia penal en otros procesos. 4. El refuerzo del principio dispositivo sobre la acción civil. 5. La introducción de la figura de los terceros afectados no responsables. VII. EL ACTOR CIVIL: LEGITIMACIÓN Y SU ESTATUTO PROCESAL. VIII. LOS TERCEROS RESPONSABLES CIVILES: EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DE INTERVENCIÓN PROCESAL. IX. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Análisis, y contraste con la legislación vigente, de la propuesta que formula el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en orden a determinar tanto el estatuto de la víctima del delito en el proceso penal y su intervención sin necesidad de personación en el mismo, como el régimen de la pretensión civil

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-095424-B-I00, con el título “La justicia penal ante los retos de la eficiencia, la seguridad y las garantías procesales, en especial la instrucción y la simplificación de las técnicas de enjuiciamiento de los delitos”, y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

acumulada en el proceso penal, de los sujetos legitimados activamente para su ejercicio y de aquellos contra los que se formula dicha pretensión.

Abstract: Analysis, and contrast with current legislation, of the proposal formulated by the preliminary draft of the Criminal Procedural Law of 2020 in order to determine the status of the crime victim in the criminal process and their intervention without the need to appear in it, thus as well as the regime of the civil claim accumulated in the criminal process, of the subjects actively legitimized for its exercise and of those against whom said claim is formulated.

Palabras clave: Víctima del delito, ofendido, perjudicado directo, acción civil, partes civiles, actor civil, responsables civiles.

Keywords: Crime victim, offended, directly injured, civil action, civil parties, civil actor, civil liability.

ABREVIATURAS

Art.:	Artículo
CE:	Constitución Española
CP:	Código Penal
FD:	Fundamento de Derecho
LECiv:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
nº:	número
Rec:	Recurso
RJ:	Repertorio Jurídico Aranzadi
Secc.:	Sección
SsTC:	Sentencias del Tribunal Constitucional
SsTS:	Sentencias del Tribunal Supremo
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
UE:	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

La víctima en el proceso penal siempre ha estado presente en la legislación procesal penal española a través de las figuras del ofendido y/o perjudicado; ello denota una especial sensibilidad del legislador hacia la misma. Pero a diferencia, por ejemplo, de Portugal², la Constitución española no hace ninguna mención a ella y, por lo tanto, cualquier alusión presente y

² La Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976, en su art. 32 sobre “*Garantias de processo criminal*”, dispone: “7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei”.

futura a dichas figuras en la ley procesal es el resultado de una clara opción de política legislativa.

No empece lo anterior que el Derecho de la Unión Europea exija a los Estados de la misma una mayor atención a las víctimas del delito, pues basta la lectura de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, para observar que dicha atención no tendría por qué trasladarse a la legislación procesal sino más que puntualmente³.

El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal dado a conocer el pasado noviembre de 2020 reafirma la tradición española en la consideración procesal de la víctima y trata de reforzarla con la introducción de un Título II sobre los sujetos del proceso penal en su Libro I sobre disposiciones generales, en que expresamente se dedican el Capítulo V (arts. 99 a 116) a integrar en la ley procesal “El estatuto de la víctima en el proceso penal”, y el Capítulo VII (arts. 126 a 139) a regular “Las partes civiles”.

Como se irá diciendo a lo largo de este artículo, hay claramente una traslación directa de las previsiones que contenía en su momento el también anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado en 2011, tanto en materia del estatuto de la víctima, como de las partes civiles y del régimen (parcial) de la acción civil acumulada en el proceso penal, que son los aspectos que se abordan aquí.

En este punto cabe añadir que las propuestas formuladas para regular tanto la intervención procesal de la víctima como, en su caso, de las partes civiles, en términos generales no comportan un cambio radical respecto de lo que ya es conocido por los operadores jurídicos atendiendo a lo que expresamente establece la legislación vigente y, en buena parte también, a su aplicación jurisprudencial. Pero, y es preciso también apuntarlo desde el principio, sí hay algunas novedades puntuales cuyo comentario es de gran interés y así se destacará.

Como muestra de lo dicho baste comprobar que en el caso del estatuto de la víctima no personada como acusación, la propia exposición de motivos del anteproyecto reconoce expresamente que se han “volcado” buena parte de los contenidos de la actual Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Con estas premisas se pasa al análisis de las propuestas que en este preciso ámbito de los sujetos del proceso penal se recogen en el anteproyecto.

³ PLANCHADELL GARGALLO, A., “La víctima en el nuevo Código procesal penal desde la perspectiva de las exigencias europeas”, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal (dir. Moreno Catena, V.), Valencia, 2015, 155-180.

II. LA NOVEDAD FORMAL DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA EN LA LEY PROCESAL

La mayor parte de las referencias que la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 hace a la víctima o víctimas del delito son consecuencia de su modificación a raíz de la aprobación de la citada Ley 4/2015, de 27 de abril⁴, sin que por ello hayan desaparecido las clásicas menciones al ofendido y/o perjudicado, tanto en artículos de vieja redacción (por ejemplo, arts. 13, 25, 108, 270, 506...), como de redacción mucho más reciente (por ejemplo, los artículos relativos al nuevo proceso penal por delitos leves del mismo año 2015). Aunque el vocablo víctima es preponderante en su uso, esa disparidad terminológica no desaparece plenamente en el anteproyecto, por el doble alcance que, como se dirá, otorga al concepto de víctima y, si bien está justificado que utilice el término ofendido para aquellos supuestos en que dicha condición es base para el ejercicio de la acción penal, el resto de alusiones que, en su diversa formulación (singular o plural, masculino o femenino), se hacen en un buen número de preceptos⁵ a la dicotomía ofendido-perjudicado podrían sustituirse perfectamente por el de víctima o víctimas, visto el concepto que el art. 99 establece de la misma como se comprobará.

El anteproyecto, en cambio, sí propone introducir en la norma procesal penal las normas generales de lo que sería el estatuto de la víctima en dicho proceso, si bien su proposición no es más que una novedad formal pues, como se ha dicho y se comprobará, el estatuto propuesto no difiere del regulado actualmente en la Ley 4/2015⁶. En cualquier caso, es necesario resaltar que esta Ley no sería derogada, ni total ni parcialmente, con la aprobación de la nueva LECrim (véase la disposición derogatoria del anteproyecto), pues su contenido se extiende a otros aspectos de la atención de la víctima del delito como la implantación y estructura de las oficinas de asistencia a las víctimas, el fomento de la formación sobre la materia entre los operadores jurídicos o la aprobación de protocolos de actuación, entre otras cuestiones.

⁴ Con anterioridad ya se habían introducido otras referencias a las mismas por ejemplo a través de las reformas de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que introdujo los arts. 544 bis y 544 ter de la LECrim 1882.

⁵ Arts. (todos del anteproyecto) 87.3, 115.3, 117.2, 120.1, 137.2, 175.4, 180, 523, 547.2.c, 550, 824.

⁶ Un extenso comentario a dicho estatuto puede verse en TAMARIT SUMALLA, J.M., VILLACAMPA ESTIARTE, C. y SERRANO MASIP, M. (coords.), *El estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia, 2015.

El principal valor de esta incorporación del estatuto de la víctima del delito sería el de hacer patente la atención procesal a la misma sobre todo en aquellos casos en que no se constituye como parte acusadora, pues en tales casos su intervención procesal acabará rigiéndose por su estatuto como tal.

En esta línea de novedades básicamente formales, el anteproyecto recoge igualmente una mención específica a las víctimas menores de edad o con discapacidad (art. 101), a los efectos básicamente de integrar su capacidad de actuación procesal a través de su representante legal y contempla que, en su caso, el ministerio fiscal deba promover ante la jurisdicción civil las actuaciones oportunas para que se le dote de dicha representación legal. Este artículo sería un complemento a lo previsto en el actual art. 26 Ley 4/2015, que atiende a las necesidades de este tipo de víctimas desde la perspectiva de las singulares medidas de protección que deben adoptarse con las mismas, al modo en que deben recibirse sus declaraciones y, sobre todo, a los posibles conflictos de interés que surjan entre estas víctimas y sus actuales representantes legales.

En cambio, sí da un paso más el texto propuesto al prestar atención a las víctimas en situación especial de vulnerabilidad y determinar su condición, que tendría que ser declarada en el proceso en atención tanto a las características del delito como a las propias circunstancias personales de la víctima (edad, enfermedad o discapacidad), y la principal repercusión residiría en el hecho de que no tuvieran que someterse de forma directa a un examen contradictorio de las partes (art. 102)⁷.

III. EL CONCEPTO *PROCESAL* DE VÍCTIMA DEL DELITO: UN PRIMER PASO PARA ACOTAR LOS FINES DEL PROCESO PENAL

Desmarcándose en parte de lo dispuesto en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012⁸, y su transposición en la Ley 4/2015⁹, el anteproyecto define la víctima del delito a

⁷ La condición de vulnerable tampoco está actualmente acotada en la Ley 4/2015. A este respecto y para una propuesta de determinación conceptual véase MARTÍN DIZ, F., “Declaraciones testificales de la víctima especialmente vulnerable: propuestas de reforma legal en el ámbito procesal penal”, en Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas, Pamplona, 2019, 74.

⁸ Dice así ese art. 2.1.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”.

⁹ La cuestión del *nomen iuris* ha sido planteada por la doctrina, que reclama mayor uniformidad en este sentido. Así, TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los derechos de las víctimas”, en *El Estatuto de las víctimas*

partir de los conceptos canónicos de ofendido y perjudicado¹⁰. Su art. 99 sobre el “concepto de víctima” establece que “tendrán la consideración de víctima a los efectos de esta ley: a) la persona física o jurídica ofendida por la infracción; b) la persona que haya sufrido un perjuicio directamente derivado de los hechos punibles”.

Lo primero a reseñar es el inciso “a los efectos de esta ley”, de modo que, aunque no se diga, se está acotando el concepto de víctima a los puros efectos procesales y a las peculiaridades de nuestro sistema de justicia penal con respecto a las personas afectadas por los hechos criminales cuya principal nota caracterizadora es el de reconocerles la posibilidad de ejercitar la acción penal. Por ello, a diferencia de la referida Directiva y de la Ley 4/2015, el concepto de víctima no se limita a las personas físicas, sin perjuicio de que a los efectos extraprocesales o prestacionales esté más que justificada dicha reducción.

En segundo lugar, no es menos relevante que para determinar quién es el ofendido se aluda al titular del bien jurídico afectado por la “infracción”; y para concretar la persona del perjudicado, a los “hechos punibles”. La consecuencia es que el primero es un concepto propio y ajustado al Derecho penal sustantivo, a la norma penal; y el segundo es el resultado de la aplicación del Derecho de daños con la particularidad de que los hechos tienen que estar enmarcados en la determinación de un tipo penal.

Este planteamiento se circunscribe en el intento de acotar el alcance subjetivo, y por ende objetivo, de aquello que ha de ser objeto de resolución en el contexto del proceso penal. Desde esta perspectiva se valora positivamente que se limite el concepto de perjudicado al que soporta “directamente” el perjuicio ocasionado por los hechos objeto de enjuiciamiento, idea que se refuerza excluyendo expresamente a aquellos sujetos que pudieran considerarse también perjudicados de una forma refleja o, como se dice en la doctrina francesa, *par ricochet*, que de manera gráfica podría traducirse como “de rebote” o “por carambola”¹¹. Para ello el art. 99.2 establece que “Las personas físicas o jurídicas que hubieran sufrido perjuicios indirectos derivados del delito no tendrán, a los efectos de esta ley, la condición de víctimas. A estos efectos, se entenderá por perjuicio indirecto todo aquel que resulte de la obligación de asumir el coste del daño causado por el delito en virtud de una obligación legal o contractual. Lo dispuesto en este apartado

de delitos: comentarios a la Ley 4/2015, cit., 12 (consulta on line www.tirantonline.com).

¹⁰ Para la concreción de esos dos conceptos véase JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Madrid, 2004, 241-259.

¹¹ Al respecto JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, cit., 259-269.

se entiende sin perjuicio del derecho de repetición que pueda existir contra la persona que sea considerada responsable”.

Se evitaría de ese modo el intento constante de las compañías aseguradoras¹², principalmente, de personarse (y en su caso, de indirectamente obtener la condición de parte procesal que la norma expresamente les prohíbe, como después se dirá); o de trasladar al proceso penal todo un amplio abanico de situaciones jurídicas que no surgen de los hechos mismos del delito enjuiciado pero que de forma remota sí acaban viéndose afectadas por su onda expansiva, como la del empresario que soporta las consecuencias negativas de las lesiones sufridas por su empleado agredido en el contexto de un delito contra la integridad física¹³.

Así viene a reconocerlo la propia Exposición de Motivos cuando en su capítulo XXII establece que “con esta noción de víctima se evita que se desvirtúe el objeto de debate con la introducción de intereses o pretensiones reflejas o de algún modo dependientes del resultado del proceso penal”.

En definitiva, se trata de la misma idea que está recogida en el actual art. 2 Ley 4/2015, en cuyo inciso final dispone que “Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito”.

La definición de la víctima procesal establece el punto de partida para la posterior caracterización de las figuras de la acusación particular y actor civil en los artículos 116 y 130.2 del anteproyecto, respectivamente.

Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente procesal, el concepto de víctima tiene sustantividad propia con independencia de que quien ocupe dicha posición procesal efectivamente se constituya como parte acusadora o mero actor civil. Es desde esta perspectiva que se explica que el anteproyecto dedique un capítulo (el V) a establecer su estatuto en el proceso de forma autónoma y distinta al estatuto de la acusación particular, a la que dedica el capítulo VI (arts. 116 a 119) y al actor civil, regulado esencialmente,

¹² Sin embargo, el propio Tribunal Supremo ha adoptado un acuerdo no jurisdiccional, de fecha 30 de enero de 2007, que escuetamente dice lo siguiente: “Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado”. No se puede compartir dicho planteamiento desde los estrictos criterios definidores del actual régimen de la acumulación de la acción civil en el proceso penal. Pero puede verse una aplicación reciente de dicho criterio en la STS 382/2014 de 14 de mayo, rec. 2305/2013.

¹³ Para más detalles sobre esta cuestión JUAN SÁNCHEZ, R., “Alcance de las reclamaciones civiles en el proceso penal. La ampliación de la competencia civil de los tribunales penales desde la perspectiva objetiva y subjetiva”, en *Práctica de Tribunales*, nº 112, 2015, 1-28.

como después se verá, en la sección 2ª del capítulo VII (arts. 130 y 131). En estos últimos casos habrá que estar a la doble condición de víctima y parte procesal, y aplicar las normas previstas en sus respectivos capítulos.

En este punto el anteproyecto aportaría poca o ninguna novedad respecto de la realidad que se vive actualmente en los tribunales penales sobre la materia. En cambio, sí supondría un importante cambio la previsión del art. 100 relativa a los “delitos contra intereses jurídicos públicos o colectivos”, en cuyo caso, y una vez más a los efectos de “esta ley”, no se reconocería la condición de víctima a ninguna persona o ente (ni público ni privado) en el caso de los delitos que atentaran “exclusivamente contra los intereses públicos o colectivos”.

El precepto plantea no pocas cuestiones. La determinación de qué delitos son aquellos a los que se vincula la aplicación de esa norma es problemática toda vez que el Código Penal no contiene un título o capítulo con dicha denominación, por lo que obligaría en cada caso a interpretar si el bien jurídico tutelado por la norma penal se integra en esa condición de público o colectivo, que si bien en unos casos puede ser relativamente sencillo (por ej., la falsificación de moneda), en otros no tanto (por ej., en el caso de los delitos contra los trabajadores). En este sentido se hubiera podido optar por establecer una relación de delitos a los que delimitar su aplicación, al modo como se hace en el art. 122 para acotar el ámbito objetivo de la acusación popular.

La norma comentada pretende evitar la personación en cuanto acusaciones particulares en delitos en los que no es posible, ni jurídica ni materialmente, la individualización de los afectados por los hechos, como sería el caso evidente de un delito contra la seguridad vial por conducir con una tasa de alcohol elevada del art. 379.2 Código Penal. Con ello se pretende que la acusación recaiga esencialmente sobre el ministerio fiscal y, en su caso, sobre la acusación popular.

En este sentido, el art. 66 del anteproyecto de 2011, en el que se inspira el art. 100 que se comenta, incorporaba la siguiente referencia que ahora ha desaparecido en el texto que se propone: “En todo caso, las entidades y organizaciones privadas que tengan por objeto la protección o defensa de intereses difusos o generales relacionados con el bien jurídico tutelado en la norma penal podrán ejercer la acción popular en los términos previstos en la presente ley”.

La intencionalidad puede ser plausible, pero si con la negación de la condición de víctima se quiere evitar el ejercicio de la acción penal, habrá que

valorar hasta qué punto también puede condicionar el ejercicio de la acción civil. ¿La negación categórica de la existencia de una víctima en ese tipo de delitos, que es lógica desde la perspectiva del ofendido, también alcanza a la figura del perjudicado?

Por lo tanto, sería suficiente y más clarificador establecer una norma de exclusión de la figura de la acusación particular en ese tipo de delitos, que no de exclusión la condición de víctima como la que se propone, pues en tales casos, aunque es conforme a la naturaleza de los delitos en cuestión que no haya ofendidos, no puede decirse lo mismo de los perjudicados. Más adelante se volverá sobre esta cuestión al tratar la figura del actor civil.

IV. CONSIDERACIONES PROCESALES SOBRE LA VÍCTIMA NO PERSONADA EN EL PROCESO

Que el anteproyecto incluya un estatuto de la víctima como capítulo diferenciado a los que dedica al resto de partes actoras solo puede tener sentido respecto de la víctima que todavía no se ha personado o que no desea o renuncia a actuar en cuanto acusación.

A partir de esta consideración general, el anteproyecto traslada a su texto las principales consideraciones a las que hace referencia la legislación de la Unión Europea y, sobre todo, la Ley 4/2015 mediante la que se transpone. Estas referencias normativas contienen tanto previsiones que afectan a la propia articulación del proceso, como otras que trasladan su efecto fuera del mismo, destinadas principalmente a ofrecer a la víctima un marco de protección integral.

En cuanto a las primeras, aquellas se recogen lo que hoy en día ya constituyen la columna vertebral de los derechos procesales de toda víctima y que catalogamos de la manera que sigue.

1. DERECHO DE INTERVENCIÓN PROCESAL.

La Directiva 2019/29/UE en orden a que se garantice la participación activa de la víctima en el proceso penal se limita a exigir que la misma sea oída durante las actuaciones procesales y que pueda facilitar elementos de prueba (art. 10). La posibilidad de que la víctima tenga un mayor protagonismo en el proceso penal forma parte de la legislación de cada país y en este sentido el anteproyecto no se aparta de nuestra tradición, que en este caso consiste en reconocer el derecho de la víctima a constituirse

como acusación particular (art. 113) o como mero actor civil (arts. 114.1-II y 130.2).

A esos efectos se recoge el denominado ofrecimiento de acciones, siguiendo así con lo previsto actualmente en el art. 109 LECrim 1882, si bien con las lógicas adaptaciones a lo que sería el nuevo modelo de proceso penal con investigación del ministerio fiscal, de modo que el art. 115 impele que ese ofrecimiento se haga “tan pronto resulten conocidas las personas que tienen la condición de víctima” por parte de la policía o del propio ministerio fiscal.

Cabría igualmente la renuncia o reserva de las acciones civiles (art. 115.2) y como novedad se contempla la posibilidad de que las autoridades señaladas utilicen los “medios de comunicación” para instruir sobre esos derechos “cuando lo aconseje la existencia de múltiples perjudicados”¹⁴.

Pero si el deseo de la víctima fuese el de no constituirse en parte procesal mediante cualquiera de esas dos figuras, la víctima en todo caso tendría el derecho a ser oída durante el proceso (art. 106) y en ese mismo contexto a aportar elementos relevantes para el enjuiciamiento de los hechos (art. 109).

2. DERECHO A OBTENER UNA REPARACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 16 de la Directiva 2019/29/UE, y en línea con lo previsto en el art. 11 Ley 4/2015, el art. 114 del anteproyecto contempla hasta tres opciones para que así sea: que la víctima actúe como acusación particular o que lo haga como actor civil o, en otro caso, que la acción civil se ejercite por el ministerio fiscal “en interés” de aquella si no consta expresa renuncia o reserva de dicha acción por su parte.

3. DERECHO DE INFORMACIÓN PROCESAL

Tal y como también se prevé actualmente en la Ley 4/2015¹⁵, el anteproyecto contempla que a la víctima no personada se le realicen actos de infor-

¹⁴ Art. 109-II LECrim 1882: “Fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Secretario judicial procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente”.

¹⁵ Extensamente sobre este aspecto puede verse SERRANO MASIP, M., “Los derechos de información”, en *El estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, 1-34 (consulta on line www.tirantonline.com).

mación singulares, además de la notificación de determinadas resoluciones procesales que se dicten y que se comentarán en el siguiente punto.

En este sentido el art. 105, adaptando lo previsto en el art. 7 Ley 4/2015, exige que se le informe de la evolución de las actuaciones investigadoras (art. 105.1.a), del derecho a estar presente en el juicio que se celebre (art. 105.2.a), de las medidas adoptadas para su protección en el curso del proceso y de la ejecución de la sentencia (art. 105.2.b) y de las actuaciones realizadas para hacer efectiva la responsabilidad civil declarada a su favor en la sentencia (art. 105.2.c).

La diferencia entre estas obligaciones de información y las notificaciones que a continuación se comentarán, reside en el efecto de su indebido cumplimiento, pues mientras la ausencia de una notificación debida puede originar una situación de indefensión para el ejercicio de sus derechos a la víctima constituida como acusación particular o actor civil, el incumplimiento de esas otras informaciones debe trasladarse al ámbito de otro tipo de responsabilidades.

4. DERECHO A LA NOTIFICACIÓN DE DETERMINADAS RESOLUCIONES PROCESALES

El art. 11 de la Directiva 2019/29/UE exige que cuando se adopte una “decisión de no continuar con el procesamiento” la víctima tenga la posibilidad, en los términos que cada país establezca, de que se revise esa decisión, cualquiera que sea el momento procesal en el que se adopte. Para ello el punto 3 de dicho artículo exige que la víctima sea informada de la adopción de esa decisión de archivo de la causa penal.

En ese contexto, la legislación procesal española no limita el derecho a la notificación de resoluciones a las de puro archivo o sobreseimiento (art. 12 Ley 4/2015), sino que lo hace extensible también a otra serie de resoluciones contempladas en el art. 7 Ley 4/2015, por ejemplo, sobre la prisión o puesta en libertad, en su caso, del infractor o aquellas que puedan afectar a la seguridad de la propia víctima y la sentencia que ponga fin al proceso. También en la fase de ejecución, el art. 13 Ley 4/2015 contempla importantes previsiones de notificación de resoluciones a los efectos de su impugnación, aun sin haber sido parte en el proceso.

En esa misma línea el art. 105 del anteproyecto contempla que se notifiquen las resoluciones sobre la situación personal de la persona encausada, las resoluciones de archivo o sobreseimiento o de apertura del juicio oral y a la sentencia que se dicte en cualquier instancia y recurso.

En el anteproyecto la notificación de las mencionadas resoluciones es considerado un derecho renunciabile de forma expresa (art. 105.3), lo que, si bien no representa una verdadera novedad, sí lo es en el modo en que se plantea, pues con la actual Ley 4/2015 (art. 5.1.m) la víctima es la que tiene que solicitar expresamente que se le practiquen el resto de las notificaciones aludidas, salvo para la notificación del auto de sobreseimiento.

5. DERECHO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROCESALES PARA EVITAR LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

Una de las principales preocupaciones de la normativa vigente es el de evitar que el proceso penal acabe siendo un elemento más de victimización secundaria (expresamente en el art. 12 Directiva 2019/29/UE; indirectamente en los arts. 20 y 21 Ley 4/2015) y que provoque más daños sobre la misma¹⁶.

El anteproyecto insiste en la idea de la “prohibición de victimización secundaria” (art. 103), lo que se traduce esencialmente, en el plano netamente procesal, en que se le reciba declaración sin dilaciones indebidas; en que el reconocimiento médico, en su caso, se limite a los casos necesarios a los fines de la investigación; en que tanto su declaración como el reconocimiento médico no se tenga que repetir, salvo situaciones imprescindibles a los fines del proceso.

Esa consideración general estaría acompañada de las especiales medidas que se adoptarían con respecto a las víctimas en situación de especial vulnerabilidad, para las que mediante resolución judicial motivada reconociéndoles dicha condición, se debería acordar que se evite la confrontación directa con la persona encausada.

Se trata de disposiciones que son esencialmente coincidentes con lo previsto en los arts. 20 y 21 Ley 4/2015, si bien estos son más ricos en detalles. Igualmente, el art. 112 del anteproyecto recoge la protección de la intimidad, como actualmente hace el art. 22 Ley 4/2015.

6. OTROS DERECHOS PROCESALES

No contiene el anteproyecto ninguna referencia al derecho de la víctima al reembolso de gastos ocasionados por su participación en el proceso (art.

¹⁶ Sobre este respecto véase VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID”, en *El estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, 1-34 (consulta on line www.tirantonline.com).

14 Ley 4/2015), pero al menos sí establece que “La acusación particular o privada o el actor civil solo serán condenados al pago de las costas cuando resulte de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe” (art. 153.3).

Sí, en cambio, hay una referencia expresa a recibir información sobre el derecho a la justicia gratuita (art. 140.1.e), sin indicar cómo y ante quién se puede presentar esa solicitud como hace el art. 16 Ley 4/2015 y al carácter gratuito de la asistencia de intérprete y traductor (art. 108).

Por último, cabe apuntar que también se recoge la previsión general del derecho de la víctima a su protección (art. 110) que, si bien no solo se proyecta sobre el proceso, en éste puede tener el efecto de que se adopten las medidas cautelares adecuadas o, incluso, hacer uso del mecanismo de protección de testigos.

7. OTROS ASPECTOS NO ESTRICTAMENTE PROCESALES DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA

El anteproyecto incorpora a su texto otro tipo de previsiones, también en buena medida ya contempladas en la legislación actual, que no tienen necesariamente una proyección procesal¹⁷, sino que están destinadas a reforzar la protección de la víctima frente al victimario. Muchas de esas previsiones deben llevarse a cabo por otras autoridades distintas a los protagonistas del proceso penal, por lo que su referencia en un texto normativo-procesal no parece justificada en todo supuesto.

Es el caso del art. 104 del anteproyecto (que es una reproducción bastante apegada a la letra del actual art. 5 Ley 4/2105), relativo a la información sobre servicios y organizaciones que prestan asistencia a las víctimas y las medidas de carácter psicológico, médico o económico a su disposición, incluyendo la posibilidad de obtener un alojamiento alternativo; así como a obtener información sobre el tipo de protección que puede solicitar y los servicios jurídicos a disposición (asistencia jurídica gratuita, mediación, traducción e interpretación...).

Lo anterior está en línea con la previsión del art. 111 sobre el derecho de la víctima al acceso a los servicios de asistencia y apoyo que dicho artículo remite a su fijación mediante reglamento, de modo que se recoge así lo previsto en el art. 10 Ley 4/2015.

¹⁷ Sobre esta catalogación de derechos no procesales la víctima del delito puede verse GÓMEZ COLOMER, J.L., “Los (futuros) nuevos derechos de la víctima en el proceso penal español”, en *El proceso penal en la encrucijada*, Castellón, 2015, 591-644.

V. EL RÉGIMEN DE LA ACCIÓN CIVIL Y SU INCIDENCIA EN EL ESTATUTO DE LAS PARTES CIVILES.

La regulación de la acción civil acumulada en el proceso penal propuesta en el anteproyecto es un reflejo del régimen legal y jurisprudencial actual, si bien la plasmación normativa de ciertos criterios jurisprudenciales debiera contribuir, en su caso, a zanjar algunas cuestiones todavía abiertas en los tribunales. Así pues, las principales novedades residen en dar entidad legal a ciertos aspectos relevantes que se destacarán a continuación. Ahora bien, desde un plano estrictamente de política legislativa puede afirmarse que en este punto el anteproyecto es continuista, sobre todo en orden a permitir con bastante amplitud la acumulación de pretensiones de naturaleza heterogénea en el proceso penal, a pesar de lo que se afirma en su exposición de motivos.

Cabe apuntar que, con mayor evidencia que con el estatuto de la víctima no personada, el régimen de la acción es un práctico trasunto (con sus erratas y todo) de la propuesta que en su día se formuló con el anteproyecto de 2011, salvo dos aspectos concretos que se señalarán.

El estatuto de las partes civiles en la propuesta de nuevo proceso penal se recoge en el capítulo VII del Título II (de “Los sujetos del proceso”) del Libro I (Disposiciones Generales), y pone el acento en los sujetos contra los que se puede dirigir la pretensión civil acumulada, pues mientras dedica una sección al actor civil (arts. 130 y 131), dedica tres secciones a los sujetos civiles pasivos, que reagrupa del siguiente modo: terceros responsables civiles (arts. 132 y 133), régimen de las compañías aseguradoras (art. 134 a 136) y terceros afectados no responsables (arts. 137 a 139). No existe ninguna referencia en dicho capítulo al encausado como responsable civil, sin perjuicio de las normas dispersas en el articulado que así lo identifican.

Las referencias relativas a la intervención de las partes civiles recogidas en los artículos acabados de señalar vienen precedidas de una sección que bajo el título de “ejercicio de la acción civil” establece de manera sistemática parte de los principios relativos al régimen de la acumulación de pretensiones civiles, si bien a este respecto hay otras muchas normas en el texto articulado que, reiterativas o no, también inciden en este punto (así los arts. 19.14, 87.3, 89.1.d, 109, 114.2, 119-II, 122.3...) y que serán objeto del debido apunte en su momento.

Esa sección se refiere solo a una parte de los principios sobre la pretensión civil acumulada, pues se limita a establecer el régimen de acumulación y desacumulación de la acción civil *ex delicto* desde la perspectiva de los efectos, tanto de procedibilidad como de vinculación de pronunciamientos,

en los diferentes órdenes jurisdiccionales que pueden verse implicados. Es un aspecto de suma importancia pero desatiende otra cuestión de primer orden como sería, dado que en la exposición de motivos se alude a una “modulación” del “sistema de tutela civil acumulada”, a la posibilidad de acotar desde una perspectiva objetiva el contenido de las pretensiones de restitución¹⁸, reparación o indemnización; cuestión que la jurisprudencia maneja con suma amplitud (introduciendo por ej. las cuestiones atinentes a la eficacia de los negocios jurídicos afectados), lo que ha permitido la introducción en el proceso penal de cuestiones que escapan considerablemente de sus objetivos y que pueden ser resueltos, con mayores garantías técnicas incluso, por los tribunales del orden civil mediante normas de articulación de los procesos penales y civiles conexos.

Sin duda implicaría un gran cambio en nuestra cultura jurídica que se limitaran las pretensiones civiles acumulables en el proceso penal a las de naturaleza puramente posesoria (recuperar lo perdido por acción del delito) y reparatoria-indemnizatoria pecuniaria. Pero con toda seguridad evitaría “desvirtuar” el objeto de la acción civil *ex delicto* acumulada.

En este sentido el proyecto de Código procesal penal propuesto en 2013 sí presentaba un marco más general del régimen de la acción civil al establecer tanto un “contenido”¹⁹, como los “principios” que deberían regirla²⁰, y los efectos de litispendencia²¹ y de declaración de hechos probados en otras jurisdicciones²².

¹⁸ Sería conveniente determinar el alcance de las pretensiones restitutorias que pudieran ejercitarse de forma acumula, respecto de las cuales no se dice otra cosa que, en sede de las medidas cautelares patrimoniales, lo dispuesto en el art. 286: “Restitución. Lo dispuesto en este capítulo se observará también respecto de cualquier pretensión que tenga por objeto la restitución a su legítimo titular de alguno de los efectos o instrumentos del delito que estuvieran en poder de un tercero”.

¹⁹ Art. 97: “Contenido de la acción civil. Puede formar parte del objeto del proceso penal la acción civil fundada en la afirmación de la causación de un perjuicio por el mismo hecho, con la finalidad de la obtención de la restitución del bien o de la situación jurídica perturbada, la reparación del daño o la consecución de la indemnización que corresponda”.

²⁰ Art. 98: “Principios. La acción civil derivada del hecho punible se rige por los principios de justicia rogada y dispositivo”.

²¹ Art. 100: “Efectos de la litispendencia. 1.- No podrá ejercitarse simultáneamente la acción civil derivada del delito antes dos órdenes jurisdiccionales distintos. Quedará en suspenso el proceso no penal en la forma en que dispongan las Leyes reguladoras de los respectivos órdenes jurisdiccionales. 2.- La presentación de una demanda civil de protección del honor extingue la acción penal por injurias o calumnias.

²² Art. 101: “Efecto de la declaración de hechos probados de la sentencia penal en otros procesos ante otros órdenes jurisdiccionales. 1.- La declaración de inexistencia del hecho realizada por la sentencia penal será vinculante para el Tribunal de otro orden jurisdiccional que conozca de un proceso posterior. La declaración de un Tribunal penal de no haber quedado probado el hecho no impedirá al Tribunal de otro orden jurisdiccional una declaración fáctica basada en las reglas sobre carga de la prueba, presunciones legales o valoración probatoria distintas a las que rigen en el proceso penal. 2.- En todo caso la declaración de hechos probados de la sentencia penal será vinculante para las Administra-

VI. PRINCIPALES NOVEDADES PROPUESTAS EN MATERIA DE ACCIÓN CIVIL Y SU EJERCICIO.

1. LA DEFINITIVA ELIMINACIÓN DEL PRINCIPIO *LE CRIMINEL TIENT LE CIVIL EN ÉTAT*

A diferencia de lo que actualmente se dispone en el art. 114-I LECrim 1882 (“Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho...”), el art. 127.1 del anteproyecto establece, en un sentido prácticamente contrario y como supuesto de desacumulación de la acción civil en el proceso penal, que “La presentación de una demanda de reclamación de responsabilidad civil derivada de delito ante los tribunales del orden civil impedirá el ejercicio de la acción de esta naturaleza en el proceso penal”.

De este modo se pondría fin a la vigencia en nuestro sistema procesal del clásico principio *le criminel tient le civil en état*, que alguna doctrina ya ha dado por derogado tácitamente con el actual régimen de la prejudicialidad penal en el proceso civil²³.

La propuesta estaría en clara lógica con otras previsiones del anteproyecto como son, por una parte, que, también contrariamente a lo dispuesto en el actual art. 112-I LECrim 1882 según el cual como principio “ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil...”, la acumulación de la acción civil es completamente facultativa para su titular al disponer el art. 126.1 que “En los procesos que se sigan ante los tribunales podrá ejercitarse la acción civil...”, lo que refuerza el principio dispositivo en los términos que después se comentará; y de otra parte se introduce la novedad de que el órgano jurisdiccional competente podría acordar, y provocar la desacumulación de esa acción civil, mediante la “exclusión” de su ejercicio (art. 126.2), lo que en caso de suceder no debiera impedir que el interesado que la planteara de inmediato ante la jurisdicción civil.

El art. 128 en sus apartados 1 y 2 establece los supuestos de extinción de la acción civil en términos muy similares a lo que prevén los actuales arts. 115 y 116 LECrim 1882, y el apartado 3 del art. 128 viene a recoger con carácter general lo dispuesto actualmente en el art. 782.1 LECrim 1882 en el caso de determinados supuestos de exención de responsabilidad penal y la continuación del procedimiento abreviado para la sola determinación de la responsabilidad civil, con una referencia novedosa para el caso de que la

ciones Públicas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y para los Tribunales de lo contencioso-administrativo en el control judicial de la misma”.

²³ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), Pamplona, 2020, 488.

exención de responsabilidad penal se aprecie tras la celebración del juicio oral.

2. LA POSIBLE DESACUMULACIÓN JUDICIAL DE LA ACCIÓN CIVIL

Como se acaba de apuntar, el anteproyecto introduce la posibilidad de que el Juez de Garantías tenga que “Resolver sobre la exclusión de la acción civil cuando esta pueda originar retrasos graves en la tramitación del procedimiento” (art. 19.14). Dicha situación vendría provocada por la petición que en dicho sentido tendría que plantear el fiscal (art. 126.2), por lo que cabe suponer que o bien la víctima del delito ya ha solicitado medidas en dicho sentido (art. 279-I) o bien el propio fiscal que, como se verá, está obligado a solicitarlas en virtud del deber que le impone entre otros el artículo 89.1.d) del anteproyecto, pretende desacumular o reservar a su ejercicio. Para su resolución el Juez de Garantías debería oír a todas las partes “personadas” y, por lo tanto no participaría en dicho trámite la víctima que no se haya constituido ni en acusación particular ni en actor civil, y no está previsto que en tal caso se le notifique la resolución que adopte el juez al respecto.

Por la alusión al Juez de Garantías se diría que la posibilidad de dicha solicitud se limita a la fase de investigación, y en ambos artículos se justifica en los “retrasos graves” que puede originar en la “tramitación de la causa”, en expresión del art. 126.2 que por su parte ha de estar motivada por “la especial complejidad de la determinación de la responsabilidad civil”, esto es, o bien en su concreción objetiva o bien subjetiva, o “por el alto número de afectados”, lo que traslada el problema al aspecto que comentaremos más adelante sobre los sujetos legitimados activamente y sus distintas posibilidades de actuación en el proceso penal, pero valga avanzar que ya denota una intencionalidad en facilitar que el proceso penal no sea el instrumento legal apropiado para conseguir como principal objetivo la satisfacción de pretensiones meramente resarcitorias o pecuniarias.

Además, y a diferencia del proyecto de Código procesal penal de 2013 (art. 100: “No podrá ejercitarse simultáneamente la acción civil derivada del delito ante dos órdenes jurisdiccionales distintos”), no se contiene una declaración de litispendencia sobre la acción civil, de modo que incluso de la lectura del art. 127 puede llegar a deducirse que aunque en el proceso penal se estén adoptando decisiones en ese sentido, “la presentación de una demanda civil... impedirá el ejercicio de la acción” civil en el proceso penal, sin especificar si dicha demanda ha de ser previa al proceso penal

o puede ser incluso posterior a su iniciación y provoque de ese modo su desacumulación.

3. LA DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL EN OTROS PROCESOS

El actual régimen legal de la acción civil, salvo en el caso de su extinción por inexistencia del hecho en los términos del art. 116 LECrim 1882, no resuelve el problema de los efectos que una sentencia penal puede tener en un posterior proceso (generalmente civil, pero podría ser de otra naturaleza) y esta cuestión ha tenido que ser resuelta casuísticamente por la jurisprudencia²⁴. El origen de dicho problema se limita actualmente a los supuestos en los que se formula una reserva de dicha acción en los términos del art. 112 LECrim 1882 o en aquellos casos en los que el tribunal penal, como consecuencia de la eventualidad o contingencia de su competencia²⁵, no puede pronunciarse sobre la pretensión civil acumulada al dictar un fallo absolutorio desde el punto de vista penal. Este criterio se mantiene en la propuesta de la futura ley en su art. 128 sobre la extinción de la acción civil, en particular de su punto 3 que se expresa así: “También podrá ejercitarse la acción civil ante la jurisdicción de ese orden cuando el acusado sea considerado exento de responsabilidad criminal por causa que, según lo dispuesto en el Código Penal, no conlleva la extinción de la responsabilidad civil”. En la actualidad esa posibilidad se limitaría a los casos previstos en el art. 119 CP y el art. 782.1-I LECrim 1882.

El anteproyecto también prevé la reserva de la acción por parte de su titular (art. 115.2), impidiendo así que la ejercite el fiscal (art. 87.3). Si además se añaden, como se han expuesto, otras situaciones como que se acuerde judicialmente la desacumulación de la pretensión civil o que su titular la haya planteado directamente ante otro orden jurisdiccional (en cuyo caso podría entrar en juego el art. 40 LECiv 2000), en tal caso se multiplican los supuestos en los que ha de ser conveniente que se establezcan legalmente los efectos que pueda tener la sentencia penal dictada en primer lugar.

²⁴ Una detallada exposición sobre esta cuestión puede verse en MARTÍN PASTOR, J., “Efecto vinculante de la declaración de hechos probados de la sentencia penal en un proceso posterior”, en Justicia: revista de derecho procesal, nº 2, 2019, 199-234. Y un extenso análisis en JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, cit., 417-467.

²⁵ Es el efecto del aforismo *iudex criminalis no potest expresse absolvere a criminalitate et eudem civiliter condemnare*. Se trata de un principio también afirmado por la jurisprudencia: SsTS 841/2017, de 21 de diciembre; 1061/2005 de 30 septiembre; 1288/2005 de 28 octubre.

Ya se ha dicho que el art. 128.1 tendría el mismo efecto extintivo de la acción civil que el actual art. 116 LECrim 1882. Pero además el anteproyecto dedica el art. 129 a determinar la eficacia de la sentencia penal en un posterior “proceso civil”.

En primer lugar procede llamar la atención de que este artículo, al igual que el art. 127, también se refiere “a la presentación de demanda ante la jurisdicción civil”, pero de forma distinta a como sí hace el art. 128.2 del propio anteproyecto al contemplar el ejercicio de la acción civil tras la extinción de la acción penal, no se refiere a la posibilidad de que aquella pretensión se pueda plantear “ante la jurisdicción y por la vía que proceda”, con lo que cabría estimar que las reglas de vinculación que a continuación se exponen también operarían en el caso de que tras la sentencia penal se promueva, por ejemplo, un proceso contencioso-administrativo.

El art. 129 en sus dos apartados propone dos tipos de reglas de vinculación entre pronunciamientos judiciales partiendo de dos supuestos distintos, pero que tienen como punto en común que otorgan naturaleza de cosa juzgada a la declaración de los hechos probados. En ambos puntos la propuesta se presenta insuficiente y no exenta de cuestiones sin resolver.

El primer supuesto se refiere a que no se haya ejercitado la acción civil de forma acumulada, en cuyo caso el efecto prejudicial se limita “a la existencia del hecho y la participación atribuida al acusado” (art. 129.1), es decir, a elementos estrictamente fácticos que tendrían que pasar a formar parte del relato de los hechos de la sentencia posterior, sin establecer ningún tipo de vínculo en cuanto a otro tipo de apreciaciones más propiamente jurídicas o sobre las consecuencias jurídicas no penales de aquellos hechos.

Tanto la doctrina²⁶ como la jurisprudencia²⁷ siempre han manifestado cierto recelo hacia este tipo de efectos vinculantes de los pronunciamientos

²⁶ Es el caso de GASCÓN INCHAUSTI, F., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014 (49/2014)”, en Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil, nº 6, 2016, 259-273.

²⁷ No obstante sí se ha establecido un ámbito en el que puede darse dicha vinculación. Véanse las SsTS de la sala civil 1190/1999 de 31 de diciembre; 1116/1994 de 1 de diciembre; y su aplicación por la SAP Barcelona, secc. 1ª, de 17 de febrero 2003.

Al mismo tiempo se ha planteado el llamado “efecto consuntivo” de la acción civil por la sentencia penal y que se basaba en que los arts. 142.5.º II y 742.º II LECrim contenían imploratio iudicis officio que permitía al órgano penal pronunciarse sobre cualquier aspecto de la responsabilidad civil *ex delicto*, por lo que la sentencia penal condenatoria valía tanto por lo que contiene, como por lo que omite. En este sentido es representativa la STS (1ª) 619/2016, de 10 de octubre (y sobre todo su voto particular), que descarta el tradicionalmente ‘efecto consuntivo’ de la acción civil por la sentencia penal. Pero siempre hemos mantenido que dicho criterio era contrario al principio dispositivo, a lo dispuesto en el art. 222 LEC y al derecho a la tutela judicial efectiva. Sobre este aspecto véase también ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Valencia, 2000, 113-121.

judiciales que, aunque puedan contribuir a reforzar el valor constitucional de la seguridad jurídica, inciden en otros principios o derechos constitucionales como la independencia judicial y el derecho a la tutela judicial de aquellas personas que no han sido parte en el proceso penal de cuya sentencia se quieren tomar ciertos hechos como probados.

El art. 129 implicaría un automatismo en la vinculación de los hechos declarados probados, lo que siempre ha tratado de evitar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; pero también daría respuesta a la exigencia que el propio TC ha fijado de que el predominio de un orden jurisdiccional sobre otro debe tener su respaldo expreso en la ley²⁸.

Por otra parte, dicha regla de vinculación, sin entrar a discutir si se trata realmente de un supuesto de cosa juzgada, deja por resolver múltiples situaciones en las que podría ser conveniente dicha vinculación, y así está haciéndolo la jurisprudencia en algún supuesto, al establecer una vinculación en casos de absolución por razones distintas a la inexistencia del hecho. Baste citar como ejemplo más sencillo y objetivo la absolución por haber quedado demostrada la no participación del encausado en los hechos, admitido por la jurisprudencia sin cuestionamiento, pero también el no menos evidente de la absolución penal por apreciar el tribunal de ese orden que no concurren los elementos subjetivos para valorar jurídicamente los hechos probados como de naturaleza penal. ¿Es razonable desaprovechar ese pronunciamiento para facilitar una posterior tutela civil de los derechos de los afectados por los hechos probados en vía penal?²⁹

En el segundo supuesto, el art. 129.2 establece que “Si se ha ejercitado la acción civil en el proceso penal, la sentencia condenatoria producirá el efecto de cosa juzgada respecto de aquella tanto frente a quienes la hayan

²⁸ La doctrina del TC a este respecto puede verse en las siguientes resoluciones: SsTC 62/1984, 21 mayo; 158/1985, 26 noviembre, 204/1991, 30 octubre, 30/1988, 29 febrero; 59/1996, 15 abril; 15/2002, de 28 de enero; 16/2008, de 31 de enero y 17/2008, de 31 de enero.

²⁹ La STS (Sala de lo Civil) 963/2011, de 11 de enero de 2012 (FD 7º), ha señalado que “tampoco puede tenerse por penalmente responsable de un hecho a quien no hubiera sido acusado del mismo, por más que una sentencia penal condenatoria se aventure a afirmar su participación en ese hecho al juzgar a otro acusado distinto” y que “incluso tratándose de sentencias penales condenatorias firmes, su efecto vinculante no puede ser tan enérgico como para quebrantar la proscripción de indefensión establecida en el art. 24 de la Constitución. Por eso la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 2003 (rec. 4145/97) declara que el principio de identidad entre los litigantes, propio de la cosa juzgada, impide extender el efecto vinculante de la sentencia penal condenatoria a quienes no hubieran sido partes en el proceso penal.

En concreto, la STS (Sala de lo Civil), 936/2003, de 10 de octubre (FD 2º), puso de manifiesto que no se podía aplicar el efecto de cosa juzgada de la sentencia penal sobre sujetos demandados en un proceso civil que no habían sido parte en un proceso penal previo.

ejercitado directamente como frente a aquellas personas a cuyo favor la haya ejercitado el Ministerio Fiscal”.

La interpretación de la norma debe hacerse a partir de lo que reza la rúbrica del art. 129 (“Eficacia de la sentencia penal en el posterior proceso civil”), de modo que aunque trataría de establecer el efecto excluyente de la cosa juzgada sobre la acción civil ejercitada por el ministerio fiscal, también se deriva un efecto positivo prejudicial respecto de otros procesos en los que se formulen pretensiones civiles reflejas o derivadas de la condena civil impuesta en el proceso penal; es decir, las que ejerciten aquellos que el art. 99.2 identifica como perjudicados indirectos. Pero en ambos casos, la duda reside en determinar por qué se alude exclusivamente a la sentencia penal que impone una condena civil.

4. EL REFUERZO DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO SOBRE LA ACCIÓN CIVIL

Sin llegar a establecer los principios que deben regir el ejercicio de la acción civil, como sí hacía el borrador de Código procesal penal de 2013³⁰, en el anteproyecto de 2020 también queda patente que se trata de una pretensión de naturaleza iusprivativa a la que se le aplican los principios propios de esa clase de pretensiones procesales, lo que en todo caso habría que plantear si no es contradictorio con el constante uso que hace el Derecho penal sustantivo de la reparación de la víctima como elemento clave en la determinación de las consecuencias punitivas y el cumplimiento de las penas³¹. No obstante, la jurisprudencia actual también reitera que son los principios propios del proceso civil los que afectan al régimen de la acción civil *ex delicto*³².

El titular de la acción civil como se ha visto anteriormente no solo tendría la facultad de determinar cuándo y ante qué orden jurisdiccional la ejercita, sino que con el texto que se propone tendría además la facultad de ser el único legitimado procesal para su ejercicio, impidiendo de este modo que también el fiscal formulase una pretensión de dicha naturaleza, tal y como ocurre en la actualidad.

³⁰ Su art. 99 establecía: “La acción civil derivada del hecho punible se rige por los principios de justicia rogada y dispositivo”.

³¹ HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo”, en *InDret*, nº 4/2014, 1-30.

³² La jurisprudencia ha mantenido que su ejercicio en el contexto del proceso penal no condiciona su naturaleza sustantiva y sus principios procesales, que son los mismos del proceso civil. En este sentido SsTS 65/2018, de 9 de abril; 390/2017, de 30 de mayo; 179/2017, de 22 de marzo; 758/2016, de 13 de octubre.

Así se desprende de una parte de la redacción del art. 114.2 al disponer que “Cuando la víctima no se haya personado como acusación particular ni como actor civil, ejercerá la acción civil en su interés el Ministerio Fiscal, salvo que aquella, expresamente, se reserve dicha acción o renuncie a ella”; es decir, el fiscal solo puede ejercitar dicha acción en defecto de acusación particular o actor civil, y demás circunstancias, siempre que no medie reserva o renuncia.

La naturaleza de la legitimación del fiscal para actuar en interés del titular de la acción civil no se define en el texto, a diferencia de lo que hacía el art. 57 del anteproyecto de Código de 2013 que la calificaba de “legitimación por sustitución”. Ahora bien, como hemos dicho en otro trabajo, se trata en todo caso de una legitimación *ex lege* basada en un interés público o general por la indemnidad de las personas sobre las que recae una acción criminal³³. En esta misma línea, Hortal Ibarra apunta que la única justificación para que el fiscal esté legitimado para el ejercicio de esta acción ha de estar en la existencia de un interés público en su ejercicio, por lo que no se explica que si el anteproyecto, como se ha dicho, refuerza los principios dispositivo y de aportación de parte no haya optado por apartar definitivamente al fiscal de este tipo de pretensión, dejando su acumulación en el proceso a la decisión expresa y afirmativa de su único titular. O, en otro caso, dar mayores atribuciones al propio fiscal para un ejercicio de tal pretensión no condicionado por la voluntad de aquél.

Por su parte, el principio de justicia rogada en esta materia también quedaría puesto de manifiesto tanto cuando para la adopción de medidas cautelares reales se exige petición de parte (art. 277.1), como cuando se limita la legitimación para su solicitud a “quienes puedan ejercitar la acción civil en el proceso penal con arreglo a lo dispuesto en esta ley” (279-I).

5. LA INTRODUCCIÓN DE LA FIGURA DE LOS TERCEROS AFECTADOS NO RESPONSABLES

Entre las principales novedades que pretende introducir el anteproyecto de LECrim 2020, siguiendo una vez más lo que ya se preveía en el correspondiente de 2011, está la regulación del estatuto de aquellos sujetos a los que denomina terceros afectados no responsables.

³³ JUAN-SÁNCHEZ, R., “Proceso penal y litigios masa: análisis de la acción civil ex delicto para la satisfacción de intereses o derechos individuales plurales y conexos”, en *Litigiosidad masiva y eficiencia del proceso civil* (coords. Cucarella Galiana y Ortells Ramos), Pamplona, 2019, 224-226.

La exposición de motivos justifica su introducción en que se trata de una figura admitida jurisprudencialmente. Ahora bien, este concepto de tercero afectado trasciende la pura responsabilidad civil, pues también alcanza a quien se ve afectado por un comiso adoptado en el seno del proceso penal. Por eso la propuesta de código procesal penal de 2013 no la regulaba en el estricto ámbito de la acción civil y le otorgaba autonomía respecto del resto de partes procesales³⁴.

Desde la estricta responsabilidad civil su toma en consideración es consecuencia de la excesiva amplitud con la que los tribunales están tratando la pretensión de restitución, que hacen extensible a la anulación o nulidad de los negocios jurídicos afectados por los hechos enjuiciados criminalmente. Como hemos dicho, este aspecto debería acotarse legalmente pues es contrario al propio deseo expresado por el prelegislador de “modular” la tutela civil acumulada en el proceso penal. Si, como hemos sugerido, la pretensión de restitución tutelara estrictamente el derecho de posesión, y se trasladara a un posterior proceso civil el tratamiento de cualesquiera otras consecuencias jurídicas de los hechos criminales, no habría necesidad de introducir esta nueva figura que aporta más complejidad al propio proceso penal.

Pero, por otra parte, podría valorarse hasta qué punto la previsión de la desacumulación judicial de la acción civil del art. 126.2 pudiera encontrar más fácil aplicación precisamente ante las situaciones de los terceros afectados que requerirán de un considerable esfuerzo en el conjunto del proceso que se tramite.

A la regulación de esta figura el anteproyecto dedica la sección 5ª dentro del capítulo VII (del Título II, del Libro I) sobre las partes civiles, en concreto los arts. 137 a 139.

El art. 137 de una parte, en su punto primero, determina el ámbito de aplicación de esa sección quinta para cuando los “derechos de terceras personas puedan verse directamente afectados por algún pronunciamiento penal o civil o por la adopción de alguna medida cautelar”. Cabe suponer que el pronunciamiento penal será el relativo al comiso y que las medidas cautelares lo serán en todo caso de carácter real.

³⁴ La propuesta de 2013 iba más allá, pues en realidad con la figura del “tercero afectado” pretendía englobar a todo tercero que tuviera que responder en el seno del proceso penal, incluyendo por lo tanto también a los terceros responsables civiles. Decía así el art. 74.2 de aquella propuesta: “Son terceros afectados los responsables civiles y las personas que ostenten derechos en las situaciones, relaciones jurídicas o bienes de cualquier naturaleza sobre los que recaigan los pronunciamientos penales o civiles de la sentencia”.

El art. 137.2 concreta la condición de tercero afectado, tomando esa referencia inicial, pero de forma negativa: “Se consideran terceros afectados por estas medidas a quienes, no teniendo la condición de encausados, responsables civiles o perjudicados, ostenten la titularidad de los bienes que hayan de ser decomisados o destruidos o de un derecho real o de crédito que haya de verse irremediabilmente perjudicado”.

En el art. 138 se establece su participación en el proceso por remisión a lo dispuesto para los responsables civiles en los arts. 132 y 133 (si bien el anteproyecto se refiere a los arts. 131 y 132 todo apunta que se trata de un error tipográfico). Así pues, en línea con lo expuesto en la exposición de motivos en el sentido de que la acción civil se ejercite en la fase intermedia, estos terceros no podrían intervenir en la fase de investigación, sin perjuicio de que sí podrían presentar escrito de defensa y participar en el juicio oral (art. 132). Solo en caso de que durante la investigación se adoptase una medida que les concerniera directamente se abriría la pieza para su intervención prevista en el art. 133, que después se comentará y que es una traslación básica de lo dispuesto actualmente en los arts. 616 y ss. LECrim 1882.

El apartado uno del art. 139.1, de manera deficiente, se refiere a los pronunciamientos que la sentencia debe hacer respecto de estos terceros, que se limitará a pronunciarse sobre la “procedencia de la medida interesada y de los derechos de los terceros por ella afectados”. Por su parte el apartado dos indirectamente viene a establecer otro supuesto de vinculación entre tribunales pues establece que “Cuando, aun reconociéndose la legitimidad de la posición jurídica del tercero, deba adoptarse una medida que perjudique sus intereses, el tribunal sentenciador podrá reconocer el derecho de aquel a obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados, que podrá exigirse, en su caso, por el procedimiento o ante el órgano competente”. Se trata de una norma que exige que el tribunal penal tenga que formular otras valoraciones que no las estrictamente penales y civiles derivadas de las pretensiones hechas valer en el proceso, como la legitimidad o no de la posición jurídica del tercero y el derecho de este, en su caso, a obtener una indemnización en otro proceso. Nos parece que sería más sencillo y apropiado establecer que el tribunal penal deberá pronunciarse sobre la “medida interesada” sin perjuicio de los derechos que las partes puedan hacer valer ante otras instancias judiciales.

VII. EL ACTOR CIVIL: LEGITIMACIÓN Y SU ESTATUTO PROCESAL

Sin introducir ningún cambio significativo sobre el titular de la pretensión civil, formalmente el anteproyecto incorpora una regla de legitimación para el ejercicio de la misma. El art. 131, en sus dos apartados, reconoce dicha legitimación a las personas que actúen en el proceso penal como acusadores particulares o privados (apartado uno); o bien a la víctima (o sus herederos), en calidad de actor civil (apartado dos).

En definitiva, la verdadera regla de legitimación recae sobre quien tiene la condición de víctima del delito en los términos que fija el art. 99 del mismo anteproyecto, y lo que hace el art. 131 es determinar el estatuto procesal bajo el que puede ejercitarse dicha acción, en un caso de forma acumulada con la acción penal (para el acusador particular o privado), en otro de forma exclusiva (para el mero actor civil).

Pero lo que olvida el anteproyecto es fijar lo que en otros trabajos hemos denominado la situación legitimante³⁵, es decir, se olvida de establecer que el punto de partida es haber sufrido o soportado daños restituibles o resarcibles, pues si esa es base propia para tener la condición de perjudicado (el art. 99.1.b lo identifica con “la persona que haya sufrido un perjuicio directamente derivado de los hechos punibles”) no lo es en todo caso para ser considerada persona “ofendida por la infracción” por la razón obvia de que no todo tipo penal se define desde dicha perspectiva (por ej. el delito de amenazas) o bien por que el grado de ejecución del delito (por ej. la tentativa) impide que aparezcan esos daños resarcibles. Por lo tanto, en realidad el acusador particular debería ejercitar acumuladamente la acción solo cuando también haya sido, a su vez, perjudicado.

Pero son otras muchas las cuestiones que deja sin atender esta manera de regular la legitimación para el ejercicio de la acción civil. Recuértese que, al tratar del concepto de víctima que maneja el prelegislador en el art. 100, se afirma que en el caso de los delitos contra “intereses públicos o colectivos” no se reconocerá la condición de víctima “a ninguna persona o ente, público o privado”. Pero no obstante el apartado dos de ese mismo artículo sí concede expresamente la posibilidad de que las Administraciones públicas que “hayan sufrido un perjuicio patrimonial” ejerciten tanto la acción penal como la civil, es decir, se establece una regla específica de legitimación.

³⁵ JUAN SÁNCHEZ, R., *Legitimación en el proceso civil: los titulares de la acción: fundamentos y reglas*, Pamplona, 2014, 131-137.

Las dudas surgen con la conceptualización de los denominados intereses colectivos. Sin perjuicio de remitirnos a lo que se ha dicho anteriormente en el epígrafe III, es preciso aportar las siguientes referencias para la interpretación e integración del art. 100, sobre todo en aquellos fenómenos cada vez más frecuentes de los llamados delitos masa, delitos pluriofensivos³⁶. Hay que tener en cuenta que el anteproyecto, a la par que priva a las acusaciones populares de ejercitar la acción civil (art. 122.3), en nuestra opinión muy acertadamente³⁷, en el art. 113.3 establece que “La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de estas, siempre que ello sea expresamente autorizado por la víctima del delito”, y aunque no se refiere expresamente al ejercicio de la acción civil cabría suponer que en aplicación del art. 130.1 sobre su ejercicio por la “acusación particular” sería posible su ejercicio en esos mismos términos que se prevé para la acción penal, es decir, en defensa de los derechos de las víctimas y previa autorización de las mismas”.

El punto anterior es un claro trasunto del actual art. 109 bis.3 LECrim 1882 que establece que “La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito”, que tampoco se refiere expresamente a la acción civil, pero a las que sí se les permite ese el ejercicio de la acción acumulada en nombre de dichas víctimas³⁸.

Pero todas esas previsiones no son suficientes, por eso, y sin perjuicio de la genérica aplicación supletoria de la legislación procesal civil, sería muy conveniente que se hiciera al menos una remisión a las normas de legitimación en materia de consumidores u usuarios, o en su caso, de expresa exclusión si ese fuese el propósito del prelegislador.

³⁶ Además del citado JUAN-SÁNCHEZ, R., “Proceso penal y litigios masa...”, sobre este particular deben tenerse en cuenta las reflexiones de Gascón Inchausti, F., “Proceso penal y tutela colectiva de los consumidores: algunas cuestiones controvertidas”, en *Cuestiones actuales sobre la tutela de los consumidores: tutela civil, penal y arbitral* (coord. Cubillo López), Pamplona, 2010, 125-181; y más recientemente MALLANDRICH MIRET, N., “Algunas reflexiones sobre la intervención del consumidor como parte civil en el proceso penal español”, en *Revista Eletrónica de Direito Processual, REDP (Brasil)*, nº 3, 2020, 475-499.

³⁷ Véase ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles...*, cit., 230-235.

³⁸ Incluso con anterioridad la jurisprudencia ya había reconocido dicha posibilidad, constituyendo una referencia en este sentido la sentencia dictada en el conocido caso de la Colza (STS 895/1997 de 26 septiembre). Puede verse al respecto JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, cit., 277-283. En el mismo sentido De Luís García, E., “Tutela de los intereses colectivos y difusos en el proceso penal”, en *InDret*, nº 4, 2018, 16.

En cuanto al estatuto procesal de las personas que estén legitimadas para el ejercicio de la acción civil si se trata del acusador particular se estaría a lo dispuesto para esa figura en los arts. 116 a 118 y cualesquiera otros que a lo largo del texto se refieren a la misma, y para el caso del acusador privado se estaría básicamente a lo que dispone los arts. 119, 127.2 y los arts. 797 a 807 sobre el procedimiento por delito privado.

En cambio, la Propuesta de 2013 sí prestaba mayor atención a este fenómeno y contenía un art. 67 con el siguiente rótulo y texto: “Ejercicio de las acciones por las asociaciones de víctimas y por personas jurídicas legitimadas por la Ley para la defensa de ciertos derechos. Las asociaciones de las víctimas del concreto hecho punible objeto del proceso penal y las personas jurídicas a las que la Ley otorga legitimación para defender derechos de sus integrantes o terceros podrán ejercer la acción penal y la acción civil como acusación particular o interponer la acción civil como actor civil”.

Por su parte, el art. 131 establece el estatuto de quien actúe en el proceso como mero actor civil para restringirlo estrictamente al ámbito de la pretensión civil, tanto en la formulación de sus peticiones en el “escrito de acusación”, como en la proposición de pruebas y la adopción de medidas cautelares. Por lo tanto, como tal actor civil no está prevista su intervención procesal hasta la presentación de su “escrito de acusación”, salvo en lo relativo a la solicitud de una medida cautelar real (art. 279).

VIII. LOS TERCEROS RESPONSABLES CIVILES: EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DE INTERVENCIÓN PROCESAL

El anteproyecto dedica un buen número de artículos a regular el estatuto de las partes pasivas de la acción civil acumulada a la penal, y las reagrupa en tres tipos de categorías: una genérica relativa a los terceros responsables civiles (arts. 132 y 133); una específica de sobre las compañías aseguradoras (art. 134 a 136); y la ya tratada anteriormente de los denominados terceros afectados no responsables (art. 137 a 139), y sobre la que no volveremos ahora a incidir. Por lo tanto, todas estas previsiones son de aplicación exclusivamente para cuando el demandado civil es un sujeto distinto al encausado.

Salvo en lo relativo a la categoría de los terceros afectados no responsables, la propuesta del anteproyecto es básicamente continuista con el régimen procesal actual de los sujetos demandados civilmente en el proceso penal, con la salvedad de algún aspecto puntual que a continuación se destaca.

Como se podrá comprobar, lo que a continuación se expone coincide con la redacción y contenido de los arts. 615 a 618 LECrim 1882 (“Sobre la responsabilidad civil de terceras personas”)³⁹ y con los arts. 764.3 y 765 LECrim 1882 sobre la intervención de las compañías aseguradoras.

Con carácter general, es decir, de aplicación a todo sujeto que deba responder civilmente en el proceso penal según las disposiciones del Código Penal (arts. 116 a 122 del mismo), el art. 132 viene a reiterar la idea básica del anteproyecto de que su intervención, al igual que la de los meros actores civiles, estaría prevista a partir de la formulación de la pretensión civil por estos últimos en su “escrito de acusación”, y por lo tanto los terceros responsables solo intervendrían desde la presentación de su “escrito de defensa” (art. 132.1).

La excepción a dicha regla vendría determinada por su derecho a intervenir desde el momento en que se solicite “la adopción de una medida cautelar que les afecte” (art. 132.1 in fine), que solo podría hacerse por quien esté legitimado para ello en los términos del art. 279 del anteproyecto (“Podrán solicitar medidas cautelares reales para asegurar la responsabilidad civil quienes puedan ejercitar la acción civil en el proceso penal con arreglo a lo dispuesto en esta ley”).

De darse dicha circunstancia se abriría la que se denomina “pieza de intervención de terceros responsables civiles” prevista en el art. 133 y que básicamente reestructura el contenido de los arts. 616, 617, 618, 619 y 621 LECrim 1882 con las siguientes novedades: a) el carácter preclusivo de la posibilidad de impugnar las medidas requeridas (art. 133.6), que actualmente puede hacerse “durante el sumario” (art. 616 LECrim 1882), y que deberá ajustarse al plazo de 10 días desde que se requiera la adopción de la medida cautelar, con la consecuencia añadida de que en tal caso “se entenderá que renuncian a hacer valer en el proceso penal los derechos que puedan alcanzarles”; b) esa posibilidad de impugnar la condición de tercero responsable también se podría plantear desde “la notificación del auto de apertura del juicio oral” (art. 133.2).

Las dos consideraciones hechas establecen una suerte de tratamiento procesal previo de la legitimación civil pasiva, como lo es también actualmente, y no de resolución sobre el fondo de la acción civil ejercitada. Y,

³⁹ Sobre esta cuestión, con carácter general véase ARANGÜENA FANEKO, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Valladolid, 1992. Y más específicamente en el caso de la responsabilidad civil de personas jurídicas ESCALADA LÓPEZ, L.M., “Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 2017, 1-26.

además, la referencia a la preclusión para hacer valer “en el proceso penal los derechos que puedan alcanzarles” debería quedar mejor precisada, pues es evidente en atención al art. 99.2 que en ningún caso se trata de que pudieran ejercitar acciones de repetición. Y en cuanto a que la impugnación puede hacerse en el momento de la audiencia preliminar de este modo se está introduciendo una posible reacción defensiva a lo previsto en el art. 608 sobre el “escrito de defensa”.

La competencia para resolver dicho incidente corresponderá al juez de garantías o al juez de la audiencia preliminar en función de la fase procesal en la que se soliciten las medidas de carácter real (art. 133.2).

Sí provocaría un cambio, al menos jurisprudencial, la proclamación expresa, lo dispuesto en el art. 132.2-II de que estos terceros no podrán ostentar una doble condición procesal y por eso se establece que “En ningún caso podrán personarse en las actuaciones como parte acusadora”, pues la jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha admitido una doble personación del mismo sujeto⁴⁰.

Sí sería una novedad puramente formal la mención expresa a las compañías aseguradoras que hacen los arts. 134 y 135; el primero respecto de los seguros voluntarios y el segundo de los seguros obligatorios. Pero sin introducir ningún cambio respecto de la situación procesal que actualmente se reconoce a los aseguradores de uno u otro tipo ya por la ley o por la jurisprudencia⁴¹.

El art. 134 simplemente explicita que, en el caso de un seguro voluntario, la compañía aseguradora tendrá el mismo estatuto previsto en los arts. 132 y 133 para los terceros responsables, y por lo tanto se estará a lo comentado anteriormente. Y eso se hace para contraponer a continuación en el art. 135.2 que las compañías aseguradoras que deban cubrir las responsabilidades civiles con base en un contrato de seguro obligatorio no podrán “en

⁴⁰ En un principio la jurisprudencia había rechazado que quien pudiera ser llamado en el proceso como responsable civil, aun subsidiario, pudiera a su vez actuar en el mismo proceso como acusador y/o actor civil. A entender de esta jurisprudencia se creaba una incompatibilidad de posiciones. Sin embargo, con la STS 2/1998 de 29 julio (causa especial 2530/1995) se admitió que el Abogado del Estado ejercitara la acción penal como acusador particular y que a su vez ocupara la posición de responsable civil subsidiario. En la actualidad es algo completamente consolidado por la jurisprudencia que una misma persona pueda ocupar la posición de perjudicado y de responsable civil, directo o subsidiario (SsTS 1143/2004 de 29 de octubre, rec. 166/2003; 1444/2003 de 6 de noviembre, rec. 1269/2002; 1178/1998 de 10 de diciembre, rec. 1141/1998; 1024/1993, de 6 de mayo, rec. 1242/1991; SAP de Lugo, secc. 1ª, 20/2001 de 2 de febrero; AAP de Toledo, secc. 2ª, 49/2004 de 15 de marzo, rec. 41/2004). La posibilidad de actuar en el proceso civil acumulado como perjudicado y simultáneamente como responsable civil se consagró con la STC 278/1994, 17 de octubre.

⁴¹ Establecida básicamente a partir de las SsTC 48/1984, de 4 de abril y 43/1989, de 20 de febrero.

tal concepto” ser parte en el proceso, de igual modo que lo hace el 764.3-II LECrim 1882, que es objeto de constante crítica doctrinal⁴² y como también proponía el anteproyecto de 2013 (art. 78). Ambos artículos, el actual y el propuesto, contemplan que dicha exclusión de la condición de parte lo es “sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación” de prestar caución (afianzar, dice la vigente LECrim), pero a renglón seguido ambos artículos se remiten a que, en tal caso, ello será objeto de resolución en pieza separada. Ahora bien, el actual art. 764.3-II se refiere a la “pieza separada correspondiente” en alusión a la pieza separada de responsabilidades pecuniarias del art. 764.1, y sin embargo el art. 135.2 *in fine* concluye que “se resolverá en pieza separada”, sin dejar claro si esa pieza debería ser o no la misma que contempla el art. 133 para los terceros responsables civiles, aunque del conjunto del articulado propuesto nos inclinamos para la respuesta negativa y que mejor se trataría de seguir un incidente no expresamente regulado y que debería ajustarse al procedimiento previsto en los arts. 280 y 281 del anteproyecto para la adopción de las medidas cautelares reales.

Así pues, salta un primera y principal diferencia entre esas dos categorías de aseguradores: el seguro voluntario podrá presentar “escrito de defensa”, no así el seguro obligatorio.

El art. 135.1 establece la exigencia de los seguros obligatorios de constituir la caución prevista en el art. 529.3 de la LECiv⁴³, siguiendo en esto también lo que con carácter general prevé actualmente el art. 764.2 LECrim 1882.

Finalmente, el art. 136, con una redacción deficiente, se refiere a la “pensión provisional” sin especificar a qué pensión se refiere y cuándo ha de proceder, como sí hace el actual art. 765.1 LECrim 1882 del que es una transcripción parcial.

⁴² JUAN SÁNCHEZ, R., “La tutela de los intereses de las compañías aseguradoras en el proceso penal por delitos”, en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín* (coord. Atienza Navarro), 2009, 483-494. Y más extensamente Baixauli Fernández, A., *La responsabilidad civil ex delicto de las aseguradoras del riesgo derivado de la circulación de vehículos a motor en el proceso penal*, Valencia, 2013.

⁴³ Pensamos que se refiere sobre todo a lo dispuesto en el párrafo segundo de este apartado del artículo 529 LECiv: “La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate”.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGÜENA FANEGO, C., 1992, *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Valladolid.
- ARNAIZ SERRANO, A., 2006, *Las partes civiles en el proceso civil*, Valencia.
- BAIXAULI FERNÁNDEZ, A., 2013, *La responsabilidad civil ex delicto de las aseguradoras del riesgo derivado de la circulación de vehículos a motor en el proceso penal*, Valencia.
- DE LUÍS GARCÍA, E., 2018, “Tutela de los intereses colectivos y difusos en el proceso penal”, *InDret*, nº 4, 1-26.
- ESCALADA LÓPEZ, L.M., 2017, “Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 41, 1-26.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., 2010, “Proceso penal y tutela colectiva de los consumidores: algunas cuestiones controvertidas”, *Cuestiones actuales sobre la tutela de los consumidores: tutela civil, penal y arbitral* (coord. Cubillo López), Pamplona, 125-181.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., 2016, “Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 14 de enero de 2014 (49/2014)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, nº 6, 259-273.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., 2015, “Los (futuros) nuevos derechos de la víctima en el proceso penal español”, *El proceso penal en la encrucijada*, Castellón, 591-644.
- HORTAL IBARRA, J.C., 2014, “La naturaleza jurídica de responsabilidad civil ex delicto: o cómo ‘resolver’ la cuadratura del círculo”, *InDret*, nº 4/2014, 1-30.
- JUAN SÁNCHEZ, R., 2004, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Madrid.
- JUAN SÁNCHEZ, R., 2014, *Legitimación en el proceso civil: los titulares de la acción: fundamentos y reglas*, Pamplona.
- JUAN SÁNCHEZ, R., 2015, “Alcance de las reclamaciones civiles en el proceso penal. La ampliación de la competencia civil de los tribunales penales desde la perspectiva objetiva y subjetiva”, *Práctica de Tribunales*, nº 112, 1-28.
- JUAN-SÁNCHEZ, R., 2019, “Proceso penal y litigios masa: análisis de la acción civil ex delicto para la satisfacción de intereses o derechos individuales plurales y conexos”, *Litigiosidad masiva y eficiencia del proceso civil* (coords. Cucarella Galiana y Ortells Ramos), Pamplona, 224-226.
- MALLANDRICH MIRET, N., 2020, “Algunas reflexiones sobre la intervención del consumidor como parte civil en el proceso penal español”, *Revista Eletrônica de Direito Processual, REDP (Brasil)*, nº 3, 475-499.
- MARTÍN DIZ, F., 2020, “Declaraciones testificales de la víctima especialmente vulnerable: propuestas de reforma legal en el ámbito procesal penal”, *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas*, Pamplona, 71-84.
- MARTÍN PASTOR, J., 2019, “Efecto vinculante de la declaración de hechos probados de la sentencia penal en un proceso posterior”, *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2, 2019, 199-234.
- ORTELLS RAMOS, M., 2020, *Derecho Procesal Civil*, (con otros), Pamplona.
- SERRANO MASIP, M., “Los derechos de información”, *El estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia, 1-34.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., 2015, “Los derechos de las víctimas”, *El Estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., 2015, “La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID”, *El estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia, 1-34.

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

The pre-trial detention in the new draft of criminal procedure law

Marien AGUILERA MORALES

Catedrática de Derecho procesal
Universidad Complutense
Directora del I.U. de Derecho Europeo e
Integración Regional (IDEIR)
eaguiler@ucm.es

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. LA ESPECÍFICA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: 1. Léxico y sistemática. 2. Presupuesto y fines legítimos. 3. Duración. 4. Régimen ordinario: 4.1. Prisión comunicada e incommunicada. 4.2. La suspensión de empleo, función o cargo público: los efluvios del *procés*. 5. Régimen atenuado: 5.1. Supuestos ordinarios. 5.2. Supuestos especiales. La prisión atenuada por razones humanitarias. 5.3. Duración. III. EL INTERNAMIENTO CAUTELAR. IV. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL. 1. ¿Ante un nuevo procedimiento *penal* especial? 2. Supuestos indemnizables. 3. Legitimación y competencia. 4. Procedimiento. 5. La Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Aunque basado en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lo relativo a la prisión provisional el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal incorpora importantes cambios que afectan a los presupuestos y fines de la medida cautelar, a su duración y a sus distintas modalidades. En este trabajo se analizan todas estas novedades, indagando en su respectiva razón de ser, así como en sus debilidades y fortalezas. El mismo espíritu crítico guía el estudio de la nueva regulación de dos figuras estrechamente emparentadas con la prisión provisional: el internamiento cautelar de la persona con discapacidad y el procedimiento especial para la indemnización por prisión provisional.

Abstract: Although based on the current Criminal Procedure Law, with regard to pre-trial detention, the new Draft of Criminal Procedure Law incorporates important changes that affect the requirements and purposes of the precautionary measure, its duration and its different modalities. In this paper, all these novelties are analyzed, investigating their respective *raison d'être*, as well as their weaknesses and strengths. The same critical spirit guides the study of the new regulation of two

figures closely related to pre-trial detention: the preventive detention of people with disabilities and the special procedure for compensation for pre-trial detention.

Palabras clave: Medidas cautelares, prisión provisional; internamiento cautelar; procedimiento para la indemnización por prisión provisional.

Keywords: Precautionary measures; pre-trial detention; preventive custody; procedure for compensation for pre-trial detention.

ABREVIATURAS

Art.:	Artículo
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.:	Confrontar
cit.:	citado
CP:	Código Penal
IA:	Inteligencia Artificial
<i>i.f.:</i>	<i>in fine</i>
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO:	Ley Orgánica
nº:	número
<i>op.cit.:</i>	obra citada
pp.:	páginas
ss.:	siguientes
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tit.:	Título
<i>v.gr.:</i>	verbigracia

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como no podía ser de otro modo, el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, el Anteproyecto) presta especial atención a la prisión provisional. Y lo hace tanto desde su Exposición de Motivos como desde su articulado.

Basta, sin embargo, recurrir a la comparación para constatar que muchas de las novedades destacadas en la Exposición de Motivos tienen su correlato extramuros del Capítulo III del Libro II¹. Son, más claramente,

¹ Presentadas bajo el común marchamo de ser materialización de las más recientes doctrinas del Tribunal de Estrasburgo y del TC en materia de prisión provisional, el apartado XXXIII de la Exposición

novedades que encuentran cobertura normativa en sedes distintas de la específicamente destinada a regular la prisión provisional. De hecho, entre las consabidas novedades solo las relativas a la prisión provisional de quien desempeña función o cargo público tienen plasmación en el mencionado Capítulo III. El resto tiene su trasunto en otras sedes: las más, en sede de disposiciones comunes a las medidas cautelares personales (*i.e.*, en el Capítulo IV del Libro II), aunque las hay también que se ubican fueran de las lindes del Libro II; tal es el caso la nueva medida de internamiento cautelar y del igualmente novedoso procedimiento especial para la indemnización por prisión provisional.

Otra de las evidencias que aplicada a la Exposición de Motivos y al articulado del Anteproyecto procura la técnica comparación es que aquella primera, si bien recoge las principales novedades en materia de prisión provisional, no es exhaustiva. A la sazón, el texto articulado suma a aquellas otras novedades de relevancia no menor relativas, entre otros extremos, a los presupuestos y fines legítimos de la prisión provisional, a su duración y a sus modalidades.

Más allá de su valor intrínseco, valgan estas primeras consideraciones para delimitar lo que en las siguientes páginas será objeto de análisis.

En este sentido preciso que no serán objeto de examen en ellas las disposiciones comunes a las medidas cautelares de carácter personal o, por seguir con la terminología que vengo empleando, el grueso de novedades sobre las que enfatiza la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Tampoco lo serán las previsiones sobre (detención y) prisión provisional en el procedimiento de extradición activa y en la Orden Europea de detención y entrega.

de Motivos reúne en siete apartados las novedades más destacables en relación con esta medida. Se trata, en síntesis, de: (i) la trasposición a nuestro ordenamiento de las exigencias europeas relativas al derecho de acceso a los elementos que resultan esenciales para impugnar la prisión provisional, así como la introducción de una regulación específica en este contexto de aplicación a los supuestos en los que la necesidad de practicar diligencias de investigación exija mantener estas últimas fuera del conocimiento de la defensa; (ii) la sujeción judicial a los “límites máximos fijados en los cargos criminales formulados por las acusaciones” o, lo que es igual, la prohibición de que el Juez de Garantías o el Tribunal sentenciador actúen autónomamente en la apreciación de los fines que justifican la privación cautelar de la libertad; (iii) la previsión de un control judicial sobre la prisión provisional de periodicidad trimestral y realizado de oficio; (iv) el establecimiento de un recurso devolutivo (reforma) frente al auto que acuerda la prisión provisional, de tramitación preferente y urgente y articulado sobre la base de una vista preceptiva en presencia del encausado; (v) la exigencia de realizar un juicio de ponderación particularmente exigente cuando la prisión provisional se interesa respecto de quien desempeña función o cargo público representativo; (vi) la suspensión *ope legis* y vinculada a la firmeza del auto por el que se decreta la prisión provisional del ejercicio de cargo público en los procesos seguidos por delitos de rebelión y terrorismo; y (vii) la introducción *ex novo* de una medida cautelar específica para las personas con discapacidad —el internamiento cautelar—, así como un nuevo procedimiento especial dirigido a obtener, ante la propia jurisdicción penal, una indemnización por la prisión provisional.

El análisis se ceñirá a las novedades restantes. Abarcará, en consecuencia, cuanto de nuevo hay en la específica regulación de la prisión provisional, así como lo relativo al internamiento cautelar y al procedimiento especial para la indemnización por prisión provisional.

II. LA ESPECÍFICA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

1. LÉXICO Y SISTEMÁTICA

En lo que hace a la prisión provisional, el Anteproyecto es conservador en lo terminológico y progresista en lo sistemático.

Prueba de lo primero es que aquel se decanta por utilizar la clásica expresión “prisión provisional” en vez de “prisión preventiva” que, dicho sea de paso, es por la que se inclinaba el Borrador de Código Procesal Penal de 2013².

En cuanto a la sistemática, en los antípodas de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Anteproyecto no apuesta por ubicar la regulación de la prisión provisional en la antesala de las medidas cautelares personales, sino porque sirva de broche final a estas últimas. A mi modo de ver, tan radical cambio —tomado del Anteproyecto de 2011— debe saludarse como una mejora o, cuando menos, como una opción coherente con el carácter excepcional y subsidiario de la medida aquí analizada³.

² La inclinación entonces se justificaba en que “preventiva” era un adjetivo más expresivo que “provisional” y más afín a la naturaleza de esta medida cautelar, pero también en la idea de que la “provisionalidad”, lejos de ser un rasgo distintivo de ella, cualificaba el entero género de las medidas cautelares, es decir, a las medidas cautelares personales y a las medidas cautelares reales. Cfr. Exposición de Motivos, apartado V, literal B).

³ La coherencia, con todo, también podía predicarse de la sistemática prevista en el Borrador de 2013 en que la prisión preventiva ocupaba el primer puesto en la regulación de las medidas cautelares personales. Y es que, en este otro texto, el rasero utilizado en la prelación sistemática no era el de la necesidad de las medidas cautelares sino el de su onerosidad o, si se prefiere, la afectación a los derechos fundamentales de presunción de inocencia y de libertad.

De otra parte, aunque en este mismo orden de cosas, no ha de ocultarse que, desde la óptica cuantitativa, el carácter excepcional y subsidiario de la prisión provisional se deja notar cada vez más en la práctica de nuestros tribunales. Las cifras que a este respecto se disponen reflejan, ciertamente, que en 2019 la población preventiva en nuestro país suponía solo el 16% de la población reclusa total (8.750 preventivos frente a 58.517 penados); un porcentaje más que razonable teniendo a la vista la mayoría de los países de nuestro entorno: “en Italia un 35%; en Francia, un 25,6 %; en la siempre módica y ejemplar Bélgica, un 35,6%; en Alemania, un 20,4 %; finalmente, en Grecia, un 26,6%”. Datos extraídos de la web del Ministerio del Interior (accesibles en: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/398>. Última entrada 24 de mayo de 2021) y de la obra de SIMÓN CASTELLANO, P., *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, Barcelona, 2021, p. 124.

En términos de sistemática la mejoría también es notable en lo que concierne a la específica regulación del régimen de la prisión provisional (arts. 246 a 256). En esto, dos son los factores clave:

En primer lugar, la decisión de recoger tal régimen en un Capítulo separado—el Capítulo III del Libro II, recuerdo— de aquellos otros que sirven de continente al procedimiento de adopción y prórroga de las medidas cautelares personales —el Capítulo IV— y a la detención y prisión provisional en el marco de la extradición activa y la Orden Europea de detención y entrega —el Capítulo V—⁴.

Y, en segundo lugar, la articulación de aquel Capítulo III en cuatro Secciones que se suceden conforme al siguiente orden lógico: Presupuesto y fines legítimos de la prisión provisional (Sección 1^a); duración (Sección 2^a); régimen ordinario (Sección 3^a); y régimen atenuado (Sección 4^a).

Me serviré de este mismo orden para examinar las novedades de la propuesta.

2. PRESUPUESTO Y FINES LEGÍTIMOS

Como es conocido, la actual regulación de la prisión provisional es tributaria, entre las más recientes, de la reforma operada por Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre. Animada por la entonces acuciante necesidad de adecuar su regulación a las exigencias constitucionales⁵, esta reforma supuso una profunda modificación de la prisión provisional que alcanzó, en lo que ahora interesa, a sus presupuestos y a los fines que justifican su adopción. Siendo esto así, en nada habría extrañado que el Anteproyecto hubiera aceptado la herencia pura y simplemente. De hecho, esta es la impresión que se extrae de una primera lectura de sus artículos 246 a 248, habida cuenta de que la redacción de estos preceptos es en buena medida reproducción literal o cuasi literal de lo que hoy disponen los artículos 502 y 503 LECrim.

Una lectura más detenida de aquellos artículos conduce, sin embargo, a apreciar que en este contexto también se proyectan cambios.

⁴ Siempre en términos de sistemática, la calificación podría haber alcanzado el sobresaliente si las medidas cautelares en caso de discapacidad se hubieran traído al Libro II y si se hubiera hecho otro tanto con la denominada Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional; un nuevo órgano al que, como se verá, se da carta de naturaleza en el Título VII del Libro VIII con ocasión de regular el ya mencionado procedimiento especial para la indemnización por prisión provisional.

⁵ La urgencia —acuérdesse— venía de la mano de la STC 47/2000, de 17 de febrero (ES:TC:2000:47), en la que el Pleno del Tribunal planteó auto-cuestión de inconstitucionalidad sobre los entonces artículos 503 y 504 LECrim.

Los cambios son, en su mayoría, de tipo formal. Así, *v.gr.*, se reubica buena parte de los contenidos del actual 502 LECrim; se sustituye la clásica expresión “motivos bastantes” por la de “indicios racionales”; se escinde la regulación —hoy unitaria— de los fines legítimos que permiten acordar la medida (art. 247) y de los criterios de valoración para apreciar su concurrencia (art. 248); y se reformulan estos últimos criterios cambiando o adicionando a los actuales algunos más.

Así, y respecto del riesgo de fuga, el artículo 248, apartado 1, relaciona en cuatro literales los criterios a los que debe atenderse para apreciar su existencia (se resalta en cursiva lo que es cambio o adición): “a) La naturaleza del delito, *la gravedad de la pena a él asociada*⁶ y *la entidad de los indicios existentes en contra de la persona encausada*; b) las circunstancias personales del sujeto, tales como la situación familiar, laboral y económica, y *sus conexiones con otros países*; c) *la conducta procesal de la persona encausada, en ese mismo proceso o en otros y, en concreto, la desatención a las citaciones de comparecencia, el quebrantamiento de medidas cautelares personales o el dictado de requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial*; y d) *el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, desde que se mantiene la prisión provisional* (sic) y la proximidad del juicio oral⁷”.

Respecto del riesgo de destrucción, alteración, u ocultación de fuentes de prueba, el artículo 248, apartado 2, no introduce cambios significativos ni añadidos al criterio de valoración actual.

En cuanto al peligro de atentar contra bienes jurídicos de la víctima (especialmente de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP), el artículo 248, apartado 3, colma el actual silencio legal, estableciendo como criterios de valoración: “*las circunstancias del hecho, la naturaleza y gravedad del delito objeto del proceso, la relación entre la persona encausada y la víctima, las características personales de ambas, los antecedentes por hechos similares y el quebrantamiento previo de medidas cautelares menos gravosas*”.

Finalmente, para valorar el riesgo de que el encausado pueda cometer otros delitos relacionados con el que motiva su privación de libertad, el artículo 248, apartado 4, suma a las circunstancias del hecho y la gravedad

⁶ El cambio de expresión da a entender que, en la apreciación del riesgo, a lo que ha de atenderse es a la pena abstracta y no, como hoy, a la previsible pena que se imponga.

⁷ La eventual tramitación parlamentaria de la propuesta debería servir para aclarar qué es lo que quiere decirse con este literal d), pues teniendo claro que la proximidad del juicio oral incrementa el riesgo de fuga, no se me alcanza qué significado debe darse a la expresión “el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, desde que se mantiene la prisión”. Antes bien, me inclino por entender que estamos ante una mera errata.

de los delitos que se pudieran cometer, “*la comisión de otros hechos análogos o relacionados con el que es objeto del proceso, (y) las circunstancias personales del sujeto*”⁸.

No obstante lo anterior, los artículos 246 a 248 también entrañan cambios sustanciales:

Un primer cambio de este tipo afecta al presupuesto objetivo de la medida o, de otra manera, a sus límites punitivos. En este sentido, las previsiones siguen siendo las de que, para la adopción de la prisión provisional, los hechos deben presentar caracteres de delito sancionado con pena cuya duración máxima sea igual o superior a dos años de prisión⁹. El Antepro-

⁸ Causa sorpresa que, en relación con estos criterios (y, más en general, con los que sirven para la adopción de las medidas cautelares personales), el Anteproyecto no se refiera a las denominadas tecnologías disruptivas o, si se prefiere, a la llamada IA predictiva. Y es sorprendente desde una doble perspectiva:

Desde la perspectiva europea, de un lado, habida cuenta del impulso dado a la IA desde las instituciones de la Unión y a todos los niveles, incluido el judicial. Como auguran el Libro Blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea y el más reciente Proyecto de Reglamento en materia de armonización normativa sobre inteligencia artificial [COM (2021) 206 final, Bruselas 21.4.2021], es más que probable que este impulso acabe teniendo refrendo normativo en el medio o en el largo plazo. En cualquier caso, conviene estar preparados para hacer frente al “alto riesgo” que la implantación de las “*risk assessments tools*” supondrá en el marco del proceso penal y, en particular, en el terreno de los derechos y garantías fundamentales.

Y desde la perspectiva doméstica, de otro lado, pues hace ya años que en nuestro país se vienen empleando herramientas o sistemas de IA en la prevención de los riesgos aparejados al fenómeno delictivo. De entre ellas, la más conocida quizá es VdG o VioGén, desarrollada sobre la base del art. 282 LECrim para combatir el riesgo de violencia de género. Pero hay otras como Veripol, empleada para detectar denuncias falsas; o como la Tabla de Variables de Riesgo (TVR), la Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares (CCP) y el protocolo multi-escala RisCanvi, estos últimos utilizados en el ámbito penitenciario con vistas a la concesión de permisos de salidas.

Lo anterior sentado, no insistiré lo suficiente en que el legislador procesal debería prepararse para lo inevitable. En mi opinión, esta preparación pasa por prever expresamente el uso de la IA predictiva en su versión “*human in command*” o, lo que es igual, como instrumento de apoyo a una decisión que debe responder principalmente a la valoración hecha por el Juez. Pero con esto no basta. Es preciso esforzarse, además, en diseñar los criterios de valoración del riesgo que pretende conjurarse con la prisión provisional del modo más objetivo y concreto posible. Importa, por decirlo con un ejemplo, que para apreciar el riesgo de fuga de desechen fórmulas del tipo “la conexión del encausado con otros países”, pues esta fórmula conduce incuestionablemente a sesgos o desviaciones del todo indeseables.

Para un examen en profundidad de lo aquí meramente se apunta resultan de lectura obligada los trabajos de ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*, Madrid, 2021, esp. pp. 322 a 330; DE HOYOS SANCHO, M., “El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como “sector de riesgo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, REDE, nº 76, octubre-diciembre 2020, pp. 9 a 44; y GASCÓN INCHAUSTI, F., “Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial”, en *La Justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro*, (dirs. J. Conde Fuentes y G. Serrano Hoyo), Madrid, 2019, pp. 191 a 206. Así mismo puede consultarse el trabajo de SIMÓN CASTELLANO, P., *Justicia cautelar e inteligencia artificial...*, *op. cit.*

⁹ Este límite excluye *per se* la posibilidad de adoptar la prisión provisional en el procedimiento por delitos leves, pero no así la de acordar la medida en el procedimiento especial por delito privado, pues la pena

yecto silencio, sin embargo, la posibilidad — que hoy refrenda con carácter general el art. 503.1.1º, *i.f.*— de adoptar la medida por hechos castigados con pena por debajo de tal límite si es que el encausado tiene antecedentes penales, no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de la comisión de un delito doloso.

Otro cambio —este también relacionado con los límites de la medida aunque relativo a los concretos fines que la justifican— es que, tratándose del riesgo de fuga, desaparece la posibilidad, hoy prevista en el literal a) del art. 503.1.3º LECrim, de adoptar la prisión provisional por debajo del límite general de los dos años si es que en los dos años previos se hubieran dictado al menos dos requisitorias.

Y aún se prevé un tercer cambio en relación con el riesgo de reiteración delictiva. Como los anteriores, esta novedad vuelve a serlo por omisión, aunque en términos cualitativos. Me explico: según el Anteproyecto, cuando el riesgo a evitar sea la comisión de hechos delictivos relacionados con el que motiva la privación de libertad, no es de aplicación el límite de los dos años y, por lo mismo, cabe adoptar la prisión provisional por debajo de este límite. Nada muy diferente, en apariencia, de lo que actualmente prevé el artículo 503.3 LECrim. Bien mirado, sin embargo, las diferencias se dan, aunque como señalaba son de tipo cualitativo. En este sentido —y dejando al margen el dato de que el Anteproyecto anuda este riesgo a la comisión no de cualquier hecho delictivo sino de uno relacionado con el que hace factible la adopción de la medida— importa llamar la atención sobre dos aspectos: uno es que, en el Anteproyecto, la culpabilidad (la apreciación del dolo) deja de ser requisito para la adopción de la prisión provisional por debajo de los dos años; el otro es que esta última posibilidad queda exclusivamente ligada a que la actividad delictiva haya venido realizándose en el seno de organizaciones y grupos criminales (ni rastro, por tanto, de la habitualidad).

abstracta prevista en el artículo 206 CP para el delito de calumnia (seis meses a dos años de prisión) hace factible, *en principio*, su adopción. Y resalto “en principio” porque el artículo 804.2 del Anteproyecto deja del todo claro que en este procedimiento especial no cabe adoptar en ningún caso la prisión provisional.

De otro lado, aunque en relación también con los límites objetivos de la prisión provisional, es de notar que el Anteproyecto conserva la previsión de que, siendo varios los hechos delictivos, la adopción de la medida se vincula a la aplicación de las reglas especiales para la aplicación de las penas previstas en el Código Penal (art. 246.1, párrafo segundo); y de que no es posible acordar la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera que los hechos no son constitutivos de delito o que concurre una causa de justificación.

Del porqué de estos cambios sustanciales nada dice la Exposición de Motivos. Probablemente tampoco hace falta. Al cabo, tras ellos clarea evidente la sombra del principio de proporcionalidad. O lo que para el caso es igual: la muy extendida idea de que permitir la prisión provisional en delitos de escasa gravedad tomando por único rasero el carácter reincidente o contumaz del encausado o el riesgo de que cometa nuevos delitos desfigura la naturaleza cautelar de la medida, aproximándola a una medida preventiva o de seguridad. Nada más explica, en efecto, que la prisión provisional estreche su vínculo con hechos delictivos de cierta gravedad (nuevamente, dos o más años de prisión) y de que, salvo un par de supuestos¹⁰, no se admitan alteraciones al vínculo.

3. DURACIÓN

Con la duración de la prisión provisional ocurre algo muy parecido a lo visto respecto de sus presupuestos y fines. Los artículos 249 y 250 del Anteproyecto —relativos, respectivamente, a los plazos máximos de duración de la prisión provisional y a su prórroga— están indudablemente inspirados en el actual 504 LECrim, pero también incorporan cambios.

Uno de los más evidentes es el acortamiento de la duración máxima de la prisión provisional allí donde la medida se acuerda con la finalidad de evitar el riesgo de fuga o de soslayar, *lato sensu*, la reiteración delictiva. En este orden de cosas, importa partir de la premisa consistente en que la duración de la prisión provisional continúa pivotando sobre la gravedad de la pena prevista para el delito, pero con el matiz de que, en el Anteproyecto, el listón punitivo lo marca la distinción entre penas graves y menos graves o, de otro modo, la pena de prisión de cinco años y no de tres¹¹. Pues bien, sobre esta premisa, ha de aclararse enseguida que el acortamiento en los plazos no afecta a la duración inicial de la prisión provisional, sino a su prórroga y, además, únicamente en el caso de que el delito sea grave. En efecto, si la pena prevista para el delito es igual o inferior a cinco años de prisión, el plazo previsto para la prisión provisional continúa siendo de un año susceptible de una única prórroga por seis meses más. En cambio, si la pena abstracta

¹⁰ Recuerdo que el Anteproyecto solo rebaja el consabido límite de los dos años allí donde con la prisión provisional se pretenda conjurar que el encausado actúe contra bienes jurídicos de la víctima (especialmente en el ámbito familiar o doméstico) o cometa nuevos hechos delictivos en el seno de organizaciones y grupos criminales.

¹¹ Repárese que, desde la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la prisión superior a cinco años pertenece a la categoría de las penas graves (art. 33.2 CP), mientras que la de prisión de tres meses a cinco años pertenece a la categoría de las penas menos graves (art. 33.3 CP).

rebasa el listón punitivo de los cinco años, el plazo previsto para la prisión provisional es de dos años, con posibilidad de una sola prórroga por —y en esto consiste la novedad— un año más.

En lo normativo, en suma, el cambio se traduce en establecer una proporción equitativa entre el plazo inicial de la prisión provisional y el de prórroga, toda vez que, sea cual sea la gravedad de la pena, este último plazo se corresponde con la mitad de aquel¹².

En lo referente a la prisión provisional acordada con el fin de evitar la destrucción, ocultación o alteración de “medios de prueba” (sic) también hay novedades. En este punto, sin embargo, lo novedoso no atañe a la duración de la medida, que sigue siendo de seis meses, sino al supuesto de que, habiéndose declarado secretas las actuaciones o habiéndose acordado la prisión provisional incomunicada, el secreto o la incomunicación se levanten antes de que concluya el referido plazo de seis meses. Como es sabido, para este supuesto lo exigido hoy es que el juez o tribunal deben motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional (art. 504.3 LECrim, párrafo segundo). El Anteproyecto, en cambio, omite referirse en esta sede a dicho deber y traslada la exigencia a la regulación de la prisión provisional incomunicada (art. 252.3), perdiéndose en el camino la exigencia del deber de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional cuando se levanta el secreto de la investigación.

Otros cambios que incorpora la propuesta conciernen al cómputo de los plazos de la prisión provisional y al control de la duración de la medida. En ambos casos, los cambios vuelven a serlo por omisión.

Así, y en lo que hace al cómputo de la prisión provisional, el artículo 250.3 del Anteproyecto reproduce el tenor literal que el actual artículo 504.5 LECrim, aunque a medias. Dispone así que “para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, se tendrá en cuenta el tiempo que la persona encausada haya estado detenida o sometida a prisión por la misma causa¹³”. Sin embargo, omite mencionar la exclusión del cómputo del tiempo

¹² Obvio es decir que, de prosperar el Anteproyecto, este cambio tendrá repercusiones inmediatas. Por de pronto comportará la puesta en libertad de buena parte de los encausados que, en el momento de la entrada en vigor de la Ley, hayan superado los plazos máximos aludidos en texto. Nótese en este sentido que, a tenor de la Disposición transitoria quinta del Anteproyecto —tenor que, apostillo, convendría perfeccionar para deshacerse de la redundancia— “Las medidas cautelares ya adoptadas antes de entrar en vigor esta ley se revisarán para su modificación con arreglo a la presente ley”.

¹³ Durante un tiempo, y al son de cierta doctrina del TC, se cuestionó entre nuestros tribunales si esta previsión de abono o descuento era extrapolable a los supuestos en que la detención se producía en el marco de una solicitud de extradición. En su día, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo, despejó la cuestión en sentido positivo, aunque solo para el ámbito de la orden europea de

en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia. En el limbo de la duda queda si esta omisión es intencionada u obedece al descuido. Lo que no es dudoso es el yerro consistente en reproducir literalmente aquella primera parte del artículo 504.5 LECrim en el marco del artículo 250 del Anteproyecto, pues con ello se da a entender que el tiempo en que el encausado ha estado detenido o en prisión provisional solo es computable cuando hay prórroga y en el marco de esta última. Un desatino.

En cuanto al control de duración de la medida, la propuesta también guarda silencio sobre el actual deber —ligado al transcurso de las dos terceras partes de la duración máxima de la prisión provisional— de que el Ministerio Fiscal y el tribunal conocedor de la causa comuniquen tal circunstancia al Fiscal-jefe o al Presidente de la Sala de Gobierno del tribunal correspondiente, con el fin de imprimir la máxima celeridad a las actuaciones (art. 504.6 LECrim). Obviamente, también aquí cabe preguntarse si la omisión es deliberada o no. Personalmente, me inclino porque lo es. Que el control de la prisión provisional sea cuestión exclusivamente confiada a la autoridad judicial y que se imponga a esta su revisión de oficio con periodicidad trimestral (cfr. art. 270), así me llevan a afirmarlo.

A colación de esto último tampoco silenciaré el que, a mi juicio, es uno de los mayores avances en la regulación de la prisión provisional. Se resume en esta frase: “Será preferente la tramitación de los procedimientos en los que la persona encausada se encuentre en prisión provisional”¹⁴ (art. 249.3).

4. RÉGIMEN ORDINARIO

El criterio empleado en el Anteproyecto para atribuir carácter ordinario a la prisión provisional es que esta se lleve a efecto en un centro penitenciario y conforme a las prescripciones de la normativa penitenciaria. Sobre esta base, el régimen ordinario de la medida se delinea en cuatro preceptos: los artículos 251 a 254. Dado que este último artículo es el más novedoso del

detención y entrega (art. 45.1, *i.f.*). De aquí que deba reconocerse como un mérito que el Anteproyecto también despeje la cuestión, y en el mismo sentido, en el ámbito del procedimiento de extradición activa (cfr. art. 275.7, párrafo segundo).

¹⁴ A la postre la tramitación preferente de las causas con preso y la rebaja de los tiempos de duración máxima de la prisión provisional acercan nuestro sistema al plazo razonable que, según el Tribunal de Estrasburgo, cabe exigir específicamente de esta medida a tenor del artículo 5.3 CEDH [“Toda persona detenida preventivamente o internada (...) deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio”].

cuarteto, reservaré su exégesis para más adelante. Me centro ahora en los tres primeros.

4.1. Prisión provisional comunicada, incomunicada y prohibición especial de comunicaciones

Respecto del artículo 251, valga apuntar que su contenido es prácticamente un calco de lo que actualmente dispone el artículo 511 LECrim sobre los mandamientos de prisión y de libertad.

Los artículos 252 y 253 merecen, sin embargo, algo más que un apunte, empezando por precisar que en el primero se recogen las clásicas modalidades de prisión provisional (comunicada e incomunicada) y en el segundo una prohibición especial que concierne también a la comunicación del preso preventivo.

Como se acaba de deslizar, bajo la común rúbrica “régimen de la prisión provisional”, los dos primeros apartados del artículo 252 recogen lo relativo a la prisión provisional comunicada, mientras que su tercer apartado hace lo propio con la prisión provisional incomunicada.

Respecto de la modalidad ordinaria de la medida —la prisión provisional *comunicada*— el Anteproyecto incorpora como novedad la obligación de que el juez o tribunal adopte, de oficio o a instancia de parte, las prevenciones necesarias para garantizar que el derecho de defensa del preventivo se ejercite en condiciones equivalentes al de las personas libres, asegurando a tal efecto: a) la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas y presenciales del preso, que habrán de llevarse a cabo en departamentos adecuados; b) la presencia de intérprete durante la comunicación; y c) el acceso del preso a la totalidad de las actuaciones que no hubieran sido declarados secretas.

En cuanto a la prisión provisional *incomunicada*—, el artículo 252.3 se limita a remitirse a lo dispuesto artículos 211 y ss.¹⁵ y a recoger el ya men-

¹⁵ La remisión *in totum* a estos artículos se traduce, en lo sustancial, en que la incomunicación: (i) puede acordarse para conjurar un peligro concreto para la vida, libertad o integridad de una persona; para evitar la ocultación, alteración, pérdida o destrucción de las fuentes de prueba; para soslayar que la persona privada de libertad cometa nuevos delitos; o para impedir, en fin, la huida de otras personas implicadas en los hechos investigados; (ii) comporta la supresión de alguno o de todos estos derechos: el derecho a ser asistido por abogado de confianza, el de comunicarse con todas o alguna de las personas a las que se refiere el artículo 202 y el de acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad; (iii) solo puede ser acordada a instancia de parte y mediante resolución judicial especialmente motivada; y (iv) no puede extenderse más allá de cinco días, con la salvedad de que el encausado lo sea por delito de terrorismo

cionado deber de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional cuando se levanta la incomunicación.

Ocurre así que tanto respecto de la modalidad ordinaria de la medida como respecto de la modalidad incomunicada hay que retroceder a lo previsto para la detención para encontrar el completo elenco de derechos que ostenta el preso preventivo y aquellos otros que pueden ser restringidos o limitados a resultas de su incomunicación, a los que el Anteproyecto suma, como decíamos una nueva “prohibición especial de comunicaciones” recogida en el artículo 253. La especialidad de esta prohibición radica en que, para garantizar el buen éxito de la investigación, el Juez —a instancia de parte, se supone, y siempre que ello no comporte una limitación del derecho de defensa del preso preventivo— puede vedar que este se comunique con terceros que no tienen por qué ser los mismos que los previstos en el artículo 212¹⁶.

4.2. La suspensión de empleo, función o cargo público: los efluvios del *procés*

Dicho está que, en lo relativo al régimen ordinario de la prisión provisional, las mayores novedades vienen de la mano del artículo 254. Preciso ahora que las novedades son dos: la primera atañe a la incidencia que en la adopción y en el mantenimiento de la medida tiene la circunstancia de que el encausado esté desempeñando una función o cargo público representativo; la segunda, a la eficacia *ope legis* de la prisión provisional respecto de quienes ostentan función, cargo o empleo público y son encausados por delito de terrorismo o de rebelión.

Antes de examinar con detalle una y otra novedad, adelanto una nota común a ambas. La nota es que tras ellas subyace paladina la voluntad de poner coto a los problemas que en este contexto se suscitaron en la causa especial 20907/2017, esto es, en el popularmente conocido como “juicio del *procés*”. De aquí el título escogido para encabezar estas líneas.

Hecho el apunte, entro ya en el examen de la primera novedad a la que el párrafo segundo del artículo 254.1 da carta de naturaleza como sigue: “Si se

o por su relación con organizaciones terroristas, caso este último en que la incomunicación puede extenderse por tres días más.

¹⁶ Propiamente el artículo 212 no delimita subjetivamente la prohibición de la incomunicación, sino que se remite en este extremo al artículo 202 que especifica los terceros con los que el detenido tiene derecho a comunicarse: un familiar, un abogado o cualquier otra persona a su elección y las autoridades consulares caso de ser extranjero.

interesara la medida cautelar de prisión provisional en relación con una persona encausada que desempeñe una función o cargo público representativo, la autoridad judicial valorará especialmente, tanto para acordar la prisión provisional como para decidir posteriormente acerca de su mantenimiento, las consecuencias de la privación de libertad sobre el derecho fundamental al mantenimiento en el ejercicio del cargo, recabando, si es preciso, la información que resulte pertinente”.

Como fácilmente se advierte —y corrobora la Exposición de Motivos—, lo novedoso aquí tiene que ver con el eventual conflicto entre los fines legítimos de la prisión provisional y el derecho fundamental “a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos” (art. 23.2 CE), y se concreta en la exigencia de un juicio de ponderación especialmente exigente allí donde la medida pueda incidir en el normal desempeño de aquellas funciones o cargos. El Anteproyecto da cobertura así a la reciente doctrina del TC sobre este punto, de la que, a su vez, es muestra cualificada la STC (Pleno) 155/2019, de 28 de noviembre.

En este orden de cosas me permito abrir un paréntesis para recordar que en esta sentencia el TC denegó el amparo impetrado por el Sr. Junqueras i Vies frente a la decisión de mantenerle en prisión provisional adoptada primero por el magistrado instructor de la causa especial 20907/2017 y confirmada después por la Sala de Recursos de la Sala Segunda del TS.

La demanda de amparo del Sr. Junqueras se fundó, en lo que interesa, en que sendas decisiones habían conculcado su derecho fundamental al acceso y ejercicio de cargo público representativo (23.2 CE), en tanto fueron tomadas despreciando la incidencia que su privación de libertad suponía respecto de la campaña electoral entonces en ciernes (las elecciones al Parlamento de Cataluña, celebradas el 21 de diciembre de 2017) y el desempeño (caso de ser elegido, como resultó) de las funciones propias del cargo de diputado autonómico. Enfrentó así al TC a una cuestión nunca abordada por él y respecto de la que la ley nada despeja tampoco: la afectación de la prisión provisional al derecho fundamental de representación política.

La suerte quiso empero que, pendiente este recurso de amparo, el TEDH se pronunciará sobre esta cuestión en el celeberrimo asunto *Selahattin Demirtas contra Turquía*¹⁷. Así, en efecto, en Sentencia de 20 de noviembre de 2018 el Tribunal de Estrasburgo acuñó la tesis de que la prisión provisional ni constituye una violación automática del artículo 3 del Protocolo nº 1 al CEDH (el equivalente al art. 23 CE), ni implica tal violación cuando la medi-

¹⁷ ECHR:2018:1120JUD001430517.

da satisface los requisitos del principio de legalidad, persigue una finalidad legítima y respeta las exigencias del principio de proporcionalidad. Es más: respecto de esto último, el TEDH apuntó la necesidad de tomar en consideración en estos casos tres aspectos: la previsión de un recurso frente a la medida cautelar, la duración de la privación de libertad, y la posibilidad de acordar de medidas alternativas y menos gravosas que la prisión provisional.

Naturalmente fue a luz de estos tres aspectos y de las exigencias del principio de proporcionalidad desde la perspectiva *ex* artículo 23 CE que el TC concluyó que la prisión provisional del Sr. Junqueras no había sido desproporcionada; conclusión —lo apostillo también— no compartida por tres de sus magistrados, a cuyo juicio las resoluciones impugnadas no respondieron a la ponderación requerida constitucionalmente para justificar la afectación del derecho de representación política.

Pero, más allá del caso en concreto, la importancia de la STC 155/2019 fue otra: la de sostener —esto de modo general— que “las decisiones judiciales que acuerden la imposición o el mantenimiento de una privación cautelar de libertad a un parlamentario o a un candidato en unas elecciones legislativas han de estar suficiente y razonablemente motivadas, en el sentido de que han de ponderar la injerencia de la medida adoptada en el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE)¹⁸”.

Pues bien, aunque esta exigencia especialmente ponderativa —cierro ya el paréntesis— es la que dice haberse llevado al texto Anteproyecto, el trasvase deja bastante que desear:

De un lado, porque la exigencia en cuestión se vincula al *mantenimiento* en el cargo o función pública, lo que da pie a entender que no alcanza al

¹⁸ Las entrecorridas son palabras de la propia STC 155/2019. Atendidos los términos en que se impone el deber motivación en estos casos, es evidente que el derecho de representación política viene a engrosar los supuestos en que el TC exige un canon de motivación reforzada en relación con las exigencias que impone el artículo 24.1 CE por estar en solfa algún derecho fundamental sustantivo, como la integridad moral, la libertad o el principio de legalidad (entre otras muchas, SSTC 29/2019, de 28 de febrero; 81/2018, de 16 de julio; 96/2017, de 17 de julio; 12/2016, de 1 de febrero; 226/2016, de 2 de noviembre; 206/2012, de 12 de noviembre; y 16/2012, de 13 de febrero). Por lo demás, es de notar que a la STC 155/2019 ha seguido un buen número de resoluciones que asumen sus mismos postulados y que han sido dictadas, como ella, en el marco del juicio del *procés*. Así, *v.gr.*, las SSTC 3/2020 y 4/2020, ambas de 15 de enero y recaídas en sendos recursos promovidos por el Sr. Sánchez i Picanyol; 5/2020, de 15 de enero, en el recurso promovido por la Sra. Forcadell Lluís; y 37/2020, de 25 de febrero, en el recurso promovido por los Sres. Turull i Negre y Rull i Andreu. Sobre la doctrina en general emanada de estas Sentencias, vid. RECODER VALLINA, T., “La incidencia de la prisión provisional en el derecho fundamental al ejercicio de cargo público y otras cuestiones”, en *Revista de las Cortes Generales*, nº 109, 2020- segundo semestre, pp. 629 a 636.

supuesto en que la prisión provisional incida en el *acceso* a un cargo representativo. Otro desatino.

Y de otro lado, porque atendida la “valoración especial” a la que el artículo 254 somete la adopción o mantenimiento de la medida en estos casos, lo propio habría sido que, a similitud de lo previsto para apreciar la concurrencia de los fines que justifican la prisión provisional, se explicitaran los criterios o elementos a los que debe atenderse en el juicio de ponderación. La gravedad de los hechos delictivos investigados, la vinculación de estos hechos con el cargo público que se aspira ocupar o que se desempeña, e incluso la importancia misma del cargo bien podrían ser algunos de esos criterios.

La segunda novedad que anunciaba guarda evidentes concomitancias con la anterior. Y por partida doble. A la sazón, toma también su razón de ser de la doctrina del TC o, con más rigor, de los recursos de amparo promovidos por algunos de los protagonistas del *procés* en los que se cuestionaba la interpretación hecha por la Sala Segunda del artículo 384 bis LECrim¹⁹.

Así —abro otra vez un paréntesis—, frente a la resolución de esta Sala comunicando a la Mesa del Parlamento de Cataluña que algunos de los entonces procesados habían quedado suspendidos en sus funciones y cargos, aquellos mismos procesados reclamaron el amparo del TC. Dos argumentos sirvieron de sostén a sus reclamaciones: (i) que, en el momento en que la Sala Segunda acordó su suspensión, el auto de procesamiento podía ser recurrido por otros procesados (incluido alguno declarado en rebeldía), lo que abría el portillo a que la calificación de los hechos cambiase y, con ello, a que decayera el presupuesto de la medida de suspensión automática; y (ii) la consideración de que la expresión “individuos rebeldes” empleada en el 384 bis LECrim debía interpretarse como equivalente a miembros integrantes de bandas armadas y terroristas.

Ni que decir tiene que tales argumentos cayeron en saco roto. El TC acabó coincidiendo con la Sala Segunda en que la noción de firmeza que los demandantes de amparo hacían valer no se adecuaba a la provisionalidad de la calificación jurídica propia del auto de procesamiento, y en que el 384 bis LECrim no solo se refiere a los delitos de rebelión cometidos por ban-

¹⁹ Cfr. SSTC (Pleno) 11/2020, de 28 de enero, en el recurso promovido por los Sres. Junqueras y Romeva; 12/2020, de la misma fecha, en el recurso promovido por el Sr. Puigdemont; y 38/2020, de 25 de febrero, en el recurso promovido por los Sres. Sánchez, Turull y Rull. A estas se suman las SSTC 39/2020, de 25 de febrero, y 195/2020, de 17 diciembre, en los recursos promovidos por personas no procesadas en el juicio del *procés* y que, obviamente, fueron inadmitidos por falta de legitimación.

das armadas, sino a cuantos “conlleven un desafío mismo a la esencia del Estado democrático”.

Cuanto va expuesto —y con esto retomo el hilo de la novedad— da sentido a lo que de esta última hay en los apartados 2 y 3 del artículo 254. Y lo que hay de nuevo son básicamente tres cosas:

La primera es que la suspensión automática de la función, cargo o empleo público se hace solo depender de la prisión provisional o, más propiamente, de la firmeza del auto por el que se acuerda la prisión provisional. El procesamiento deja de ser, por tanto, requisito de la medida.

La segunda es que tal suspensión se vincula al “delito de terrorismo o rebelión”; expresión empleada en sustitución de la hoy utilizada en el artículo 384 bis LECrim (“delito cometido por medio de persona integrada o relacionada con bandas armadas²⁰ o individuos terroristas o rebeldes”).

Y la tercera es el reconocimiento expreso de que la suspensión se aplica a quienes estén en situación procesal de rebeldía y en tanto dure esta.

Como se convendrá, aquella primera y esta última novedad son razonables; loables, si se me apura. Constreñir la medida de suspensión a los delitos de terrorismo y rebelión puede resultar, en cambio, algo más discutible. Y es que si, desde su interpretación constitucional, la suspensión automática de función, empleo o cargo público alcanza objetivamente a cuantos delitos “comportan un desafío mismo a la esencia del Estado democrático”, lo coherente habría sido vincular tal suspensión a los delitos en los que se dé este desafío, como indudablemente ocurre con la mayoría de los delitos contra la Constitución (Tit. XXI del Libro II del CP) o como se ha reivindicado también respecto de otros delitos como la corrupción política²¹.

5. RÉGIMEN ATENUADO

El proyectado régimen atenuado de la prisión provisional es una réplica casi exacta del previsto en el frustrado Anteproyecto de 2011. De hecho, salvo pequeñísimos cambios de redacción y alguna llamativa omisión, los artículos 255 a 257 del Anteproyecto de 2020 reproducen, palabra por palabra, lo que veinte años antes establecía su homónimo²². Vienen a ocuparse

²⁰ Repárese en que la Disposicional Adicional 1 de la LO 5/2010, de 22 de junio (BOE-A-2010-9953) suprimió la expresión “bandas armadas”, si bien solo del texto del Código Penal.

²¹ En este mismo sentido se enmarca la propuesta de MARTÍN PASTOR, J., “La suspensión provisional en el ejercicio de cargo público de los políticos imputados judicialmente por delitos de corrupción”, *Diario La Ley*, nº 8462, 20 de enero de 2015, pp. 6 y 8.

²² Cfr. artículos 210 a 212 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.

así de los llamados supuestos ordinarios y especiales de la prisión atenuada y de la duración de esta última.

5.1. Supuestos ordinarios

Los supuestos ordinarios de prisión atenuada son aquellos en que, en interés de la salud o de seguridad del encausado, la medida cautelar se acuerda ejecutar bien en el domicilio del propio encausado o en otro lugar privado designado por él, bien en un centro médico, psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial.

De lo anterior ya se colige que las previsiones sobre la prisión atenuada se amplían respecto de lo que actualmente recoge el artículo 508 LECrim. Y en dos diferentes sentidos:

El primero es que la medida se liga a la apreciación de que el ingreso en un centro penitenciario ordinario suponga un riesgo no solo para la salud del encausado, sino también para su propia *seguridad*.

El segundo es que se incrementan los lugares en los que puede llevarse a cabo esta modalidad de prisión.

Respecto de esto segundo importa reparar que se mantiene la posibilidad de cumplir la prisión atenuada en el domicilio del encausado y en un centro de deshabitación, pero con una adición y algunos matices. La adición es que, junto al domicilio del encausado, se permite que la medida también pueda llevarse a efecto en cualquier otro lugar privado designado por él, previo consentimiento de su morador o titular; previsión más que atinada a la vista de que el encausado puede compartir su domicilio con la víctima o incluso carecer de él. Los matices conciernen, por su parte, al supuesto de que la medida se ejecute en un centro de deshabitación, y estriban en que estos centros ni se relacionan ya con la adición a sustancias estupefacientes (pueden ser, por tanto, centros destinados al tratamiento de cualquier adicción, sea esta de carácter químico o comportamental), ni se exige que sean centros oficiales (pueden ser, por tanto, centros privados), ni la prisión atenuada queda supeditada a que los hechos objeto del proceso se hayan cometido con anterioridad al inicio del tratamiento (pueden haberse, por tanto, cometido después).

A mayor abundamiento, se prevé que esta modalidad de prisión provisional pueda llevarse a efecto en lugares distintos de los tradicionales; en concreto, en centros médicos, psiquiátricos o de educación especial, tengan estos carácter público o privado.

Junto a su mayor amplitud en los términos vistos, el régimen atenuado de la prisión provisional se distingue también del actual en su mayor precisión. No en vano, los apartados 2 a 4 del artículo 255 del Anteproyecto descienden a regular determinados aspectos sobre el modo de llevarse a cabo, sus límites y el control de su cumplimiento.

Así, y en relación con lo primero, se precisa que la prisión atenuada puede cumplirse de forma continuada o durante días u horas. Y más allá: que el Juez puede autorizar con carácter general o puntual las salidas que el encausado necesite realizar por motivos laborales, familiares o de salud, sin más contrapartida por su parte que la de comunicar los lugares en los que puede ser localizado en las salidas²³.

En cuanto a los límites, se contempla expresamente que la autoridad judicial puede imponer al encausado prohibiciones o restricciones de las comunicaciones con personas distintas de las que con él convivan o le asistan. Se abre el portillo así a una especie de prisión atenuada incomunicada.

Por último, y en cuanto al control del cumplimiento de la medida, las precisiones atañen no a su ejecución —que sigue confiándose a la Policía Judicial—, sino a su adopción y a las consecuencias que pueden seguirse de la falta de colaboración del encausado en la ejecución de la medida. De este modo lo previsto es que el juez puede acordar de oficio las medidas que considere oportunas para garantizar el cumplimiento de la prisión provisional sin venir en esto vinculado a lo solicitado por las partes; y también que la falta de colaboración del encausado en la eficacia del control franquea —como el quebrantamiento mismo de la medida— la revocación de esta última y su eventual sustitución por otra más gravosa.

Como vengo diciendo, las previsiones del artículo 255 superan en precisión las del actual artículo 508 LECrim. Con todo, podría afinarse mucho más:

Así las cosas, convendría sopesar si a los motivos labores, familiares o de salud que justifican las salidas de la persona encausada, podrían sumarse motivos religiosos en línea con lo previsto en LO 2/1989, de 13 de abril, procesal militar²⁴.

²³ Esta flexibilidad en el cuándo imprime a la prisión atenuada un carácter más cercano a la libertad que a su privación o restricción. Y lo mismo cabe decir a la luz de la permisividad de las salidas del encausado sometido a la prisión atenuada. De hecho, una y otra nota contrastan frontalmente con la previsión de que la “medida cautelar de prisión provisional es incompatible con el ejercicio de toda actividad que exija una situación continuada de libertad deambulatoria” (art. 254.1).

²⁴ Para comodidad del lector, traigo a la vista el tenor de su artículo 227: “El que se encuentre en prisión atenuada, podrá salir del lugar en que la cumpla durante el tiempo necesario para acudir, previa

Pero fundamentalmente lo que habría que aclarar es si el juez puede acordar la prisión atenuada de oficio²⁵, si su revocación y sustitución por otra medida más grave exige, como parece, la celebración de la comparecencia del 261 y, sobre todo, si a la prisión llevada a cabo en un centro médico, psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial le son aplicables algunas de las reglas previstas para el internamiento cautelar en caso de discapacidad, en particular, la necesidad de recabar, para su adopción, un informe individualizado emitido por un especialista [art. 78, literal a)]. Esto último pone ya sobre aviso de la estrecha relación entre la prisión atenuada y la medida del internamiento cautelar; cuestión sobre la que se volverá más adelante.

5.2. Supuestos especiales. La prisión atenuada por razones humanitarias

A los supuestos ordinarios que permiten ordenar la prisión atenuada, el artículo 256 suma lo que su propia rúbrica califica de “supuestos especiales”.

Estos supuestos alcanzan a las mujeres embarazadas o en período de lactancia, a las personas gravemente enfermas y a aquellos encausados que deban ser necesariamente sometidos a un tratamiento curativo o de rehabilitación. Son, a decir también del precepto, supuestos en que procede la prisión atenuada “por razones humanitarias”: un extremo reivindicado desde antiguo por un nutrido sector de la doctrina procesalista²⁶.

Llegados a este punto, interesa hacer una advertencia y formular un interrogante:

autorización del Juez Togado, a su trabajo habitual, al ejercicio de sus actividades profesionales, o a prestar el servicio que sus Jefes puedan encomendarle, con la obligación de reintegrarse al lugar de internamiento al término de estas actividades. Igualmente podrá salir, previa la misma autorización, para asistir a sus prácticas religiosas o para recibir asistencia médica, que, siendo, necesaria, no pueda serle prestada en el lugar en que estuviere cumpliendo la prisión atenuada, o por cualquier otra causa justificada a juicio del Juez Togado o del Tribunal Militar.”

²⁵ Esto en línea también con la LO 2/1989, cuyo artículo 225 reza: “El mismo Juez que tenga facultades para acordar la prisión preventiva, cuando en el preso concurren circunstancias excepcionales que a su juicio lo aconsejen, podrá, *de oficio o a petición de aquél o de su defensor*, disponer que la prisión sea atenuada (...)”.

²⁶ Entre otros, ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión provisional*, Madrid, 1987, pp. 199 a 203; BARONA VILLAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Barcelona, 1988, pp. 111 a 119; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional*, Cizur Menor, 2004, p. 202. Otro extremo también reivindicado por estos autores y que, sin embargo, no ha sido atendido es el de configurar la prisión atenuada como una medida cautelar distinta y alternativa a la prisión provisional en vez de como una modalidad de esta.

La advertencia es que, en contra de lo anunciado en la Exposición de Motivos²⁷ y de lo que en este sentido previeron el Anteproyecto de 2011 y el Borrador de Código procesal penal de 2013²⁸, la avanzada edad del encausado no se contempla entre los supuestos que franquean el acceso a esta modalidad de prisión. Esta es la llamativa omisión que anunciaba arriba.

El interrogante es el siguiente: ¿qué es lo que hace especial a estos supuestos comparados con aquellos otros ordinarios? Lejos de los que cabría pensar, la respuesta a esta pregunta no es que para estos supuestos se imponga la prisión atenuada; al contrario. El artículo 256.1, amén de dejar claro que en estos supuestos la prisión atenuada es también facultad del juez, incide en la excepcionalidad de la medida sobre la base de que solo podrá acordarse cuando no resulte necesario disponer el ingreso en un centro penitenciario especializado o en un centro de curación, tratamiento o estancia adecuados a las características de la situación individual del encausado, o cuando no quepa eludir su ingreso en un centro penitenciario ordinario²⁹. Pero, ¿acaso esto último no es predicable también de los supuestos ordinarios? Sirva lo retórico de la pregunta para llamar la atención sobre el que, a mi modo de ver, es el principal *punctum dolens* del régimen atenuado de la prisión provisional: la artificiosa distinción entre los supuestos ordinarios y los supuestos especiales.

5.3. Duración

Aunque de menor importancia, el régimen atenuado de la prisión provisional presenta otro punto débil, referido a su duración. En este sentido el artículo 257 dispone que “La prisión atenuada y los internamientos establecidos en el apartado b) del artículo anterior (*i.e.*, el ingreso en un centro pe-

²⁷ Lo que se lee en la Exposición de Motivos del Anteproyecto es, concretamente, lo siguiente: “Se mantiene, en cualquier caso, la completa regulación que el Anteproyecto de 2011 hizo de la llamada prisión atenuada, que permite la adaptación del régimen ordinario de prisión preventiva (un desliz —interpolo— en la terminología) a ciertos supuestos de hecho excepcionales (*avanzada edad*, gestación, enfermedad...) en los que la situación de la persona encausada puede requerir condiciones menos gravosas.

²⁸ El artículo 211.1 del Anteproyecto de 2011 y el artículo 158.1 del Borrador de Código procesal penal de 2013 coincidían, en efecto, en incluir entre estos supuestos especiales a los mayores de setenta años.

²⁹ De acordarse los internamientos mencionados en el literal b) del artículo 256.1 (*i.e.*, el ingreso en un centro penitenciario especializado, o en un centro de curación, tratamiento o estancia adecuados a las características de la situación individual del encausado) el Juez habrá de acordar también las medidas complementarias que estime pertinentes para asegurar que el encausado no se sustraerá de la acción de la justicia y para controlar la evolución del tratamiento. Y similares prevenciones tendrá que tomar cuando acuerde el ingreso del encausado en un centro penitenciario ordinario; también entonces “cuidará de que el régimen de la prisión provisional no afecte al estado físico o psíquico del preso preventivo y no se frustre el tratamiento seguido” (art. 256.2).

nitencionario especializado o en un centro de curación, tratamiento o estancia adecuados a la situación individualizada del encausado) no podrán superar los plazos previstos para la prisión provisional”.

Pues bien, si se repara, esta previsión es confusa y superflua. Es confusa porque su tenor da por supuesto que los consabidos internamientos son en su totalidad algo distinto de la prisión atenuada, cuando lo cierto es que solo del ingreso en un centro penitenciario especializado cabe admitir la diferencia. Y es superflua porque lo dicho en ella es algo que lógicamente se infiere del dato consistente en que la prisión atenuada sea una modalidad de la prisión provisional.

III. EL INTERNAMIENTO CAUTELAR

El Anteproyecto añade al régimen general de las medidas cautelares personales un régimen especial de aplicación a los supuestos de discapacidad del encausado, esto es, a los casos en que este padezca “limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales que le impidan o dificulten comprender el significado y las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o que le limiten o imposibiliten para valerse por sí mism(o) en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales”³⁰.

Como se avanzó desde el principio, este otro régimen no se encuentra recogido en el Libro II, sino en el Libro I; concretamente, en el marco del denominado estatuto de la persona encausada con discapacidad³¹. Es en este contexto, por tanto, donde se insertan las reglas aplicables a las medidas cautelares en casos de discapacidad y, en lo que ahora interesa, las relativas al internamiento cautelar (arts. 75 a 78).

Antes de examinar el régimen jurídico de esta medida, permítanseme un par de puntualizaciones en torno a su fundamento:

La primera es que su regulación no responde, como se presenta, “a las exigencias enunciadas por la STC 217/2015”, sino más propiamente a las de la STC 84/2018, de 16 de julio. Estas resoluciones del TC enfrentaron un específico problema: el mantenimiento de la prisión provisional tras sentencia absolutoria fundada en la inimputabilidad del acusado y duran-

³⁰ Las palabras entrecomilladas corresponden a la noción de discapacidad empleada en el artículo 61 del Anteproyecto.

³¹ Sobre el estatuto en general de la persona encausada con discapacidad, vid. RAMÍREZ ORTIZ, J.L., y RUEDA SERRANO, Y., “El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI”, en *Diario La Ley*, nº 9809, 12 de marzo de 2021.

te la tramitación del recurso interpuesto frente a ella. En este contexto, la STC 217/2015, de 22 de octubre, se limitó a declarar que la posibilidad de prorrogar la prisión provisional hasta el límite de la pena impuesta en la sentencia cuando esta es recurrida (art. 504.2, *i.f.*, LECrim) no proporciona cobertura al internamiento cautelar de quien en la instancia resultó absuelto por razón de su enfermedad mental. No fue más allá³². Sí lo hizo, en cambio, la STC 84/2018, en la que se apuntó que correspondía al legislador “poner fin a este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico”. Así y todo, lo cierto es que antes de estas resoluciones, el TC ya había advertido de la deficiente regulación en este punto de las medidas cautelares (cfr. STC 191/2004, de 2 de noviembre); deficiencia de la que otras instituciones y órganos se hicieron igualmente eco, incluidos nuestros tribunales penales. Tanto es así que, salvo algunas resoluciones aisladas, el criterio jurisprudencial hoy mayoritario es que no existe base legal para acordar el internamiento cautelar del investigado³³.

La segunda puntualización es para dejar claro que la *ratio* del internamiento cautelar se resume —en consonancia, aquí sí, con determinados compromisos internacionales³⁴ y exigencias del TEDH³⁵— en conjugar los

³² Realiza un análisis detallado de esta Sentencia NISTAL BURÓN, J., “El internamiento cautelar de personas que no siendo penalmente responsables están sujetas a proceso a efectos de la imposición eventual de una medida de seguridad privativa de libertad: a propósito de la STC 217/2015”, *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 5, 2016, pp. 119 a 128.

³³ La necesidad de abordar una regulación específica del internamiento cautelar concita también desde hace tiempo a estudiosos y prácticos. Así, y por todos, DE LA ROSA CORTINA, J. M., “Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas”, *La Ley Penal*, 108, mayo-junio 2014; DEL MORAL GARCIA, A., “Internamientos de extranjeros, incapaces y menores”, en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, VI, 1988, p. 253; GÓMEZ ESCOLAR MAZUELA, P., “Prisión preventiva y medidas de seguridad. La STC 217/15 de 22 de octubre”, en *Diario La Ley*, nº 8677, 8 de enero de 2016, pp. 2 a 5; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad”, en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*. 1997, II, p. 185; y SANTAMARÍA MATESANZ, J.P., y PÉREZ PÉREZ, J.J., “El internamiento psiquiátrico en el proceso penal”, en *Boletín digital penal*, nº 24, mayo 2018, esp. pp. 2 a 12.

³⁴ Básicamente estos compromisos vienen de la mano de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 21 de abril de 2008 (BOE-A-2008-6963), así como de la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales (DOUE C 378/8, 24.12.2103). Así, dispone el artículo 14.2 de la Convención que “Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la *realización de ajustes razonables*”. En términos más precisos aún, se pronuncia la Comisión Europea al recomendar que “14. Los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que la privación de libertad de las personas vulnerables antes de su condena es una medida de *último recurso, proporcionada y realizada en condiciones que se ajustan a sus nece-*

fines propios de las medidas cautelares personales con la necesidad de dispensar al encausado con discapacidad la atención médica o asistencial que precise, y de procurarla, además, en un establecimiento especializado.

Otra observación importante, en lo que concierne ya a su régimen jurídico, es que el internamiento cautelar no se vincula genéricamente a los supuestos de discapacidad del encausado, sino lo que es distinto a la probabilidad de que este sea considerado inimputable y, por ende, a que acabe imponiéndosele no una pena sino una medida de seguridad privativa de libertad. Dicho más claramente, y en palabras del Anteproyecto: “cuando existan indicios racionales de que la persona encausada cometió el hecho delictivo concurriendo alguna de las eximentes previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código Penal y fuera previsible la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, no cabrá acordar la prisión provisional”, pero sí “la medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial” (art. 75).

El pronóstico de inimputabilidad y de imposición de una medida de seguridad cierra, pues, el portillo a la prisión provisional, pero lo abre respecto del internamiento cautelar. Con todo, a efectos de acordar este último, aquel pronóstico no basta, pues junto a él deben darse también (i) los requisitos propios de la prisión provisional y los fines que la legitiman; y (ii) la imposibilidad de adoptar otra medida menos gravosa para el encausado, pero igualmente útil para alcanzar aquellos mismos fines.

Atendido esto último en nada sorprende que, para acordar el internamiento cautelar, resulte obligado celebrar la comparecencia del 261. Y tampoco que, en lo relativo a su duración, abono y procedimiento (esto último, dejando al margen las especialidades), esta medida deba ajustarse a lo previsto para la prisión provisional (arts. 75, párrafo III, y 78).

Por lo demás, lo dicho hasta aquí pone de relieve las innegables similitudes entre el internamiento cautelar y la prisión atenuada, aunque también el *quid* que las distingue.

Así las cosas, es claro que ambas medidas participan siquiera en parte de un mismo fundamento —el de conciliar la salud y seguridad del encausado y su tratamiento médico, terapéutico o asistencial con los fines propios de las medidas cautelares—. Y otro tanto puede decirse de sus presupuestos,

sidades. En caso de privación de libertad, deben adoptarse medidas adecuadas para garantizar que las personas vulnerables disponen de alojamiento razonable en función de sus necesidades particulares”. Las cursivas son propias.

³⁵ Cfr. entre otras, SSTEDH *Pankiewicz c. Polonia* de 12 de febrero de 2008; *Bizzotro c. Grecia*, de 15 de noviembre de 1996; y *Ashingdane c. Reino Unido* de 28 de mayo de 1985.

del procedimiento previsto para su adopción y mantenimiento, y de los lugares, en fin, en los que puede llevarse a cabo.

Por su parte, lo que separa el internamiento cautelar de la prisión atenuada gravita sobre el consabido pronóstico de inimputabilidad y de imposición de una medida de seguridad. No en vano, dándose este pronóstico, lo procedente es acordar el internamiento cautelar. Por el contrario, a falta de tal pronóstico o si este es solo de semi-imputabilidad pero durante el proceso se aprecia un déficit en la capacidad del encausado, lo procedente es acordar la prisión atenuada³⁶.

Justamente porque el punto secante entre el internamiento cautelar y la prisión atenuada consiste en un pronóstico o juicio provisional, el Anteproyecto prevé que, tras haberse acordado inicialmente el internamiento, este puede ser sustituido por la prisión atenuada. Y a la inversa³⁷ (art. 77.1 y 2). En este contexto, además, la propuesta toma el concreto testigo lanzado en su momento por el TC, y prevé expresamente que, si la sentencia dictada en primera instancia aprecia la concurrencia de una eximente completa de los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código Penal e impone una medida de seguridad privativa de libertad, se acordará —imperativamente— el internamiento cautelar, que podrá prolongarse hasta la mitad de la duración de la medida que haya sido impuesta (art. 77.3).

Como se coincidirá, aun cuando solo sea por colmar este último vacío normativo, la regulación del internamiento cautelar debe ser saludada como un acierto.

Desde la perspectiva conjunta de la regulación de esta medida y la prisión atenuada, mi juicio, sin embargo, no es tan positivo. En este sentido, he de insistir en que, así como se prevé que la medida de internamiento cautelar ha de ajustarse a la prisión provisional en lo no específicamente regulado para aquella, no existe una previsión pareja para el supuesto contrario, esto es, para el caso de que, por encontrarse sobrevenidamente el encausado en circunstancias que aconsejen su ingreso en un centro psiquiátrico, de deshabitación o similar, proceda la prisión atenuada. Obviamente, la insis-

³⁶ En el mismo sentido, RAMÍREZ ORTIZ, J.L., y RUEDA SERRANO, Y., “El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI”, cit., pp. 10 y 11.

³⁷ Solo para el caso de que, habiéndose acordado inicialmente la prisión provisional, sobrevengan motivos para entender que pueden ser de aplicación las eximentes completas de los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP, se prevé cómo hay que proceder: convocando la celebración de una comparecencia para decidir si procede la puesta en libertad del encausado o el internamiento cautelar (art. 77.2). Para el caso contrario no hay, sin embargo, previsiones, limitándose la propuesta a señalar que “en cualquier momento el procedimiento podrá ser sustituido por alguna de las fórmulas previstas para la prisión atenuada, si las circunstancias así lo requirieran” (art. 77.1).

tencia en este punto obedece a que, a mi modo de ver, sería razonable que las especialidades previstas para el internamiento cautelar se extendieran al encausado allí donde concurren los requisitos necesarios para acordar la prisión atenuada.

IV. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL

La Exposición de Motivos del Anteproyecto reconoce sin ambages que la *ratio* de lo que en él se regula sobre indemnización por prisión provisional es de índole constitucional; que tiene por fuente, con mayor exactitud, la doctrina acuñada en la muy comentada STC (Pleno) 85/2019, de 19 de junio³⁸.

Como se recordará, esta Sentencia dio respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el propio Pleno del TC sobre el artículo 294.1 LOPJ. Y, como igualmente se recordará, la respuesta fue la de declarar parcialmente inconstitucional y nulo el artículo 294.1 LOPJ, al considerarse que los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” eran contrarios al derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)³⁹.

³⁸ La STC 85/2019 es, efectivamente, la fuente de la que bebe una muy copiosa literatura jurídica. Traigo a esta nota tan solo algunos botones de muestra: DE HOYOS SANCHO, M., “La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas”, en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, 2020-nº 1, pp. 127 a 173; DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “Indemnización por prisión preventiva injusta: evolución del artículo 294.1 LOPJ a la luz de la jurisprudencia nacional y europea”, *Revista Justicia*, 2020-2, pp. 309 a 341; MANZANARES SAMANIENGO, J.L., “La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019”, *Diario La Ley*, nº 9759, 2020; MARTÍN LORENZO, M^a., “Prisión provisional y presunción de inocencia”, en *Libro homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019, Vol. I, pp. 197 a 210; MEDINA ALCOZ, L., y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2019, nº 200, pp. 147 a 190; MUÑOZ CARRASCO, P., “Los presos preventivos absueltos podrán ser indemnizados (Comentario a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 85/2019, de 19 de junio de 2019)”, en *Diario La Ley*, nº 9481, de 19 de septiembre de 2019, pp. 1 a 10; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez: La STC 85/2019, de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, en *Diario La Ley*, nº 9477, de 13 de septiembre de 2019, pp. 1 a 14; y SIMÓN CASTELLANO, P., “El sistema de indemnización por prisión provisional injusta en la encrucijada. Propuestas y sugerencias constructivas ante la pereza del legislador”, en *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Dir. A. Abadías Selmo), Cizur Menor, 2021, pp. 355 a 376.

³⁹ La doctrina de la STC 85/2019 fue avalada, al poco, por la STC 125/2019, de 30 de octubre y por otras muchas posteriores (así, *v.gr.*, SSTC 130/2019, 131/2019, 135/2019, 136/2019, 137/2019, 138/2019, 139/2019, 140/2019, 141/2019, 142/2019, 143/2019, 144/2019, 145/2019, 147/2019, 151/2019, 154/2019, 162/2019, 163/2019, 164/2019, 165/2019, 166/2019, 167/2019, 168/2019, 169/2019, 170/2019, 171/2019, 173/2019, 174/2019, 175/2019, 8/2020, 44/2020, 45/2020 y 64/2020).

No obstante, en lo que aquí concierne, el interés de la STC 85/2019 no radica tanto en su fallo cuanto en su fundamentación jurídica y, en particular, en los siguientes extremos:

- Para el TC la finalidad del 294.1 LOPJ es de tipo indemnizatorio o compensatorio⁴⁰, si bien se trata de un supuesto radicalmente distinto al error judicial y del funcionamiento anormal de la administración de justicia. El legislador orgánico —vino a decir el TC en este sentido— ha tenido a bien reconocer el derecho a la indemnización de los daños sufridos por la prisión provisional como “compensación del sacrificio legítimo impuesto en aras del interés general” que sería el de soslayar ciertos riesgos relevantes respecto del desarrollo del proceso, la efectividad de la sentencia penal o la protección de las víctimas o de la sociedad en general.
- Aunque la responsabilidad por prisión provisional tiene dimensión constitucional, de ello no necesariamente se deriva que la indemnización sea automática en todos los casos. Antes bien, a juicio del máximo intérprete de nuestra Constitución, esta es compatible con un régimen legal que excluya aquella indemnización o la limite a determinados supuestos⁴¹. Naturalmente —se decía en la comentada STC 85/2019—, acuñar este régimen es cometido del legislador, debiéndose aplicar, de no haber intervención legislativa, la teoría general de la responsabilidad civil y “los criterios propios del Derecho general de daños (como pueden ser —citaba expresamente— la *compensatio lucri cum damno* o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima)”.

Ambos pronunciamientos enmarcan, ciertamente, las novedades del Anteproyecto en este terreno. En apretada síntesis, estas novedades también son dos:

⁴⁰ “Indemnización y compensación” son términos que aquí, como en la STC 85/2019, se emplean como sinónimos no siéndolo en propiedad. De hecho, uno de los votos particulares emitidos frente a esta Sentencia —el formulado por la magistrada Encarnación Roca Trías, favorable a entender que el 294.1 LOPJ ampara *stricto sensu* una compensación— deja traslucir la ausencia de unanimidad en este contexto. Con todo, la mayoría de la doctrina se inclina por entender que, *de lege data*, estamos ante un supuesto indemnizatorio. Así, y por todos, SIMÓN CASTELLANO, P., *La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial* (con A. Abadías Selmo), Cizur Menor, 2020, p. 348.

⁴¹ A decir del TEDH, igual compatibilidad es predicable del CEDH (art. 6.2.). En este sentido, PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., “La crisis de la prisión provisional. Su conveniente reducción a la mínima expresión”, en *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (dirs. P. Simón Castellano y A. Abadías Selmo), Cizur Menor, 2021, p. 101.

Una es que el resarcimiento de los daños sacrificiales derivados de la prisión provisional se reconoce en términos de derecho subjetivo, previéndose, además, el régimen indemnizatorio que rige para estos casos, esto es, los supuestos indemnizables y los criterios de fijación del *quantum* indemnizatorio.

La otra novedad es la introducción de un procedimiento especial para obtener la indemnización por prisión provisional.

Será este procedimiento de nuevo cuño el que monopolice la atención de las próximas páginas. No obstante, atendidas sus implicaciones en este procedimiento, algo conviene señalar también sobre aquella primera novedad:

Así, y de un lado, conviene reparar en que el reconocimiento a obtener una indemnización en términos derecho subjetivo implica que el inicio del nuevo procedimiento especial queda supeditado a la reclamación expresa del interesado⁴².

De otro lado, es de notar que el régimen indemnizatorio de la prisión provisional se dibuja en línea con lo sugerido en la STC 85/2019. Una lectura conjunta de los apartados 3 y 4 del artículo 9 y del artículo 10 del Anteproyecto lleva, en efecto, a concluir: (i) que la procedencia y determinación de la indemnización por prisión provisional se rige por los criterios propios de la teoría general de la responsabilidad civil y del Derecho de daños; (ii) que los supuestos indemnizables son aquellos en que, tras la prisión provisional, recae sentencia firme absolutoria o auto de sobreseimiento; y (iii) que, además de lo anterior, los daños han de ser realmente efectivos y no responder inmediata o principalmente a la conducta del investigado⁴³.

Atendido el dibujo se advierte sin dificultad que en él hay trazos discutiblemente gruesos, pinceladas que faltan y, sobre todo —sigo con el símil—, una tendencia pictórica muy diferente de la actual.

⁴² En igual sentido, vid. apartado XC de la Exposición de Motivos.

⁴³ En uno y otro sentido —precisa el artículo 10 del Anteproyecto— ha de estarse al tiempo de privación de libertad abonado en todo o en parte en otra causa (*compensatio lucri cum damno*), así como al “incumplimiento de las reglas imperativas de conducta, en particular, el quebrantamiento de medidas cautelares menos gravosas o el intento efectivo de sustracción de la acción de la justicia, de ocultación o destrucción de fuentes de prueba o de atentado contra los bienes jurídicos de la víctima”. Como es notorio, la enumeración de estos criterios guarda correspondencia con los fines que legitiman la prisión provisional, si bien falta la referencia a la reiteración delictiva. Otro extremo evidente es que estos criterios son enunciativos. Más todavía: si se repara, la contribución causal del investigado respecto de los daños padecidos por la prisión provisional puede no responder al incumplimiento de una regla imperativa, tal sería el caso de que el investigado confiese falsamente ser autor del hecho delictivo o de que decida no aportar a la causa pruebas exculpatorias que estén en su poder.

La nueva tendencia estriba en que, de consumarse la propuesta, la petición indemnizatoria por prisión provisional se regirá en lo específicamente no regulado por las reglas generales del Derecho de daños.

Los trazos discutiblemente gruesos son, por su lado, los empleados para diseñar los supuestos indemnizables. A la sazón, el Anteproyecto no hace distinción entre los motivos que den lugar al sobreseimiento o a la sentencia absolutoria, de modo tal que la vía de la indemnización parece dejarse abierta a cualquier clase de sobreseimiento o sentencia de signo absolutorio, sin más excepciones o atenuaciones —y esto es lo discutible— que la *compensatio lucri cum damno* y la relevancia causal de la conducta de quien estuvo sometido a prisión provisional⁴⁴.

Las pinceladas que faltan atañen, finalmente, a los criterios que deben tenerse en cuenta para la fijación del *quantum* indemnizatorio. Sobre estos criterios, los artículos 9 y 10 solo mencionan, como vengo diciendo, la *compensatio* y la relevancia causal de la conducta del preso preventivo. Nada dicen, sin embargo, sobre los criterios previstos en el artículo 294.2 LOPJ, esto es, sobre el tiempo de privación de libertad y las consecuencias personales y familiares que se hayan producido, y menos aún sobre aquellos a los que, según nuestra jurisprudencia, hay que atender para precisar aquel *quantum*⁴⁵.

1. ¿ANTE UN NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL ESPECIAL?

Entrando en el análisis del nuevo procedimiento, debe comenzarse por el que, sin duda, es su rasgo más característico. Me refiero al hecho mismo de

⁴⁴ Lo cuestionable no es que se quiera instaurar la regla indemnizatoria sin distinguir si el sobreseimiento o la sentencia absolutoria se han fundado en inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo, en la insuficiencia de prueba para condenar (*in dubio pro reo*) o en la suficiencia de prueba de la inocencia. Antes al contrario, desde la perspectiva constitucional y las exigencias del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la igualdad, resulta del todo obligado hacer abstracción de esta clase de consideraciones.

Sin embargo, no puede decirse otro tanto del total haz de motivos que pueden dar lugar al sobreseimiento o a la sentencia absolutoria. Antes bien, en este sentido, entraría dentro de lo razonable excluir de la regla indemnizatoria no solo los supuestos de *compensatio* y de relevancia causal de la conducta de quien se vio legítimamente sometido a prisión preventiva, sino algunos otros. De hecho, así se contempla en un ordenamiento jurídico tan cercano al nuestro como el francés, que excepciona del derecho a obtener una indemnización por prisión provisional los supuestos, p.ej., en que la sentencia absolutoria tiene por fundamento la eximente de alteración psíquica o la prescripción, o cuando tras ella se decreta una amnistía (art. 149 CPP). Para un estudio en detalle de estas excepciones y, más en general, de los modelos de reparación por prisión provisional en el sistema francés, italiano y alemán, es de lectura obligada el trabajo de DE HOYOS SANCHO, M., *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, 2000, pp. 90 a 102.

⁴⁵ Vid. *infra* nota 56.

que su regulación se traiga a la proyectada Ley de Enjuiciamiento Criminal con la condición de un proceso penal especial. El “procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución” sirve, en efecto, de epílogo al Libro VIII dedicado a los procesos especiales. Concretamente, es el Título VII de este Libro VIII —artículos 868 a 872— el que le da cobertura.

Según señala la Exposición de Motivos, tanto la opción de confiar la decisión sobre la indemnización por prisión provisional a los órganos del orden penal de la jurisdicción como la regulación del nuevo procedimiento están inspiradas en el Código de procedimiento penal francés⁴⁶. Es más: por aquella también se sabe que, en la decisión de trasladar la tradicional “competencia” para obtener una indemnización por prisión provisional del ámbito administrativo o contencioso-administrativo al penal⁴⁷, lo determinante ha sido que los tribunales penales son “los que se encuentran en las mejores condiciones para valorar los elementos que pueden determinar la *denegación* del resarcimiento”.

Si resalto “*denegación*” es porque, habiéndose configurado el resarcimiento de los daños sacrificiales en términos de derecho subjetivo y habiéndose diseñado los supuestos indemnizables con tanta amplitud, resulta paradójico cuando menos que la propuesta se exprese en clave de *denegación* y no de reconocimiento⁴⁸. Pero lo más llamativo no es esto. Tampoco, como veremos, que la competencia para conocer de este procedimiento no siempre recaiga en el tribunal que acordó la medida cautelar, que es —apostillo— es que estará en las mejores condiciones para valorar la procedencia de la petición indemnizatoria. Lo verdaderamente llamativo —inspiraciones al margen— es que se confiera carácter *penal* a un procedimiento que es exclusivamente instrumental del Derecho civil, del Derecho de daños, pero

⁴⁶ Cfr. artículos 149, 149-1 a 149-4 y 150; y artículos R26 a R40-3 del *Code de procédure pénale*. Al igual que en Francia, también el *Codice di procedura penale italiano* (arts. 314 y 315 y 643 y ss.) se inclina porque la petición indemnizatoria por prisión provisional curse ante los órganos del orden penal.

⁴⁷ De fructificar la propuesta es claro que este traslado exigirá modificar el artículo 294 LOPJ, pero también el artículo 9 de este mismo texto legal. En este último sentido, concretamente, serán precisas dos reformas: una para extender el ámbito de actuación de los tribunales penales al conocimiento de causas no criminales (art. 9.3 LOPJ) y otra para excepcionar este procedimiento del ámbito de actuación de los tribunales del orden contencioso-administrativo en tanto hoy día estos extiende su jurisdicción al conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (art. 9.4 LOPJ)

⁴⁸ No es solo la Exposición de Motivos la que se expresa en estos términos. Antes bien, con ocasión de regular la también nueva Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional, se llega a prever que el informe anual que debe elaborar esta Comisión sobre los casos que hayan dado lugar a indemnización por prisión provisional incluirá, en su caso, “las medidas o reformas necesarias para *reducir* este tipo de casos en el futuro” (art. 872.3).

no del Derecho penal. Lo asombroso, en otras palabras, es que asuntos de naturaleza indiscutiblemente civil que toman como premisa, además, la ausencia de responsabilidad penal, sean confiados a los tribunales penales⁴⁹.

2. SUPUESTOS INDEMNIZABLES

El nuevo procedimiento especial tiene por *prius* la prisión provisional, lo que significa que solo puede aspirarse a obtener una indemnización en el caso de haberse adoptado esta medida (en cualquiera de sus modalidades, se entiende), pero no así cuando se han acordado otras medidas cautelares, personales o reales, y tampoco cuando el sacrificio por razones de interés general trae causa de otro tipo de actuaciones⁵⁰.

Otro de los presupuestos del nuevo procedimiento es que el proceso en que se acordó la prisión provisional debe haber concluido por (i) decreto de archivo dictado conforme a las letras a), b) y c) del artículo 586.2⁵¹; (ii) auto de sobreseimiento; o (iii) sentencia absolutoria. Estas decisiones o resoluciones deben ser, además, firmes (art. 868).

⁴⁹ Antes de hacerse público el Anteproyecto, ya DE HOYOS SANCHO se manifestaba partidaria de esta opción, creo entender que en la idea de que así se orillaba la necesidad actual de tener que acudir previamente a un órgano administrativo. Cfr. *Efectos ad extra de la presunción de inocencia*, *op. cit.*, p. 96.

⁵⁰ Parece despreciarse, en consecuencia, la propuesta —abanderada por un cualificado sector de nuestra doctrina— de extender, en línea con lo previsto en otros sistemas procesales, la posibilidad indemnizatoria a otras medidas cautelares legítimamente acordadas y no seguidas de condena (*v.gr.*, la detención no seguida de prisión, la obligación periódica de comparecencia o las hasta ahora denominadas órdenes de alejamiento) e incluso a otras actuaciones procesales afflictivas para el investigado en las que puede resultar igualmente necesario “compensar el sacrificio legítimo impuesto en aras del interés general”. Cfr., en este sentido, DE HOYOS SANCHO, M., “La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas”, *cit.*, pp. 167 y 168, y también en *Efectos ad extra de la presunción de inocencia*, *op.cit.*, p. 108; así como MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El nuevo texto constitucional del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, nº 9563, de 29 de enero de 2020, pp. 10 a 13.

⁵¹ Reproducimos para comodidad del lector y con vistas a lo que más adelante se dirá el artículo 586.2, cuyo tenor, dicho sea de paso, parece ser compendio de lo que hoy disponen los artículos 637 y 641 para el sobreseimiento libre y provisional.

“A los efectos del apartado anterior, procederá la conclusión y archivo del procedimiento (de investigación):

- a) Cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal.
- b) Cuando aparezcan exentas de responsabilidad criminal las personas investigadas y no deba imponerse una medida de seguridad.
- c) Cuando de la investigación resulte que la persona investigada no ha tenido participación en el hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento.
- d) Cuando no existan indicios racionales de la comisión del hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento.
- e) Cuando no haya elementos suficientes para atribuir la responsabilidad criminal a una persona determinada”.

Definidos así los supuestos indemnizables, salta a la vista que el artículo 868 concreta —ampliándolas— las previsiones de los artículos 9 y 10 del Anteproyecto. No en vano, según aquel primer precepto, los supuestos indemnizables son la prisión provisional seguida de auto de sobreseimiento y la prisión provisional seguida de sentencia absolutoria, pero también la prisión provisional seguida de decreto de archivo.

Ocurre, empero, que lo que el artículo 868 tiene de concreción en comparación con aquellos artículos, lo tiene de imprecisión en su mismidad. No exagero.

Cuando el artículo 868 dibuja como situación indemnizable la prisión provisional seguida de decreto de archivo dictado en alguno de los supuestos previstos en los literales a) b) y c) del artículo 586.2, ¿a qué se refiere?, ¿a que solo franquea la indemnización el decreto de archivo que pone fin a la fase de investigación en aquellos supuestos?, ¿o a que cualquier decreto de archivo recaído durante la fase de investigación permite la indemnización con tal de que esté fundado en alguno de esos supuestos?

Más preguntas y no baladías: en relación también con el decreto de archivo, ¿debe considerarse que el artículo 868 se limita a recoger, modelándolas, las actuales previsiones del 294.1 LOPJ en relación con el sobreseimiento libre? Y, de ser así, ¿qué razón hay para no incluir entre los supuestos indemnizables el literal d) del artículo 586.2, es decir, al caso que el proceso penal concluya “cuando no existan indicios racionales de la comisión del hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento”? ¿Acaso tras el artículo 868 está la voluntad de ampliar el elenco de los supuestos indemnizables a los actuales motivos que hoy sustentan el sobreseimiento libre y el sobreseimiento provisional⁵²? Y, en tal hipótesis, ¿no habría sido más correcto referirse sin más al artículo 586.2 en vez de solo a algunos de sus literales?

Como señalaba *supra*, también la literalidad del artículo 868 adolece de imprecisión en lo relativo a la prisión provisional seguida de auto de sobreseimiento. Por de pronto plantea la muy importante cuestión de si la situación indemnizable abarca cualquier auto de sobreseimiento⁵³ y, por tanto, no solo los supuestos en que este se decreta por los motivos del artículo

⁵² La tesis consistente en permitir la indemnización por prisión provisional cuando el proceso penal termina con sobreseimiento provisional es defendida, entre otros, por SIMÓN CASTELLANO, P., *La prisión provisional a análisis...*, *op.cit.*, pp. 351 y ss., y también del mismo autor “El sistema de indemnización por prisión provisional injusta en la encrucijada...”, *cit.*, pp. 360 y 361.

⁵³ Repárese que, en favor de esta conclusión, abona también el artículo 9, apartado 4, en tanto se refiere a “autos (en plural) de sobreseimiento”.

622.1 (*i.e.*, por no existir indicios racionales de haberse cometido el hecho sobre el que se sustenta la acusación, o no ser el hecho constitutivo de infracción penal, o haber prescrito esta última, o por haber recaído, en fin, sobre los mismos hechos una resolución con efectos de cosa juzgada), sino también cuando se acuerda en procesos por delitos en que el bien jurídico protegido es exclusivamente individual y ni el Ministerio Fiscal ni la víctima ejercen acusación (art. 622.3); o cuando se acuerda porque el Juez de la Audiencia Preliminar entiende que la acusación no está suficientemente fundada (art. 623); o cuando trae causa de haberse retrasado indebidamente la celebración de la primera comparecencia (art. 624).

3. LEGITIMACIÓN Y COMPETENCIA

La propuesta refiere que la persona encausada que haya padecido prisión provisional puede reclamar una indemnización por los daños que se hayan derivado de dicha medida (art. 868). Da pie así a plantearse si la legitimación activa para promover este proceso especial corresponde con carácter exclusivo y excluyente al otrora preventivo o si la referencia debe completarse con los criterios propios del Derecho general de daños y, por lo mismo, si cuentan también con legitimación personas distintas del preso preventivo a las que la medida también puede haber deparado perjuicios⁵⁴.

En cuanto a la competencia, dicho está que la *ratio* del Anteproyecto es residenciar este procedimiento en los tribunales penales por entender que son ellos los que están en las mejores condiciones para valorar si procede —o no— la indemnización por prisión provisional.

Lo que aún se ha dicho es que, en puridad, el Anteproyecto no se acomoda del todo a esta *ratio*. Antes bien, si no creo ver mal, de prosperar la propuesta, lo habitual será que la competencia para conocer de este procedimiento recaiga en un órgano distinto del que acordó la prisión provisional. No otra cosa se infiere del momento procesal en que normalmente se adopta esta medida (la fase de investigación) y del artículo 869 que concentra la competencia para conocer de este proceso especial en un reducido número de tribunales, en concreto en:

“a) La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia cuando la prisión provisional se haya adoptado en un proceso penal de su competencia por razón del afo-

⁵⁴ Se interpela en igual sentido, aunque solo en relación con los herederos de quien se padeció prisión provisional, MANZANARES SAMANIENGO, J.L., “La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019”, *Diario La Ley*, nº 9759, 22 de diciembre de 2020, p. 5.

ramiento o en un procedimiento penal de la competencia (de) un tribunal de instancia incardinado en el ámbito de su circunscripción.

b) La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando la prisión provisional se haya acordado en un proceso penal de la competencia de dicho tribunal.

c) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando la prisión provisional se haya acordado en un proceso penal de su competencia por razón del aforamiento”.

4. PROCEDIMIENTO

El procedimiento para obtener una indemnización por prisión provisional un procedimiento civil simplificado con trazas de procedimiento administrativo. *Sic et simpliciter*.

Su inicio, como se indicó, exige instancia de parte. Así, quien aspire a obtener una indemnización por prisión provisional deberá presentar una reclamación —el artículo 870 utiliza también el término “demanda”—, firmada por abogado y procurador, en los treinta días siguientes a la notificación de la resolución que haya puesto fin al proceso; un tiempo —qué duda cabe— cortísimo comparado con el actual de un año (arts. 294.3 y 293.2 LOPJ)⁵⁵.

En esta demanda habrá que justificar el tiempo transcurrido en prisión preventiva⁵⁶, la efectividad de los daños derivados de la medida y el importe al que ascienden estos últimos, pudiendo asimismo proponerse prueba.

⁵⁵ También desde la perspectiva comparada este plazo de treinta días se revela en extremo breve. Y no solo en clave de tiempo —que también (nótese que en Francia y Alemania el plazo previsto es de seis meses, y en Italia de dos años)—, sino a la luz de la diligencia que en este extremo va a ser exigible al peticionario, habida cuenta de que el Anteproyecto no prevé que las resoluciones que franquean la indemnización por prisión provisional hagan referencia expresa a este derecho ni, por ende, al cauce procedimental que debe seguirse para su satisfacción.

⁵⁶ Aun cuando esta referencia al tiempo transcurrido en prisión preventiva (art. 870.1) amplía los criterios de fijación del *quantum* indemnizatorio *ex* artículo 10 del Anteproyecto (*compensatio* y contribución causal del encausado a la producción del daño), la propuesta en este punto sigue siendo paupérrima. Prueba de ello es que ni menciona que, en la fijación del *quantum*, ha de atenderse a “las consecuencias personales o familiares que se hayan producido” (art. 294.2 LOPJ), ni recoge ninguno de los criterios orientativos que, a raíz de la STC 85/2019, ha ido apuntando la Sala Tercera del Tribunal Supremo al efecto (así, *v.gr.*, los daños morales fruto del desprestigio social, la ruptura con el entorno y la angustia, ansiedad o frustración aparejadas a la privación de libertad; el lucro cesante y los perjuicios económicos asociados a la pérdida de trabajo; la edad, salud y conducta cívica del encausado; y la existencia de personas a cargo del preso preventivo) Cfr., entre las más recientes, SSTS 3534/2020, de 8 de octubre; 3536/2020, de 27 de octubre; y 693/2021, de 11 de febrero.

Con todo, más que la parquedad en sí del Anteproyecto, lo preocupante en este terreno es que en él se da pábulo a la objetivización de la indemnización, esto a es, a un sistema de módulos en el que el *quantum* indemnizatorio sea el resultado de multiplicar cierto importe de euros por el número de días en que el encausado permaneció en prisión provisional.

Por cierto, lejos de lo que en principio cabría pensar, es este sistema de módulos y no aquellos criterios orientativos el que suele utilizarse en nuestro país para fijar el monto de la indemnización por prisión provisional. Hasta fechas recientes ese módulo era de 125 euros por día de prisión, si bien, a decir de algún medio de prensa escrito, el importe se ha reducido a 25 euros diarios (cfr. “¿Cuánto dinero vale

Una vez presentada la demanda, el tribunal competente reclamará, en su caso, el procedimiento penal íntegro para unirlo al expediente — extremo que evoca claramente al procedimiento administrativo—, así como las certificaciones necesarias para determinar si la prisión provisional ya ha sido abonada o puede serlo en otra causa penal.

Hecho lo anterior, dará traslado de la documentación recabada y de la propia demanda al Ministerio Fiscal —que en este procedimiento (es llamativo también), ostenta la posición de demandado— y al Abogado del Estado, con vistas a que formulen oposición a la reclamación indemnizatoria en el plazo de veinte días. Obviamente el escrito de oposición podrá basarse en la inexistencia o falta de efectividad del daño, en la contribución causal del propio demandante en su privación de libertad y/o en la improcedencia del importe indemnizatorio reclamado. Y obvio es también que en todos estos casos recaerá sobre los demandados la carga de probar estos extremos.

Respetado el contradictorio, el tribunal convocará a las partes a una vista, pero solo si él la estima necesaria o alguna de las partes hubieran interesado prueba.

Transcurridos diez días desde la presentación de los escritos de oposición o, en su caso, de la celebración de la vista, el tribunal dictará sentencia, que podrá (art. 871.1):

- Estimar la reclamación indemnizatoria con fijación de su importe allí donde quede acreditada la efectividad de los daños y la falta de contribución causal del preso preventivo;
- Denegar la reclamación si lo acreditado es que los daños no han sido efectivos (por mor de la *compensatio*) o estos tuvieron por causa principal la conducta del encausado;
- O estimar parcialmente la reclamación, moderando su importe, cuando la *compensatio* no haya reparado íntegramente los daños sufridos o cuando la contribución causal de quien padeció la medida, siendo relevante, no fue la causa principal por la que se acordó la prisión provisional⁵⁷.

estar en la cárcel por un error judicial? Resoluciones de Justicia dicen que 25 euros diarios”, artículo publicado en el *Diario El País*, el 4 de junio de 2020, última entrada 3 de mayo de 2021). También sobre el tema, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019”, cit., p. 7.

⁵⁷ La redacción del artículo 871.1 es manifiestamente mejorable. En primer lugar, porque lejos de lo que da a entender su literal a), no es el demandante quien tiene la carga de acreditar que su conducta no fue determinante de la adopción de la prisión provisional, sino que son los demandados quienes han de acreditar lo contrario, esto es, que fue aquel quien contribuyó a provocar los daños cuya indemnización

Cualquiera que sea su contenido, y con la salvedad de que haya sido dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la sentencia que ponga fin a este procedimiento será susceptible de recurso. Pero —adviértase— no de un recurso de apelación, sino de casación; otra peculiaridad de este procedimiento⁵⁸ que, tal vez —solo tal vez— está también inspirada en lo regulado del otro lado de los Pirineos⁵⁹.

En cuanto a la ejecución, provisional y definitiva, de la sentencia, el Anteproyecto calla por completo.

5. LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL SEGUIMIENTO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

La regulación de este original procedimiento se cierra con la referencia a la denominada “Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional”, a la que habrán de enviarse las sentencias de instancia y de casación que le pongan fin (art. 871.3).

No parece necesario detenerse aquí en detallar quiénes integran esta Comisión y cuáles son las funciones de este nuevo órgano. Sobre uno y otro extremo, me remito a lo previsto en el artículo 872.

Lo que sí señalaré es que estas previsiones abundan en lo que, con cierta ironía —lo admito— vengo calificando de llamativo, peculiar u original. Prueba de ello es que, pese al título que le da nombre, el principal cometido que se prevé para esta Comisión es el de examinar e informar sobre si los órganos judiciales y las fiscalías cuentan con medios humanos y materiales suficientes para llevar a cabo las medidas cautelares que “pueden servir de alternativa eficaz (sic) a la prisión provisional”. Y aún puede esgrimirse otro botón de muestra: el de que, llegado el caso, el informe anual que ha de emitir esta Comisión sobre los asuntos que han dado lugar a indemnización por prisión provisional seguida de absolución, debe contener un apartado

reclama. Y, en segundo lugar, porque sus literales b) y c) pueden ser fuente de importantes problemas en la práctica, pues no parece que sea fácil distinguir cuándo los daños traen causa “principal” de la conducta del encausado (y procede, en consecuencia, la desestimación de su demanda) y cuándo esta conducta fue “relevante” en la producción de los daños pero no su causa principal (y procede, en consecuencia, la estimación parcial de la reclamación).

⁵⁸ Apréciase que, según el Anteproyecto, a excepción de las dictadas por el Tribunal Supremo, todas las sentencias que ponen fin a un proceso penal son recurribles en apelación, independientemente de que el proceso sea ordinario (art. 726.2) o especial (arts. 791.2, 795.4, 807 y 848). Es más: pese a regirse en lo procedimental por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tampoco el proceso especial de decomiso autónomo escapa de la regla (art. 864.4).

⁵⁹ La posibilidad apuntada en texto estriba en que el *Code de procédure pénale* (art. 149-3) prevé que esta clase de sentencias, dictadas por el presidente la Corte de apelación, sean objeto de recurso ante una comisión —la llamada “*Commission Nationale de Réparation des Détentions*”— adscrita a la Corte de casación francesa.

específico con propuesta sobre las medidas o reformas necesarias para *reducir* este tipo de casos en el futuro⁶⁰.

V. CONCLUSIONES

Aunque claramente inspirada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, comparada con ella la proyectada regulación de la prisión provisional presenta evidentes mejoras.

Las mejoras son, desde luego, de sistemática. Si por algo se caracteriza la propuesta es, efectivamente, por poner orden y precisión a unos contenidos a los que hoy sirven de continente artículos excesivamente largos, de redacción enmarañada, y que se suceden sin demasiado orden lógico.

En términos de política jurídica —de contenido, si se prefiere— algunos avances también son evidentes. Así me lo parece la más estrecha vinculación de la prisión provisional con el límite punitivo de los dos años, la rebaja de su duración máxima, la tramitación preferente de las causas con preso preventivo y la posibilidad de acordar la prisión atenuada por razones humanitarias. Por descontado, también la regulación del internamiento cautelar me parece digna de loa.

Lo anterior, sin embargo, no debe tomarse en el sentido de entender que, en lo relativo a los extremos aquí analizados, el Anteproyecto esté exento de objeciones. Al menos, no es esa mi opinión.

Así, en lo formal, no tengo nada claro que las modalidades de prisión provisional (la bilogía o dilogía, régimen ordinario y régimen atenuado) sean preferibles o comporten un valor añadido respecto de la trilogía clásica (*i.e.*, prisión ordinaria, incomunicada o atenuada). Y lo mismo la distinción entre supuestos ordinarios y especiales de la prisión atenuada. Sí tengo claro, en cambio, que convendría poner remedio a las imperfecciones de todo signo (lagunas, contradicciones, imprecisiones y erratas) que, según se ha visto, presenta la propuesta.

Finalmente, y en lo sustancial, considero que ha de reflexionarse sobre algunas de las opciones acogidas en el Anteproyecto y sobre otras que parecen haber sido descartadas o que no se han contemplado. Es el caso, entre las primeras, del ámbito objetivo en que está llamado a operar la suspensión

⁶⁰ El infinitivo “reducir” sugiere que los autores del texto son conscientes del posible impacto económico que este procedimiento puede suponer para las arcas del Estado. Lo inexplicable es que, siendo conscientes del riesgo, hayan decidido, como se ha dicho, delinear con trazo grueso los supuestos indemnizables.

ope legis de quien ostenta cargo público y, por supuesto, del procedimiento para obtener una indemnización por prisión provisional. Y es el caso, entre las segundas, de permitir que personas de edad avanzada puedan aprovecharse de los beneficios de la prisión atenuada y de extender a esta última algunas de las especialidades previstas para el internamiento cautelar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, T. (2021), *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*, Madrid.
- ASENCIO MELLADO, J.M. (1987), *La prisión provisional*, Madrid.
- BARONA VILLAR, S. (1988), *Prisión provisional y medidas alternativas*, Barcelona.
- DE HOYOS SANCHO, M. (2020), “El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como ‘sector de riesgo’”, *Revista Española de Derecho Europeo*, REDE, nº 76.
- (2020), “La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas”, en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, nº 1.
 - (2020) *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*, Valencia.
- DEL MORAL GARCIA, A. (1988), “Internamientos de extranjeros, incapaces y menores”, en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, VI.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2014), “Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas”, *La Ley Penal*, 108, mayo-junio.
- DOMÍNGUEZ RUIZ, L. (2020), “Indemnización por prisión preventiva injusta: evolución del artículo 294.1 LOPJ a la luz de la jurisprudencia nacional y europea”, *Revista Justicia*, 2020-2.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2019), “Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial”, en *La Justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro*, (dirs. J. Conde Fuentes y G. Serrano Hoyo), Madrid.
- GÓMEZ ESCOLAR MAZUELA, P. (2016), “Prisión preventiva y medidas de seguridad. La STC 217/15 de 22 de octubre”, en *Diario La Ley*, nº 8677.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad”, en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*. 1997, II.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. (2004), *La prisión provisional*, Cizur Menor.
- MANZANARES SAMANIENGO, J.L. (2020), “La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019”, *Diario La Ley*, nº 9759.
- (2020) “El nuevo texto constitucional del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, nº 9563.
- MARTÍN LORENZO, M^a. (2019), “Prisión provisional y presunción de inocencia”, en *Libro homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. I, Madrid.
- MARTÍN PASTOR, J. (2015), “La suspensión provisional en el ejercicio de cargo público de los políticos imputados judicialmente por delitos de corrupción”, *Diario La Ley*, nº 8462.
- MEDINA ALCOZ, L., y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2019), “Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 200.
- MUÑOZ CARRASCO, P. (2019), “Los presos preventivos absueltos podrán ser indemnizados (Comentario a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 85/2019, de 19 de junio de 2019)”, en *Diario La Ley*, nº 9481.

- NISTAL BURÓN, J. (2016), “El internamiento cautelar de personas que no siendo penalmente responsables están sujetas a proceso a efectos de la imposición eventual de una medida de seguridad privativa de libertad: a propósito de la STC 217/2015”, *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 5.
- PRIETO RODRÍGUEZ, J.I. (2021), “La crisis de la prisión provisional. Su conveniente reducción a la mínima expresión”, en *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (dirs. P. Simón Castellano y A. Abadías Selmo), Cizur Menor.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L., y RUEDA SERRANO, Y. (2021), “El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI”, en *Diario La Ley*, nº 9809.
- RECODER VALLINA, T. (2020), “La incidencia de la prisión provisional en el derecho fundamental al ejercicio de cargo público y otras cuestiones”, en *Revista de las Cortes Generales*, nº 109.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2019), “Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez: La STC 85/2019, de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, en *Diario La Ley*, nº 9477.
- SANTAMARÍA MATESANZ, J.P., y PÉREZ PÉREZ, J.J. (2018), “El internamiento psiquiátrico en el proceso penal”, en *Boletín digital penal*, nº 24, accesible en: <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2018/05/AJFV-Bolet%C3%ADn-penal-mayo-2018.pdf> (última entrada, 30.05.2021).
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2021) *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, Barcelona.
- (2021) “El sistema de indemnización por prisión provisional injusta en la encrucijada. Propuestas y sugerencias constructivas ante la pereza del legislador”, en *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (dirs. P. Simón Castellano y A. Abadías Selmo), Cizur Menor.
 - (2020) *La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial* (con A. Abadías Selmo), Cizur Menor.

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

The procedure for personal preventive measures of the draft criminal procedure code of 2020

Alicia BERNARDO SAN JOSÉ

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
abernard@ucm.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES. 1. Características generales. 2. Adopción judicial de las medidas cautelares. 3. Legitimación. 4. Solicitud de medidas cautelares. 5. La comparecencia de las partes. 5.1. Casos en que procede la convocatoria de la comparecencia. 5.2. Convocatoria de la comparecencia: ¿de oficio o a instancia de parte? 5.3. Plazo para celebrar la comparecencia. 5.4. Necesaria presencia del Ministerio Fiscal y del investigado asistido de abogado. 5.5. Desarrollo del acto de la comparecencia. 5.6. Auto motivado. 5.7. Supuestos de urgencia. 5.8. Reglas especiales en caso de detención. 6. La resolución de medidas cautelares. III. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES EN CASO DE SECRETO. EL DERECHO DE ACCESO A LOS MATERIALES DEL EXPEDIENTE. 1. El derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. 2. El régimen normativo del Anteproyecto: el derecho de acceso a los materiales del expediente en causa declarada secreta. 2.1. Secreto de las actuaciones y medidas no privativas de libertad. 2.2. Secreto de las actuaciones y prisión provisional. Acceso a los elementos esenciales. 2.3. Mantenimiento excepcional del secreto. IV. CONTROL, REVISIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. 1. Control judicial de las medidas. 2. Incumplimiento de las medidas. 3. Revisión periódica de la prisión provisional y de la orden de protección. 4. Extinción de las medidas. 5. Abono. V. RÉGIMEN DE RECURSOS.

Resumen: En este trabajo se efectúa un análisis exhaustivo de las “Disposiciones comunes” en materia de medidas cautelares personales del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (arts. 258 a 274). En concreto, se examina el procedimiento de adopción y prórroga de las medidas cautelares, las especialidades procedimentales en caso de secreto, el control, revisión y extinción de las medidas cautelares, y el régimen de recursos. El examen crítico de todas estas normas se

realiza a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, con el único objetivo de contribuir a mejorar el texto normativo.

Abstract: This paper analyzes the “Common Provisions” on personal precautionary measures of the Draft Criminal Procedure Code of 2020 (arts. 258 to 274). Specifically, it examines the procedure for the adoption and extension of preventive measures, the specific rules in case of secrecy, and also the judicial control, review and termination of the preventive measures adopted against the suspect or defendant. The critical analysis of the proposed rules is carried out in the light of the case law of the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court, with the aim of trying to contribute to the improvement of the normative text.

Palabras clave: Medidas cautelares personales; prisión provisional; comparecencia de las partes; secreto de las actuaciones; derecho de acceso a los materiales del expediente.

Keywords: Personal preventive measures; remand in custody; oral hearing; secrecy of the proceedings; right to access to the case file.

ABREVIATURAS

ALECrím: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El art. 17.1 CE tras proclamar que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad” establece que “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. Existe, pues, una previsión constitucional sobre la exigencia de regulación legal de los casos en los que puede acordarse la privación de libertad y de la forma en que ha de hacerse, en particular en el seno de un proceso penal.

En el específico marco de la medida cautelar de prisión provisional, la jurisprudencia constitucional ha considerado que “la exigencia general de habilitación legal supone que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional ha de estar prevista en uno de los supuestos legales (uno de los “casos” a que se refiere el art. 17.1 CE), y que ha de

adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la “forma” mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que se haya reiterado que el derecho a la libertad personal puede verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley como contra lo que la ley dispone”¹.

Centrándonos en la exigencia constitucional de regulación legal de la forma o el procedimiento en que la privación de libertad de una persona puede acordarse, el Tribunal Constitucional, en las recientes sentencias 29/2019 y 30/2019, de 28 de febrero (FJ 4), ha formulado al respecto dos importantes consideraciones generales, a saber:

1ª) Existe un mínimo procedimental salvaguardado en la propia regulación del art. 17 CE: “... el fin normativo de la cláusula de remisión a la ley contenida en el art. 17.1 CE no es el de otorgar una habilitación incondicionada al legislador, de tal suerte que la gravísima intromisión en la libertad que la prisión provisional entraña pueda ser acordada a través de cualquier procedimiento que se considere oportuno, sin que importen cuáles sean sus características más esenciales. El sentido del precepto constitucional es ofrecer una garantía adicional que refuerce el contenido nuclear que ha de servir de punto de partida al posterior desarrollo normativo”.

2ª) Dentro de las garantías de índole formal que vienen directamente requeridas por el art. 17 CE está “la exigencia de un acto de control judicial efectivo de la privación cautelar de libertad verificado por una autoridad imparcial de un modo que no produzca una situación de indefensión (art. 17.2 CE)”.

La actuación de una autoridad judicial objetivamente imparcial y el seguimiento de una tramitación procedimental que no determine indefensión constituyen, pues, exigencias estructurales que han de considerarse en sí mismas y sin necesidad de previsión legislativa expresa como formas insertas en el núcleo constitucional del derecho a la libertad. Desde estas exigencias impuestas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vamos a examinar a continuación el procedimiento de medidas cautelares personales que establece el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de

¹ Vid. SSTC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4 (ECLI:ES:TC:2000:147); 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3 (ECLI:ES:TC:2000:305); 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2 (ECLI:ES:TC:2013:210); 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2 (ECLI:ES:TC:2015:217); 91/2018, de 17 de septiembre, FJ 3 (ECLI:ES:TC:2018:91); y las más recientes, 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 (ECLI:ES:TC:2019:29) y 30//2019, de 28 de febrero, FJ 3 (ECLI:ES:TC:2019:30).

2020 (en adelante, el Anteproyecto o ALECrím)². Obviamente, el examen del “futuro” procedimiento requerirá alusiones constantes al procedimiento actual de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo, LECrím), regulado básicamente en los arts. 505 (en sede de prisión provisional) y 539 (en sede de libertad provisional).

II. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

En cumplimiento de la exigencia constitucional de regulación legal de la forma en que la privación de libertad de una persona puede acordarse (art. 17.1 CE), el Anteproyecto reserva el primero de los preceptos dedicados a regular las “Disposiciones generales” de las medidas cautelares al principio de legalidad. El art. 186 ALECrím establece que “las medidas cautelares que limiten los derechos de las personas para asegurar las responsabilidades penales o civiles sólo podrán adoptarse en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta ley”. Aunque este precepto no hable de “forma” ni de “procedimiento”, sino de “requisitos”, no cabe duda alguna de que los requisitos legales a los que expresamente se refiere comprenden los formales o procedimentales. Por tanto, en el seno del proceso penal solo podrán adoptarse medidas cautelares privativas o restrictivas de la libertad personal o de otros derechos a través de la forma o el procedimiento legalmente establecido.

A diferencia de la LECrím vigente en la que no existe una regulación sistemática del procedimiento de medidas cautelares, el Anteproyecto cierra el Título dedicado a la regulación de las medidas cautelares personales (Título II del Libro II) con un Capítulo IV de “Disposiciones comunes” aplicables a las medidas cautelares previstas en los capítulos anteriores: la detención (Capítulo I), la libertad provisional (Capítulo II), y la prisión provisional (Capítulo III). En concreto, estas Disposiciones comunes comprenden: a) el procedimiento de adopción y prórroga de las medidas cautelares (Sección 1ª, arts. 258 a 264); b) las especialidades procedimentales en caso de secreto de actuaciones (Sección 2ª, arts. 265 a 267); c) el control, la revisión y la extinción de las medidas cautelares (Sección 3ª, arts. 268 a 272); y d) el régimen de recursos (Sección 4ª, arts. 273 y 274). Solo queda fuera de este procedimiento común

² Adelanto que la regulación del procedimiento de medidas cautelares personales del Anteproyecto de 2020 coincide plenamente con la del Anteproyecto de 2011, si bien en el nuevo cuerpo normativo el prelegislador ha aprovechado para adaptar la regulación del procedimiento de adopción de la prisión provisional a las últimas exigencias de la jurisprudencia constitucional.

de medidas cautelares personales la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica y de género, que se tramitará conforme a lo establecido en la Sección 6ª del Capítulo II (arts. 237 a 245). No obstante, podrá celebrarse una sola comparecencia para la sustanciación de todas las medidas cautelares (art. 258.2).

El procedimiento de medidas cautelares personales que regula el Anteproyecto será de aplicación tanto para la “adopción” de la medida cautelar, esto es, la determinación por vez primera de la situación personal de la persona investigada, como para la “prórroga” de la medida en caso de que subsistan los motivos que justificaron su adopción y concurren circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada dentro del plazo legal máximo de duración de la medida. Por tanto, las referencias que se hagan desde ahora al procedimiento de adopción de las medidas cautelares personales deben entenderse hechas también al procedimiento de prórroga de las mismas.

1. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Como notas más destacadas del procedimiento de medidas cautelares personales del Anteproyecto, y sin perjuicio de su ulterior examen detallado, se pueden destacar las siguientes:

i) El Juez solo podrá adoptar una medida cautelar personal a instancia de parte acusadora.

ii) Para resolver sobre la adopción de una medida cautelar personal será necesaria la celebración de una comparecencia de las partes, con la presencia, en todo caso, del Ministerio Fiscal y de la persona afectada por la medida asistida de abogado.

iii) La persona investigada tendrá derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad, aunque se hubiera declarado el secreto de la causa.

iv) Se introduce un control judicial de oficio imperativo, de periodicidad trimestral, de la prisión provisional y de las medidas contenidas en la orden de protección.

v) Contra la resolución de medidas cautelares podrá interponerse un recurso de reforma que, en determinados supuestos de prisión provisional, exigirá la celebración de una vista con audiencia de la persona privada de libertad.

2. ADOPCIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Una de las notas esenciales y definitorias de las medidas cautelares que se adoptan en el proceso penal es la “jurisdiccionalidad”. A pesar de que la Constitución no establece expresamente que las medidas limitativas de la libertad deban ser adoptadas judicialmente —aunque puede deducirse de su art. 25.3 que prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad—, el Tribunal Constitucional, haciéndose eco de una asentada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido que “[l]a prisión provisional es una medida cautelar que sólo puede ser acordada por los órganos judiciales [...] desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada” (por todas, STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4 b) y referencias jurisprudenciales allí contenidas). En este sentido la exigencia es coherente con lo previsto en el art. 5.3 CEDH, precepto que contempla un trámite de control judicial inmediato de la privación cautelar de libertad verificada en el seno de un proceso penal, y que es interpretado en el sentido siguiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “[e]l control judicial constituye un elemento esencial de la garantía que ofrece el art. 5.3, que tiene como finalidad reducir en la medida de lo posible el riesgo de arbitrariedad y de asegurar la preeminencia del Derecho, uno de los ‘principios fundamentales’ de una ‘sociedad democrática’” (por todas, STEDH de 5 de julio de 2016, A.O.O. c. Turquía)³.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que “el art. 5.3 CEDH, al prever que ‘toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales’, no da derecho al acceso a una concreta institución u órgano sino a un procedimiento de carácter judicial (STEDH de 26 de mayo de 1993, asunto *Brannigan y McBride c. Reino Unido*, § 58) que ha de estar a cargo de una ‘autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales’. Dicha autoridad, aunque puede ejercer funciones como las de dirección del procedimiento investigador, que no se identifican con las de ‘administrar justicia’ (STEDH de 4 de diciembre de 1979, asunto *Schiesser c. Suiza*, § 28) ha de poseer ciertas cualidades propias de un órgano judicial en sentido estricto, concretamente ‘la independencia hacia el ejecutivo y las partes’ (SSTEDH de 18 de enero de 2007, asunto *Estrikh c. Letonia*, § 116, de 22 de julio de 2007, asunto *Bülbü*

³ Vid. STC 30/2019, de 28 de febrero, FJ 3 (ECLI:ES:TC:2019:30).

c. *Turquía*, § 22). Como detalla la STEDH de 25 de marzo de 1999, asunto *Nikolova c. Bulgaria* (§ 49), para que la autoridad que realiza el control judicial de la prisión pueda ser considerada ‘independiente’ e ‘imparcial’ hay ‘apariencias objetivas’ que deben ser tenidas en cuenta, como, por ejemplo, que no pueda intervenir en un estadio ulterior del procedimiento penal ejerciendo funciones de acusación, supuesto en el cual su independencia e imparcialidad pueden ser objeto de sospecha. Además, la autoridad judicial debe escuchar personalmente al afectado y decidir conforme a criterios jurídicos la procedencia de la privación cautelar de libertad (por todas, SSTEDH de 18 de enero de 1978, asunto *Irlanda c. Reino Unido*, § 199, y de 25 de marzo de 1999, asunto *Nikolova c. Bulgaria*, § 49). No resulta, pues, incompatible con las cualidades que ha de revestir la autoridad que ejerce el control judicial inmediato de la prisión que ésta asuma funciones instructoras o de dirección de procedimiento de investigación oficial pero sí que acumule tales tareas con ‘funciones de acusación’ (en este mismo sentido, STEDH de 4 de diciembre de 1979, asunto *Schiesser c. Suiza*)⁴.

El Anteproyecto acoge expresamente el principio de adopción judicial de las medidas cautelares en el art. 189.1 —en sede de “Disposiciones generales” y bajo la rúbrica *Jurisdiccionalidad*—, al exigir que las medidas cautelares sean adoptadas siempre por el órgano jurisdiccional competente. Como dice el prelegislador en la Exposición de Motivos, “la valoración de la ‘apariencia de buen derecho’ de la medida interesada, como inevitable juicio previo sobre la suficiencia del fundamento sobre los eventuales cargos, constituye una manifestación de la función de juzgar que ha de corresponder al juez” (aptdo. XXIX).

En concreto, el art. 189.1 ALECrIm atribuye la competencia para resolver sobre las medidas cautelares al Juez de Garantías, al Juez de la Audiencia Preliminar o a la sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, según que el procedimiento se encuentre en fase de investigación, fase intermedia o fase de enjuiciamiento, respectivamente. Y en aquellos casos excepcionales en que la medida cautelar haya sido adoptada por un juez distinto del que conoce el procedimiento, habrá de ser ratificada o dejada sin efecto por el juez competente en los plazos legalmente establecidos (art. 189.2 ALECrIm).

Nótese que el Anteproyecto opta por la adopción judicial de las medidas cautelares en cualquier estadio del procedimiento, también durante el procedimiento de investigación que dirige el Ministerio Fiscal. El art. 19.1

⁴ Vid. STC 30/2019, de 28 de febrero, FJ 4 (ECLI:ES:TC:2019:30).

2º ALECrím atribuye expresamente al Juez de Garantías, como tercero imparcial, la función de “resolver sobre las peticiones de medidas cautelares”; Juez de Garantías que, al no estar implicado en la dirección de la investigación, “no sufrirá merma alguna en su imparcialidad objetiva a la hora de afrontar esa labor de “enjuiciamiento” anticipado” (aptdo. XXIX de la Exposición de Motivos).

No obstante lo anterior, el art. 189.3 ALECrím prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial adopten medidas cautelares “en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta ley”. En concreto, por lo que se refiere a las medidas cautelares personales, la Policía Judicial por sí misma o por orden del Ministerio Fiscal durante la fase de investigación podrá detener a las personas que se encuentren en cualquiera de los supuestos señalados en el art. 190 ALECrím (arts. 192 y 193 ALECrím).

También se contempla la detención por particulares, pero solo en caso de flagrante delito. El particular que detenga a una persona habrá de solicitar de inmediato la intervención de la policía, limitándose entretanto a impedir la fuga del detenido y a asegurar su integridad física (art. 195.1 ALECrím).

3. LEGITIMACIÓN

Hasta la reforma de la LECrím operada por la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, la prisión provisional y la libertad provisional con fianza podían ser adoptadas por el juez o tribunal de oficio, sin necesidad de petición alguna de parte acusadora, sin perjuicio del oportuno control a través de recurso. Como decimos, fue la Ley Orgánica reguladora del Tribunal del Jurado la que por primera vez incorporó en la LECrím, mediante la introducción del por entonces nuevo artículo 504 bis 2, la necesaria celebración de una audiencia del Ministerio Fiscal, las demás partes acusadoras y el imputado asistido de abogado para que el juez pudiera acordar estas medidas cautelares (solo quedaba fuera de esta preceptiva audiencia la adopción de la libertad provisional sin fianza). De este modo, si en la audiencia ninguna de las partes solicitaba la prisión provisional o la libertad provisional con fianza, el juez necesariamente debía acordar la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviese detenido.

Posteriormente, la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, mantuvo la exigencia de que la prisión provisional y la libertad provisional con fianza solo puedan ser acordadas a instancia del Ministerio Fiscal o de

las partes acusadoras tras la celebración de una audiencia en la que el juez o tribunal haya oído las alegaciones de las partes y haya tenido en cuenta, en su caso, las pruebas aportadas. Desde la citada reforma, el art. 505.4 LECrim, en sede de la audiencia de medidas cautelares, dispone que “el juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviere detenido”.

Pues bien, el principio acusatorio y el carácter rogado de las medidas cautelares está plenamente vigente en el Anteproyecto. Ya el art. 19.2, al regular la garantía de la imparcialidad judicial objetiva, señala que “sin perjuicio de lo especialmente dispuesto para la detención, la autoridad judicial no podrá acordar medidas cautelares que no le hayan sido expresamente solicitadas”, y el art. 259.1, que regula la legitimación activa para instar las medidas cautelares, condiciona la adopción o prórroga de una medida cautelar personal a la previa solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier otra parte acusadora personada.

Adviértase que el Anteproyecto, a diferencia de la vigente LECrim, no excluye de la exigencia de previa petición de parte acusadora la libertad provisional sin prestación de caución. Con el nuevo régimen, por tanto, el juez solo podrá adoptar la medida cautelar de libertad provisional, cualquiera que sea la medida restrictiva a la que se condicione el mantenimiento de la libertad, a instancia de parte acusadora y previa celebración de la oportuna comparecencia.

Además, y esta es la otra gran novedad destacable en materia de legitimación, el párr. segundo del art. 259.1 ALECRim solamente reconoce legitimación activa para instar del Juez de Garantías la adopción de una medida cautelar personal durante la fase de investigación al Ministerio Fiscal, sin perjuicio del derecho de las víctimas a pedir medidas para su protección, como la prohibición de aproximación o comunicación (art. 225), la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (art. 226), la prohibición de residir en determinados lugares (art. 227), la suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes (art. 230), y la suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas (art. 231). Luego, el acusador particular y el acusador popular podrán interesar la adopción de medidas cautelares personales durante la fase intermedia, la fase de juicio oral o la sustanciación de los recursos de apelación y casación, pero no podrán hacerlo durante el procedimiento de investigación, aunque ya

estén personadas como partes acusadoras. En fase de investigación, las acusaciones particulares o populares podrán someter a la apreciación del fiscal la posibilidad de practicar aquellas diligencias de investigación que consideren útiles para la comprobación de los hechos (art. 572 ALECrím), diligencias que el fiscal acordará practicar solo si las considera relevantes para la investigación, pero no podrán dirigir al Juez de Garantías una solicitud de medidas cautelares personales.

A mi juicio, esta limitación, de la que el prelegislador no da ninguna explicación en la Exposición de Motivos, no se puede justificar. Una vez que ya están las partes personadas, no hay razones para impedirles solicitar la adopción de alguna medida cautelar personal respecto del investigado si consideran que concurren los presupuestos y fines legítimos legalmente establecidos, atribuyendo el monopolio del interés en la adopción de las medidas cautelares personales al Ministerio Fiscal durante todo el procedimiento de investigación que es, precisamente, la fase del proceso penal en la que, de ordinario, las medidas cautelares resultan más útiles, con el fin de conjurar cuanto antes los eventuales peligros que puedan concurrir. Si el Anteproyecto opta por mantener la participación activa de los ciudadanos en el proceso penal, tanto de las víctimas como de los que no sean ofendidos o perjudicados por el delito, permitiéndoles el ejercicio de la acción penal junto al Ministerio Fiscal, no se entiende —salvo por el afán de atribuir un poder desmedido al fiscal durante la fase de investigación— que se les prive de la facultad de solicitar al Juez de Garantías medidas cautelares personales para evitar peligros como la fuga de la persona investigada o la destrucción de pruebas que, a la postre, pueden imposibilitar o dificultar el ejercicio de la acción penal.

4. SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

El contenido de la solicitud de medidas cautelares personales, así como los documentos que deben acompañarla están regulados en los arts. 259.2 y 260 ALECrím. En cuanto al contenido, el art. 259.2 establece que el peticionario de una medida cautelar personal debe concretar en la solicitud “los hechos, los indicios y la finalidad que justifican su necesidad, así como la imposibilidad de alcanzarla a través de una medida menos gravosa, acompañando los elementos probatorios en que se funde”. Por tanto, la solicitud de una medida cautelar personal ha de concretar qué hechos se investigan, con apariencia de qué delito y cuál es la conexión del investigado con esos hechos que permite creerle responsable de los mismos, además de los ele-

mentos de los que quepa inferir los fines constitucionales de aseguramiento que la justifican.

Sistemáticamente, no resulta adecuado ubicar una disposición sobre el contenido de la solicitud de medidas cautelares en el art. 259, dedicado a regular la legitimación; antes bien, convendría pasar el contenido de esta norma al artículo siguiente que regula, precisamente, la solicitud de medidas cautelares.

La exigencia de que se justifique en la solicitud la necesidad de la medida instada responde al principio general de necesidad de las medidas cautelares recogido en el art. 187 ALECrím, en cuya virtud “solo se adoptará una medida cautelar cuando no exista una medida menos gravosa para los derechos de la persona afectada que sea igualmente útil para alcanzar los fines perseguidos”.

En relación con los documentos que deben acompañarse a la solicitud, el art. 260 ALECrím distingue en función de quién inste la adopción —o prórroga— de la medida cautelar, según que lo haga el Ministerio Fiscal o cualquier otra parte acusadora personada. Si la pide el Ministerio Fiscal —el único que puede hacerlo durante el procedimiento de investigación—, “deberá acompañar e individualizar en su solicitud los actos de investigación de los que resulten dichos hechos e indicios y aportar o identificar con precisión el soporte documental de los mismos, con antelación suficiente para su examen por la autoridad judicial” (aptdo. 1). Si la pide otra parte acusadora, “deberá aportar los documentos de los que resultan los hechos e indicios. Si dichos documentos no estuvieran a disposición del proponente, designará clara y terminantemente el lugar donde se encuentran, pidiendo a la autoridad judicial que los reclame, originales o por compulsas, según proceda” (aptdo. 2). En este segundo caso, el Ministerio Fiscal aportará los actos de investigación reclamados por el instante de la medida, salvo que entienda que por razones de proporcionalidad, secreto o eficacia de la investigación no procede aportarlos, en cuyo caso lo expondrá razonadamente al juez o tribunal para que resuelva lo que proceda. El Juez, si lo estima procedente, podrá alzar total o parcialmente el secreto de las actuaciones a las que se refiera la solicitud (aptdo. 3).

En cuanto a la forma de la solicitud de medidas cautelares, el Anteproyecto no exige en ningún momento forma escrita ni tampoco habla de escrito de solicitud, como sí lo hace, en cambio, en relación con otras solicitudes como, por ejemplo, la del incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba (art. 595 ALECrím). Por tanto, parece que será posible que la solici-

tud se formule oralmente. Lo que no cabrá, como veremos más adelante, es que el Juez de Garantías convoque de oficio la comparecencia y que el fiscal solicite la adopción de la medida cautelar oralmente en dicho acto. Si hay algo que deja claro el art. 261 ALECRim es que la convocatoria de la comparecencia requiere en todo caso previa formulación de la solicitud.

Por lo demás, tratándose de la solicitud de medidas cautelares formulada por el Ministerio Fiscal al Juez de Garantías durante el procedimiento de investigación, es preciso efectuar dos indicaciones: 1) el fiscal no podrá solicitar del juez la adopción de una medida cautelar personal sin haber practicado previamente la primera comparecencia con la persona investigada para el traslado de cargos (art. 559.1 ALECRim); y 2) si la persona afectada por la medida estuviese detenida, el fiscal habrá de presentar la solicitud al juez en el plazo máximo de duración de la detención, es decir, en las setenta y dos horas siguientes al momento de la detención (art. 191.1 ALECRim).

5. LA COMPARECENCIA DE LAS PARTES

Al igual que en el sistema vigente, la pieza clave del procedimiento de adopción de medidas cautelares del Anteproyecto es la celebración de una comparecencia de las partes ante la autoridad judicial sujeta a los principios acusatorio, de contradicción e igualdad de armas. Esta comparecencia, diseñada como un debate contradictorio, puramente oral, que da lugar a la primera decisión judicial sobre la situación personal, “tiene como finalidad primordial que el individuo investigado sea oído por la autoridad judicial, de modo que esta pueda examinar, de acuerdo con criterios jurídicos, “las razones en pro y en contra de la privación de libertad” (por todas, SSTEDH de 18 de enero de 1978, asunto *Irlanda c. Reino Unido*, § 199, de 4 de diciembre de 1979, asunto *Schiesser c. Suiza*, § 31, y de 25 de marzo de 1999, asunto *Nikolova c. Bulgaria*, § 49)”⁵.

Como ha recordado el Tribunal Constitucional en la sentencia 83/2019, de 17 de junio⁶, FJ 6, “el trámite de audiencia vinculado a la adopción de la medida cautelar de prisión provisional o de libertad provisional bajo fianza (art. 505 LECrim) no es una formalidad irrelevante “dado que en dicha audiencia es posible debatir tanto la concurrencia o no de las circunstancias determinantes para acordar la libertad o la continuación de la prisión provisional, como la eventual modificación de las inicialmente apreciadas” (SSTC

⁵ Vid. STC 30/2019, de 28 de febrero, FJ 4 (ECLI:ES:TC:2019:30).

⁶ ECLI:ES:TC:2019:83.

22/2004, de 23 de febrero, FJ 3, y 28/2001, de 29 de enero, FJ 6)”. Más recientemente aún, la STC180/2020, de 14 de diciembre⁷, FJ 5, se expresa así: “En particular en los incidentes relativos a la privación cautelar de libertad en un proceso penal, resulta fundamental la celebración de una audiencia contradictoria y la igualdad de armas entre la parte acusadora y el privado de libertad [entre muchas, SSTEDH de 31 de enero de 2002, asunto Lanz c. Austria, § 40 y 41; de 9 de marzo de 2006, asunto Sviþsta c. Letonia, § 129 (g) y (h), o, de 22 de octubre de 2019, asunto Venet c. Bélgica, § 32]. La legislación nacional puede cumplir este requisito de diversas formas, pero el método que adopte debe garantizar que las partes tengan la oportunidad de conocer las alegaciones y las pruebas de la parte acusadora y una oportunidad real de rebatirlas habida cuenta del impacto dramático de la medida en los derechos de la persona privada de libertad (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, asunto Lietzow c. Alemania, § 44; 31 de enero de 2002, asunto Lanz c. Austria, § 41, y de 25 de junio de 2002, asunto Migon c. Polonia, § 79)”.

Antes de pasar a examinar el acto de la comparecencia en el Anteproyecto, cabe preguntarse si su celebración con carácter previo a la adopción de la medida —o inmediatamente después en caso de urgencia—, constituye o no una exigencia directamente derivada del art. 17.1 CE. La jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y su doctrina, sintetizada en la STC 91/2018, de 17 de septiembre, FJ 3, es la siguiente: “i) si esa audiencia está expresa y claramente prevista en la ley para la adopción de la decisión controvertida, es un requisito procedimental que queda integrado en la exigencia del art. 17.1 CE de que nadie puede ser privado de libertad sino en “la forma prevista en la ley”, por lo que su omisión constituye una vulneración del art. 17.1 CE; y ii) si esa audiencia no está expresa y claramente prevista en la ley para la adopción de la decisión controvertida, entonces el presupuesto previo de determinar que esa audiencia es un requisito legal supone un juicio de legalidad ordinaria para los órganos judiciales competentes en el ejercicio de la función jurisdiccional que les encomienda el art. 117.3 CE respecto del que el control de constitucionalidad queda limitado a una supervisión externa de la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones judiciales recurridas desde la perspectiva del derecho a la libertad (SSTC 198/1997, de 2 de junio, FJ 2; 22/2004, de 23 de febrero, FJ 3, y 50/2009, de 23 de febrero, FJ 3)”⁸.

⁷ ECLI:ES:TC:2020:180.

⁸ Vid. STC 30/2019, de 28 de febrero, FJ 3 (ECLI:ES:TC:2019:30).

Pues bien, como quiera que para la adopción o prórroga de una medida cautelar personal el art. 261 ALECRim prevé la comparecencia de las partes expresa y claramente, cabe afirmar que se trata de un requisito formal mínimo derivado directamente del art. 17 CE, por lo que su omisión constituirá una vulneración del derecho fundamental a la libertad de la persona afectada.

La comparecencia del art. 261 ALECRim está claramente inspirada en la audiencia del art. 505 LECrim, conocida comúnmente con el nombre de “vistilla” de medidas cautelares. Por ello, examinaremos la futura comparecencia a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la actual audiencia⁹.

5.1. Casos en que procede la convocatoria de la comparecencia

Según indica el art. 261.1 ALECRim, será necesaria la convocatoria y posterior celebración de la comparecencia siempre que el Ministerio Fiscal o cualquier otra parte acusadora legitimada formule solicitud de adopción o prórroga de una medida cautelar personal. El precepto no hace diferencia alguna entre adopción y prórroga de la medida a efectos de la necesidad de convocar la comparecencia ni tampoco excluye de esta exigencia ninguna medida cautelar personal. El Anteproyecto se aparta en este punto de la regulación vigente, pues el art. 505.1 LECrim permite al órgano judicial acordar de oficio la libertad provisional sin fianza del detenido sin necesidad de celebración de previa audiencia. Con la nueva regulación, sin embargo, la adopción de la libertad provisional requerirá, en todo caso, previa petición de parte y celebración de comparecencia, cualquiera que sea la medida a la que el juez condicione el mantenimiento de la libertad del detenido o investigado, es decir, aunque no le imponga la prestación de garantía o caución.

5.2. Convocatoria de la comparecencia: ¿de oficio o a instancia de parte?

En relación con el art. 505 LECrim se plantea la cuestión de si el Juez Instructor puede convocar la audiencia de medidas cautelares de oficio, sin que ello suponga una quiebra de la garantía de la imparcialidad objetiva, o si solo puede hacerlo a instancia de parte. Sobre este particular se ha pronun-

⁹ Sobre la vista de medidas cautelares, recomendamos la lectura del reciente trabajo de Juan Luis Ortega Calderón, “Reflexiones sobre la comparecencia de prisión regulada en el artículo 505 LECrim a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Diario La Ley*, nº 9642 (2020): 1-17. laleydigital (Wolters Kluwer).

ciado expresamente la reciente STC 5/2020, de 15 de enero¹⁰, y lo ha hecho a favor de la facultad del Juez de Instrucción de convocar de oficio la comparecencia como una manifestación más de sus facultades de dirección de la fase de investigación, sin que el ejercicio de tales facultades comprometa su imparcialidad. El Tribunal Constitucional, recordando los planteamientos realizados en las sentencias 29 y 30/2019 sobre la imparcialidad objetiva del juez instructor, señala, refiriéndose al párr. tercero del art. 539 LECrim¹¹, que “la dicción del referido párrafo indica, sin dificultad interpretativa alguna, que la norma establece la ‘solicitud del ministerio fiscal o de alguna parte acusadora’ como presupuesto necesario ‘para acordar la prisión’”, esto es, para adoptar la decisión sobre el fondo, sin que dicho requisito rogatorio se extienda a la previa convocatoria del trámite procedimental en el que esa solicitud puede llegar (o no) a verificarse. El precepto proscribiera, pues, que se adopte la prisión provisional de oficio, sin petición acusatoria, pero no que el juez de instrucción ejerza los poderes de dirección del procedimiento que la propia LECrim le otorga. Un entendimiento más amplio del significado de la norma legal aplicada no está constitucionalmente prohibido, pero tampoco exigido” (FJ 8).

Y añade a continuación: “La mera convocatoria de la audiencia de los arts. 539 y 505 LECrim no supone más que el ejercicio de un poder de tramitación procesal que es inherente a la condición de director del procedimiento de investigación. Tal posición directiva —impulsora de los distintos trámites e incidentes— corresponde, en la legislación vigente en España, a la figura del juez de instrucción. Como en la propia STC 29/2019 advertimos, lo relevante para la garantía constitucional de la libertad no es que el juez impulse o dirija el procedimiento y sus diversos trámites (cuestión estructural cuya evaluación constitucional no nos corresponde realizar ahora) sino que no suplante a las acusaciones en sus funciones de parte, lo que ocurriría ciertamente si, en este trámite cautelar, la autoridad judicial acordara la prisión prescindiendo de la necesaria solicitud de alguna de las partes acusadoras o si se apartara, a estos efectos, de los cargos formulados por estas, sustituyéndolos por otros más gravosos. Por el contrario, la mera convocatoria del trámite procesal en el que se ha de debatir acerca de la situación personal de los investigados no constituye más que un acto

¹⁰ ECLI:ES:TC:2020:5.

¹¹ Art. 539, párr. tercero LECrim: “Para acordar la prisión o la libertad provisional con fianza de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 505”.

de dirección del procedimiento, asociado al carácter dinámico de cualquier instrucción por delito en el que la tutela cautelar está sujeta siempre al principio de modificabilidad...” (FJ 9)¹².

Esta doctrina jurisprudencial, sin embargo, no resulta compatible con el modelo de proceso penal que propugna el Anteproyecto, pues tiene en consideración los condicionantes dados por el modelo de investigación penal existente en España, en el que es el Juez Instructor la autoridad que realiza el control judicial de la privación de libertad. Una vez que la figura del juez-investigador resulta legalmente superada con la atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, la convocatoria de oficio de la comparecencia de medidas cautelares por el Juez de Garantías no puede entenderse incluida en las facultades de dirección del procedimiento de investigación que ya no le corresponden. En esta línea, el art. 261 ALE-Crim comienza diciendo que “formulada solicitud... de una medida cautelar personal, se convocará... a una comparecencia...”. Así pues, la convocatoria de la comparecencia por el Juez de Garantías exigirá siempre la previa solicitud del Ministerio Fiscal; *rectius*, lo que ha de solicitar el fiscal no es la convocatoria de la comparecencia sino la adopción de la medida cautelar, pues solicitada la cautela, la convocatoria judicial de la comparecencia constituye un imperativo legal.

5.3. Plazo para celebrar la comparecencia

La comparecencia habrá de convocarse inmediatamente después de formulada la solicitud y deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las setenta y dos horas siguientes (art. 261.1 ALE-Crim).

En caso de que la persona a la que se refiera la solicitud de la medida cautelar estuviera detenida, el plazo máximo de setenta y dos horas para su celebración se computará desde la puesta a disposición judicial (art. 264.1 ALE-Crim), que se entenderá realizada en el momento en que la persona detenida ingrese físicamente en la sede del órgano judicial (art. 191.3 ALE-Crim).

5.4. Necesaria presencia del Ministerio Fiscal y del investigado asistido de abogado

El Juez ha de convocar a la comparecencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas (art. 261.1 ALE-Crim), pero su celebración no está

¹² Doctrina reproducida en la posterior STC 37/2020, de 25 de febrero (ECLI:ES:TC:2020:37).

condicionada a la presencia de todas las partes convocadas, sino solo a la del Ministerio Fiscal y a la de la persona respecto de la que se haya instado la medida cautelar, que deberá estar asistida de abogado (art. 261.2 ALE-Crim). La incomparecencia de las demás partes personadas no determinará la suspensión de la audiencia.

Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que la presencia del investigado en la audiencia de medidas cautelares puede realizarse “en persona o a través de algún tipo de representación”¹³, el Anteproyecto exige la presencia física del investigado, asistido de abogado, como requisito necesario para que la comparecencia pueda celebrarse: el aptdo. 2 del art. 261 ALE-Crim exige su presencia en el acto de la comparecencia “en todo caso”, y el aptdo. 4 de este mismo precepto prevé expresamente un trámite de audiencia a “la persona contra la cual haya de adoptarse” la medida, después de haber oído al solicitante y a las demás partes.

¹³ La STC 91/2018, de 17 de septiembre, FJ 3 (ECLI:ES:TC:2018:91), recuerda la jurisprudencia del TEDH en cuanto a la exigibilidad de la presencia del afectado en la audiencia: “... de acuerdo con una muy antigua y reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la exigencia de la intervención judicial en las decisiones cautelares privativas de libertad, es necesaria la celebración de una audiencia del afectado ante el órgano judicial cuando se trata de medidas que afectan al derecho a la libertad vinculadas a la comisión de una infracción penal (SSTEDH de 4 de diciembre de 1979, asunto Schiesser c. Suiza, § 31; de 21 de octubre de 1985, asunto Sanchez-Reisse c. Suiza, § 51; de 13 de julio de 1995, asunto Kampanis c. Grecia, § 47; de 28 de octubre de 1998, asunto Assenov y otros c. Bulgaria, § 162; de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria, § 58; de 11 de julio de 2000, asunto Trzaska c. Polonia, § 74; de 10 de octubre de 2000, asunto Grauzinis c. Lituania, § 31; de 12 de enero de 2012, asunto Korneykova c. Ucrania, § 69; de 16 de enero de 2018, asunto Adem Serkan Gundogdu c. Turquía, § 38)”. Así, la STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaijan, § 203, recuerda que “si bien ese procedimiento no siempre debe ir acompañado por garantías idénticas a las que prescribe el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para los procesos civiles o penales —derecho a un juicio equitativo—, también lo es que es preciso que revista un carácter judicial y ofrezca garantías apropiadas al tipo de privación de libertad en cuestión, de tal modo que (i) el procedimiento debe ser contradictorio, garantizándose la igualdad de armas entre las partes; (ii) en caso de personas cuya detención se produce vinculada a la comisión de una infracción penal, se impone la celebración de una audiencia y (iii) la posibilidad del detenido de ser oído en persona o a través de algún tipo de representación constituye una garantía fundamental de los procedimientos en que se decide sobre la privación de libertad.

Más en concreto, en relación con esta última exigencia de que el afectado pueda dirigirse personalmente al órgano judicial en la audiencia, y con los antecedentes de las SSTEDH de 1 de junio de 2006, asunto Mamedova c. Rusia, §§ 91-92; o de 21 de diciembre de 2010, asunto Michalko c. Eslovaquia, §§ 159-161; la STEDH de 12 de enero de 2012, asunto Korneykova c. Ucrania, incide en que el derecho del afectado a participar en la audiencia en la que se discute su internamiento es particularmente exigible “cuando es necesario debatir sobre nuevos argumentos para decidir sobre su libertad o cuando los argumentos están estrechamente relacionados con el carácter y la situación personal del solicitante” (§ 69)”.

5.5. Desarrollo del acto de la comparecencia

El acto de la comparecencia se configura como un debate contradictorio, estrictamente oral, entre acusadores y defensas, cuyo elemento clave es que el afectado por la medida cautelar sea oído por la autoridad judicial.

La comparecencia comenzará con las alegaciones de la parte o partes que hayan solicitado la medida cautelar, oyéndose después a las demás partes acusadoras, si las hubiera, y en último lugar, a la persona a la que haya de afectar la medida. Si a la vista de tales alegaciones el peticionario de la medida desiste de su solicitud, de dará por terminada la comparecencia (art. 261.3 ALECRim).

Las partes podrán proponer las pruebas que estimen pertinentes, las cuales, una vez admitidas, se practicarán en el mismo acto de la comparecencia o en el plazo que fije el juez, que no podrá exceder de setenta y dos horas. El juez resolverá sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba propuestos en el acto y verbalmente, aunque de forma motivada, rechazándose aquellas pruebas que sean impertinentes y aquellas que no puedan practicarse en dicho acto o plazo (art. 261.4 ALECRim).

Cuando sea necesario suspender la comparecencia para la práctica de alguna prueba, el juez o tribunal, a instancia de parte, podrá acordar las medidas cautelares provisionales previstas en el art. 263 ALECRim para aquellos supuestos en que la audiencia no pudiera celebrarse o concurrirían razones de urgencia (art. 261.5 ALECRim). Esto significa que la autoridad judicial podrá acordar la medida cautelar que considere inaplazable siempre que concurren los presupuestos que la justifiquen, pero convocará nuevamente la audiencia, que habrá de tener lugar dentro de las setenta y dos horas siguientes.

5.6. Auto motivado

Practicadas las pruebas, el órgano judicial resolverá a continuación sobre la solicitud de medidas cautelares mediante *auto motivado* (art. 261.6 ALECRim). Aunque los autos hayan de ser siempre fundados *ex art. 248 LOPJ*, la mención expresa del deber de motivar el auto que decida sobre la solicitud de medidas cautelares obedece al hecho de que las decisiones judiciales que afectan al derecho fundamental a la libertad exigen un deber reforzado de motivación “que implica comprobar la concordancia de las razones dadas por el órgano judicial con los fines de la norma aplicada (SSTC

163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4, y 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4)”¹⁴.

En los casos cualificados de afectación del valor superior de la libertad, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “concorre un deber reforzado de motivación exigible al órgano judicial para acordar la prisión provisional, por la estrecha conexión existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman la privación preventiva de libertad, pues solo una adecuada motivación hace conocibles y supervisables aquellas circunstancias fácticas [STC 128/1995, FJ 4 a)]. Además, la falta de motivación ‘conciene directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tutela judicial efectiva’ (STC 179/2005, de 4 de julio, FJ 2). La motivación constitucionalmente exigible, en estos supuestos, debe contener: 1) Una argumentación que ha de ser ‘suficiente y razonable’, entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquélla que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado; 2) la justificación de la legitimidad constitucional de la privación de libertad o, más concretamente, el presupuesto de la medida y el fin constitucionalmente perseguido; y 3) la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el supuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión [por todas, SSTC 179/2005, de 4 de julio, FJ 2; 65/2008, de 29 de mayo, FJ 4 c); y jurisprudencia allí citada]”¹⁵.

5.7. Supuestos de urgencia

La adopción o prórroga de una medida cautelar personal sigue, como regla, el siguiente orden temporal: primero, la solicitud, después, la comparecencia, y por último, la resolución judicial. Sin embargo, el art. 263 ALECrím, al igual que el vigente art. 505.5 LECrím, prevé dos situaciones

¹⁴ Vid. STC 91/2018, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TC:2018:91), Antecedente nº 10.

¹⁵ Vid. STC 30/2019, de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:30), FJ 3. También, STC 96/2017, de 17 de julio (ECLI:ES:TC:2017:96), FJ 4: “En esos casos cualificados de afectación del valor superior de la libertad, hemos afirmado que debe “entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el art. 24.1 CE” (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3, y 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4) “de manera que la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales, fundamentadores de la decisión... sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior” (SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; y 226/2015, FJ 4)...”.

en las que será posible adoptar la medida cautelar sin previa celebración de la comparecencia, a saber: 1) cuando la audiencia no pudiera celebrarse (habrá que entender que por cualquier razón, aunque el precepto no lo diga de forma expresa, p. ej., por incomparecencia del fiscal o del abogado del detenido o investigado); y 2) cuando concurrieran “razones de urgencia” (situación íntimamente vinculada con los fines de la privación de libertad y muy particularmente con el riesgo de fuga).

En ambos casos, el Juez, a instancia de parte y previa audiencia del Ministerio Fiscal, podrá acordar las medidas cautelares que estime inaplazables (las denominadas medidas cautelares provisionálísimas) siempre que concurren los presupuestos que las justifiquen, pero deberá convocar nuevamente la audiencia, que habrá de celebrarse dentro de las setenta y dos horas siguientes. No se trata, por tanto, de supuestos de adopción de medidas cautelares sin celebración de comparecencia, sino de celebración de comparecencia inmediatamente posterior a la adopción de la medida.

Nótese, además, que en estas dos situaciones el juez podrá acordar provisionalmente la medida cautelar sin celebración de previa audiencia, pero siempre que medie previa petición de parte y no, por tanto, de oficio. La vigencia del principio rogatorio se mantiene plenamente también en estas situaciones excepcionales.

5.8. Reglas especiales en caso de detención

El art. 264 ALECRim establece unas reglas especiales para el caso de que la persona respecto de la que se haya instado la medida cautelar estuviera detenida, a saber:

1^a) La comparecencia deberá celebrarse en el plazo de setenta y dos horas desde la puesta del detenido a disposición judicial (aptdo. 1).

2^a) Cuando el detenido no pueda ser puesto a disposición del órgano judicial competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a su detención preventiva será puesto a disposición del Juez de Garantías del lugar donde se haya practicado la detención. En este caso, si el Juez del lugar de la detención hubiera acordado la prisión provisional, una vez que el juez o tribunal competente reciba las actuaciones, convocará a las partes a la comparecencia del art. 261 ALECRIM, en la que podrá ratificar o dejar sin efecto la cautela adoptada (aptdo. 2, párrs. segundo y tercero)¹⁶.

¹⁶ Ya el art. 189 ALECRim, al regular el principio de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares, señala que “Cuando la medida cautelar haya sido adoptada por un juez distinto del que conoce el procedimien-

En relación con el modo de proceder en esta situación es preciso hacer dos advertencias aclaratorias:

i) Aunque no se diga expresamente, hay que entender que para el que Juez del lugar de la detención pueda acordar —a prevención— la prisión provisional del detenido será necesaria la previa celebración de la oportuna comparecencia. No se trata, por tanto, de un supuesto en el que pueda acordarse la medida sin previa celebración de audiencia, salvo que concurran razones de urgencia *ex art. 263 ALECRim*.

ii) El art. 264.2 ALECRim solo prevé que el juez o tribunal competente convoque la comparecencia cuando el juez del lugar de la detención hubiera acordado la “prisión provisional”, pero no para el caso de que las medidas cautelares acordadas en prevención hubiesen sido otras, p. ej., la libertad provisional con prestación de garantía o caución, con prohibición de residir o acudir a determinados lugares, con prohibición de salida de territorio nacional, etc.

3^a) En los supuestos de detención en buques y aeronaves se estará a lo especialmente dispuesto en el art. 210 ALECRim (aptdo. 2, párr. tercero): el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición del juez competente en el plazo máximo de setenta y dos horas. Cuando no sea posible llevar al detenido a presencia física del juez dentro de dicho plazo, la puesta a disposición judicial y la asistencia letrada podrán realizarse por medios telemáticos. Si no fuera posible el uso de medios telemáticos en el plazo legal por causa de fuerza mayor, el plazo podrá prorrogarse hasta que cese la causa que lo motivó. En cuanto el buque atraque o la aeronave aterrice, se pondrá físicamente al detenido a disposición del Juez de Garantías más próximo que tendrá que ratificar o dejar sin efecto las medidas provisionalmente acordadas, previa práctica, en su caso, de la primera comparecencia para el traslado de cargos.

6. LA RESOLUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

De crucial importancia es la norma sobre el auto resolutorio de las medidas cautelares contenida en el art. 262 ALECRim. Según dispone el aptdo. 1 de este artículo “la resolución judicial que resuelva sobre las medidas cautelares no podrá tomar en consideración hechos delictivos más graves ni fines distintos de los planteados por las partes que las interesen conforme a

to, habrá de ser ratificada o dejada sin efecto por el juez competente en los plazos previstos en esta ley”.

lo dispuesto en los artículos 246 y 247 de esta ley. En todo lo demás, el juez fundamentará su decisión libremente ateniéndose a los hechos, diligencias y documentos que hayan sido objeto de debate”¹⁷.

§. La prohibición expresa de que el Juez acuerde la prisión provisional por “hechos delictivos más graves” que los planteados por las acusaciones supone la plasmación legislativa de la doctrina constitucional sobre el juego de la imparcialidad objetiva y del principio acusatorio, elementos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera inherentes a la idea de “procedimiento judicial” en la que se sustenta la garantía de “control judicial efectivo de la privación cautelar de libertad” del art. 5.3 CEDH. Según esta doctrina, de la que las recientes SSTC 29 y 30/2019, de 28 de febrero, constituyen una referencia insoslayable, la autoridad judicial que ejerce el control inmediato de la privación cautelar de libertad sólo actúa a través de un auténtico “procedimiento judicial” cuando se ajusta a los límites que marcan los “cargos criminales” formulados por las acusaciones (hechos y calificación jurídica)¹⁸, lo que supone que ha de existir una coherencia sustancial entre los hechos y las calificaciones jurídicas manifestados en la audiencia del art. 505 LECrim por las partes acusadoras para fundamentar la prisión y la posterior decisión cautelar del juez. En este sentido, según dice el Tribunal Constitucional, “la autoridad judicial encargada de actuar como “juez de la libertad” de los investigados no sería imparcial, en términos objetivos, si quisiera fundar la medida cautelar de privación de libertad en hechos o en calificaciones jurídicas diversas y más graves que las que los acusadores personados en el procedimiento consideran viables en ese momento procesal, convirtiéndose de ese modo en acusador potencial, cuando una característica que debe definirle es la de no acumular funciones acusatorias, esto es, la de no ser la autoridad que presenta los cargos definitivos. Por tanto, si el juez de instrucción se apartara de lo señalado por las partes acusadoras en relación con los “cargos criminales” (hechos y calificación jurídica) que permitirían fundar la decisión de prisión provisional, asumiría en el específico trámite del control inicial de la privación de libertad la condición de parte

¹⁷ La prohibición expresa de tomar en consideración hechos delictivos más graves y fines distintos de los planteados por las partes es aplicable a la “resolución judicial que resuelva sobre las medidas cautelares”, cualquiera que sea la medida que se haya solicitado, y no solo a la prisión provisional, aunque el precepto se refiera expresamente a los arts. 246 y 247 que son los que establecen el presupuesto y los fines legítimos de esta concreta medida cautelar.

¹⁸ Sobre la importancia de la noción de “cargos criminales” en la doctrina del TEDH, vid., por todas, SSTEDH de 24 de noviembre de 1993, asunto I. c. Suiza, § 36, y de 15 de noviembre de 2005, asunto R. c. Austria, § 37.

acusadora, de una forma incompatible con las exigencias derivadas de los arts. 17.2 CE y 5.3 CEDH...”¹⁹.

Así pues, para decidir sobre la procedencia de medidas cautelares, la autoridad judicial solo podrá apartarse de los cargos que hayan sido formulados para tomar en consideración otros más leves que hayan sido suficientemente debatidos, tal y como indica el art. 19.3 ALECrím.

Sin embargo, según esta misma doctrina, la exigencia de correlación entre los motivos (fines) de la prisión aducidos por las acusaciones y los valorados por la autoridad judicial para acordar la prisión provisional no constituye un rasgo característico del control judicial efectivo de la privación cautelar de libertad del art. 17.2 CE, ni desde el punto de vista de la necesaria imparcialidad de la autoridad judicial que interviene en dicho control, ni tampoco desde la óptica de la contradicción exigible a dicho trámite. En esta línea, el Tribunal Constitucional declara en la sentencia 30/2019, que “si el juez de instrucción se ajusta a la petición formulada por las partes en lo relativo a la sustancia de los cargos provisionales (hechos y calificación jurídica provisionales), sin agravar estos para justificar la procedencia de la privación de libertad, la realización de valoraciones adicionales sobre el cumplimiento de las finalidades constitucionales de la privación de libertad, no resulta necesariamente contraria al estatuto de la imparcialidad de la “autoridad judicial” constitucionalmente llamada a ejercer el control inmediato de la privación cautelar de libertad, sin perjuicio de que deba formularse en cada caso un análisis contextualizado de la argumentación complementaria, en aras a descartar completamente la presencia de parcialidad objetiva”. Y concluye diciendo: “... para preservar la imparcialidad objetiva del juez de instrucción no es constitucionalmente exigible, en abstracto y teniendo en cuenta los condicionantes dados por el modelo de investigación penal existente en España, la existencia de plena identidad o correlación entre la totalidad de los argumentos por los que los acusadores consideran que procede la prisión provisional y los que conducen al juez a acordarla. Esta correlación sería exigible en lo que hace al presupuesto necesario para que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente admisible, esto es, a la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo, pero no en relación con la concurrencia exacta de uno o más fines constitucionales llamados a ser preservados por la medida cautelar...”²⁰.

¹⁹ STC 30/2019, de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:30), FJ 4.

²⁰ Doctrina reproducida por la STC 62/2019, de 7 de mayo, (ECLI:ES:TC:2019:62), FJ 3.

Sentado lo anterior, hoy por hoy puede afirmarse que la exigencia de que la medida de prisión provisional solo pueda acordarse por la autoridad judicial a instancia de parte acusadora no incluye necesariamente en el seno de tal garantía la prohibición expresa, normativamente prevista y dirigida al Juez de Instrucción, de evaluar la concurrencia de fines constitucionales o motivos justificativos de la prisión distintos de los que alegan los acusadores personados.

El Anteproyecto, sin embargo, se aparta de la citada doctrina constitucional al establecer de forma expresa que el juez o tribunal que resuelva sobre las medidas cautelares no podrá tomar en consideración “fines distintos” de los planteados por las partes (art. 262.1 ALECrim). El prelegislador justifica de forma expresa esta opción en la Exposición de Motivos (aptdo. XXIII) con la siguiente argumentación:

“Las mencionadas resoluciones del Tribunal Constitucional²¹ admiten, no obstante, la posibilidad de que se verifique cierta merma en la imparcialidad objetiva cuando el juez de la libertad actúa al mismo tiempo en calidad de juez instructor. Afirma el Tribunal Constitucional que el juez instructor, como director del procedimiento de investigación, tiene legalmente atribuida la obligación de llevar a buen puerto el procedimiento indagatorio por lo que la ley puede otorgarle, en orden a asegurar el éxito de la investigación, cierta autonomía en la apreciación de los fines que justifican la privación de libertad. En otros términos: únicamente un modelo legal de instrucción judicial puede resultar constitucionalmente compatible, según esta jurisprudencia, con cierta renuncia a la plenitud de la imparcialidad objetiva en el control judicial de la privación cautelar de libertad.

En coherencia con esta matización doctrinal, una vez que la figura del juez-investigador resulta legalmente superada y que se ve sustituida por la actuación de una autoridad judicial en posición de estricta garantía, la excepción expuesta pierde el imprescindible sustento de un supuesto de hecho legitimador. La autoridad que actúa en el incidente cautelar como puro juez de la libertad —y no en la doble condición de poder investigador y de juez de la prisión— debe quedar sujeta a los fines que le son indicados por las partes acusadoras. El juez no puede, en este caso, apreciar, por sí mismo y sin alegación de parte, fines distintos a los que las acusaciones promueven sin desbordar el ámbito estricto de las funciones que le corresponden como tercero imparcial. Esta ha sido, en definitiva, la opción del presente texto normativo: convertir al juez de la libertad en una autoridad judicial en plena posición de garantía”.

El prelegislador sostiene, pues, que el Tribunal Constitucional en las mencionadas sentencias ha reconocido que el hecho de que el Juez Instructor pueda acordar una medida cautelar por fines distintos de los manifestados por las partes acusadoras supone una merma de la imparcialidad objetiva que no queda más remedio que asumir y tolerar en el contexto actual de

²¹ Refiriéndose a las reiteradas SSTC 29 y 30/2019, de 28 de febrero.

instrucción judicial en el que el Juez de Instrucción es al mismo tiempo la autoridad encargada de ejercer el control inmediato de la privación cautelar de libertad (el juez de la libertad). Sin embargo, esto no es así y hay que decirlo abiertamente. Ciertamente, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta los condicionantes dados por el modelo de investigación penal existente en España, pero para decir precisamente lo contrario, que en nada condiciona la imparcialidad objetiva del Juez de Instrucción el mero hecho de que tenga margen para controlar la legalidad de la privación de libertad conforme al art. 17 CE atendiendo a argumentos propios, que no hayan sido previamente invocados por las partes, siempre que estos se refieran a los fines constitucionales de la privación de libertad.

Así pues, no compartimos los argumentos que el prelegislador esgrime para justificar la opción de prohibir al juez acordar la privación de libertad por fines distintos de los alegados por las partes. A nuestro juicio, si la toma en consideración de fines distintos de los planteados por las partes no supone una pérdida de imparcialidad, tal y como sostiene el Tribunal Constitucional, podría valorarse la conveniencia de que el juez de la libertad pudiera someter a debate de las partes la idoneidad de fines distintos, pudiendo acordar la medida cautelar cuando entendiera que dichos fines justifican su necesidad.

Por lo demás, el aptdo. 2 del art. 262 ALECrím prohíbe que el juez o tribunal adopte medidas cautelares más gravosas que las que hubieran sido expresamente solicitadas. En cambio, permite que el órgano judicial durante la comparecencia plantee a las partes (“somete a debate”, dice el precepto) la idoneidad de una medida cautelar menos gravosa, acordándola cuando, de acuerdo con las alegaciones formuladas, entienda que puede resultar igualmente conducente a los fines pretendidos. Esta disposición deriva directamente del principio de necesidad de las medidas cautelares que proclama el art. 187 ALECrím, que establece que solo será posible adoptar una medida cautelar cuando no exista otra menos gravosa igualmente útil para alcanzar los fines perseguidos, e impone a la autoridad que acuerde la medida el deber de explicitar las razones por las que, en el caso concreto, no procede la adopción de otra menos lesiva.

En todo caso, concluye el último párr. del art. 262 ALECrím, si se hubiese solicitado prisión provisional, el órgano judicial podrá acordar en su lugar libertad provisional con prestación de caución —oyendo a las partes en lo relativo a su cuantía— o con imposición de reglas de conductas concretas que hayan sido suficientemente debatidas.

En este mismo sentido, el art. 19.2 ALECrim regulador de la imparcialidad objetiva del órgano judicial, después de señalar que el órgano judicial no podrá acordar medidas cautelares que no le hayan sido expresamente solicitadas, establece que sí podrá acordar medidas menos gravosas que las solicitadas por las partes cuando sean igualmente conducentes a los fines pretendidos y siempre que hayan sido debidamente debatidas.

III. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES EN CASO DE SECRETO. EL DERECHO DE ACCESO A LOS MATERIALES DEL EXPEDIENTE

El Anteproyecto dedica tres preceptos a regular las especialidades del procedimiento de adopción de medidas cautelares en caso de que se hubiese declarado el secreto de las actuaciones, distinguiendo según que la medida cautelar solicitada sea la prisión provisional o una medida no privativa de libertad (arts. 265 a 267)²². Estas disposiciones, tal y como indica la Exposición de Motivos del Anteproyecto (aptdo. XXXIII), incorporan como garantía del art. 17.1 CE derivada de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, el “derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la prisión provisional”; derecho que es el complemento inescindible del derecho a la información al que sirve como garantía instrumental. Como veremos a continuación, el prelegislador sigue aquí la reciente doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el alcance de este derecho (SSTC 13/2017, 21/2018, 83/2019, 94 y 95/2019, 180 y 181/2020).

Las SSTC 13/2017, 21/2018 y 181/2020 perfilan el espacio constitucional de los derechos a ser informado y a acceder a aquellos elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad en el marco de una causa no declarada secreta con ocasión de detenciones policiales sometidas a control judicial por medio de un *habeas corpus*. La STC 83/2019, cuya doctrina reproducen las posteriores SSTC 94 y 95/2019, se ocupa del alcance de los indicados derechos cuando, encontrándose la causa bajo secreto sumarial, el detenido ha pasado a

²² La declaración de secreto del procedimiento de investigación está regulada en los arts. 578 a 582 ALE-Crim. En el nuevo modelo de proceso penal del Anteproyecto, la declaración de secreto corresponde al fiscal en cuanto director de la investigación. No obstante, el decreto del fiscal de declaración de secreto deberá trasladarse de inmediato al Juez de Garantías para que en el plazo de cuarenta y ocho horas confirme o alce la decisión de secreto, fijando en el primer caso su duración.

disposición judicial y corresponde decidir sobre su situación personal, convocándose a tal fin la comparecencia del artículo 505 LECrim. Por último, la STC 180/2020 aborda el alcance de estos derechos en un contexto diferente, en el que se solicita la medida cautelar de prisión transcurridos más de siete meses desde el comienzo de la instrucción, en unas actuaciones declaradas secretas a intervalos y para un investigado que había prestado declaración y hasta el momento había permanecido en libertad en la causa²³.

Examinaremos primero esta reciente jurisprudencia constitucional sobre el “derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para discutir e impugnar la legalidad de la privación de libertad”, para poder comprobar después en qué medida el nuevo régimen normativo del Anteproyecto se adapta a las exigencias constitucionales.

1. EL DERECHO DE ACCESO A LOS ELEMENTOS DE LAS ACTUACIONES QUE RESULTEN ESENCIALES PARA IMPUGNAR LA LEGALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad del investigado o encausado (en lo sucesivo, abreviadamente, “el derecho de acceso al expediente”) se incorporó en la vigente LECrim por la LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva europea de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales, cuyo art. 7 regula el “derecho de acceso a los materiales del expediente”. Desde el 28 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de la modificación de la LECrim operada por la citada LO 5/2015, nuestra ley procesal penal reconoce de forma expresa el derecho de acceso al expediente en diversos preceptos, básicamente, los siguientes: i) el art. 118.1, relativo al derecho de defensa, incluye entre los derechos de los que debe ser instruida de inmediato toda persona a quien se atribuya un hecho punible, el “derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración” (letra b)²⁴; ii) el art. 302, por el que se autoriza al Juez de

²³ Un comentario reciente de la STC 180/2020, de 14 de diciembre, puede verse en Antonio Abellán Albertos, “¿Por qué no se declara como lesión al ‘derecho a conocer’ a la vulneración de los derechos de información y de acceso a las actuaciones? Comentario a la STC 180/2020, de 14 de diciembre”. *Diario La Ley*, nº 9834 (2021): 1-16. *laleydigital* (Wolters Kluwer).

²⁴ Esta es la transcripción actual del art. 118.1.b) LECrim tras su última redacción dada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales...”.

Instrucción, a propuesta del fiscal o de cualquier otra parte acusadora personada o de oficio, a declarar secreta la causa en determinados supuestos y por un tiempo limitado, especifica en su último párrafo que lo dispuesto en este artículo se entenderá “sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505”; iii) el art. 505.3, párrafo segundo, en sede de audiencia o “vistilla” de medidas cautelares, establece que “el Abogado del investigado o encausado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado”; iv) el art. 520.2 reconoce a toda persona que haya sido detenida o privada de libertad el “derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad” (letra d); y v) el art. 527.1, en supuestos de detención o prisión incomunicadas, permite privar al detenido o preso del derecho de acceder por sí mismo o a través de su abogado a las actuaciones “salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención” (letra d)²⁵.

El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre el derecho de acceso a los materiales del expediente en la Sentencia 13/2017, de 30 de enero²⁶, en un caso en el que los agentes de policía negaron al abogado del detenido el acceso al expediente con el argumento de que el mismo no era posible porque el Equipo de Policía Judicial se encontraba todavía practicando diligencias y confeccionando el atestado. En este caso, además, se daba la circunstancia de que en la fecha en que sucedieron los hechos, julio de 2014, todavía no había sido transpuesta a nuestro Derecho nacional la Directiva europea de 2012 relativa al derecho

²⁵ Sobre el derecho de acceso a los materiales del expediente es muy recomendable la lectura de la Circular 3/18, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, en la que se establecen pautas de actuación ante la disparidad de criterios sobre la interpretación del derecho a la información de los detenidos y los investigados. Vid., también, el reciente trabajo de Carlos Gómez-Jara Díez y Daniel Tejada Plana, “Prisión provisional y derecho de acceso al expediente”. En *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim*, (Dir. Pere Simón Castellano y Alfredo Abadías Selma), Aranzadi, Cizur Menor (2021): 189-224.

Aunque no es momento de entretenerse en este tema, no me resisto a traer aquí a colación la recentísima STS (Sala de lo Penal), de 13 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1388) que, recordando lo ya dicho por esta misma Sala en las SSTs 795/2014, de 20 de noviembre y 884/2012, de 12 de noviembre, fija el contenido y los límites del derecho de defensa estableciendo que no existe un derecho a conocer la investigación policial desarrollada con anterioridad al inicio del procedimiento judicial. El Tribunal Supremo considera que solo son susceptibles de reclamarse estas investigaciones preprocesales cuando la defensa presente indicios fundados de que concurren circunstancias que pueden afectar a la validez de la prueba obrante en el procedimiento, o que pueden influir en su calidad, en su credibilidad o en su fuerza incriminatoria.

²⁶ ECLI:ES:TC:2017:13.

de información en los procesos penales —aunque ya había transcurrido el plazo máximo establecido para hacerlo²⁷— y, por tanto, no existía aún en la LECrim el reconocimiento expreso del derecho del detenido a acceder a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención.

El abogado del detenido instó el correspondiente procedimiento de *Habeas Corpus* para impugnar la legalidad de la detención alegando, entre otros motivos, la denegación del acceso al expediente policial, derecho que entendía exigible en aplicación del art. 7.1 de la Directiva europea, en virtud del principio de efecto directo vertical aplicable a las Directivas no transpuestas dentro de plazo —o transpuestas de manera insuficiente o defectuosa— que crean derechos mediante disposiciones incondicionales y suficientemente precisas. El Juzgado de Instrucción dictó auto desestimando la solicitud de *Habeas Corpus* al considerar que, aun siendo efectivamente aplicable la norma europea, no se trataba del supuesto previsto en el art. 7 de la Directiva, “toda vez que en el momento en que se ha solicitado el habeas corpus no existe, como tal, dicho expediente, pues los agentes se encuentran practicando diligencias y confeccionando el atestado”. Contra el auto desestimatorio de la solicitud de *Habeas Corpus* se interpuso el recurso de amparo del que trae causa la citada STC 13/2017, alegando, entre otros motivos, la vulneración conjunta de los derechos a la libertad (art. 17.1, 3 y 4 CE), a la defensa jurídica (art. 24.2 CE), a conocer los términos de la acusación (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y al derecho de defensa (art. 24.2 CE), todo ello como consecuencia de la negativa de los agentes de policía a facilitar al letrado de la defensa el acceso al expediente de la causa.

El Tribunal Constitucional, tras determinar que el derecho fundamental realmente concernido en este caso no es otro que el “derecho de asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales” del art. 17.3 CE²⁸, hace las siguientes declaraciones: i) la negativa sin justificación alguna del funcionario Instructor a la entrega del material del que ya se disponía (la denuncia, la documentación de los registros efectuados, etc.) trajo consigo

²⁷ En el art. 11 de la Directiva se fijaba el 2 de junio de 2014 como fecha tope para la transposición de la Directiva al Derecho nacional.

²⁸ El TC en esta sentencia reitera su doctrina sobre la doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, en cuya virtud es necesario distinguir entre la “asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales” que la Constitución reconoce en el art. 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el aptdo. 1 de ese mismo artículo, y la “asistencia letrada al imputado o acusado” que la propia Constitución contempla en el art. 24.2 CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido.

la vulneración del derecho a la asistencia de letrado del art. 17.3 CE, el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y de su letrado a acceder a los elementos fundamentales para impugnar su situación privativa de libertad, por aplicación directa del art. 7.1 de la Directiva²⁹; ii) el auto del Juzgado de Instrucción, al desestimar posteriormente la solicitud de *Habeas Corpus*, dejó de reparar la lesión de aquel derecho fundamental; y iii) la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE) trae consigo también la del derecho a la libertad individual del recurrente (art. 17.1 CE), puesto que su detención gubernativa no tuvo lugar con observancia de lo previsto en el ordenamiento. Por todo ello, el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo y declara la nulidad del auto impugnado.

En idéntico sentido, pero ya una vez transpuesta la Directiva 2012/13/UE a nuestro ordenamiento jurídico, se pronuncia la STC 21/2018, de 5 de marzo³⁰, también esta vez con ocasión de una detención policial sometida a control judicial por medio de un *Habeas Corpus*. La importancia de esta sentencia está en que en ella el Tribunal Constitucional concreta el fundamento, el momento, la forma y el contenido del derecho de acceso al expediente policial: i) el derecho de acceso tiene como finalidad “facilitar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y, en caso de desacuerdo, permite cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial. Es además relevante para decidir la estrategia que el detenido considera útil a sus intereses de defensa...”; ii) el momento en que el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones puede ejercerse “se sitúa después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado por primera vez. Por tanto, la pretensión de acceso a las actuaciones se produce siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear”; iii) en cuanto a la forma, “es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho...”. Una vez so-

²⁹ A propósito de la aplicación del art. 7.1 de la Directiva, el TC reitera en esta sentencia el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, originario y derivado, sobre el interno y su efecto directo para los ciudadanos, y reconoce de forma expresa que “no cabe rechazar tampoco la posibilidad de que una Directiva comunitaria que no haya sido transpuesta dentro de plazo por el legislador español ... pueda ser vinculante en cuanto contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas en las que se prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal que permitan integrar por vía interpretativa el contenido esencial de los derechos fundamentales, al haberse incorporado por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al acervo comunitario”, tal y como ocurre en el art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, que consagra el derecho de acceso a los materiales del expediente por la persona que se encuentre detenida y por su abogado, que resulten fundamentales para poder impugnar de manera efectiva la legalidad de la detención.

³⁰ ECLI:ES:TC:2018:21.

licitado, “el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad”; iv) el derecho de acceso “no otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado pues, más limitadamente, únicamente cobra sentido y se reconoce el acceso a aquéllas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, esto es, fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley o, dicho de otra forma, si la misma se apoya en razones objetivas que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado, justificando así la privación de libertad”; y v) la determinación de cuáles sean los elementos esenciales “es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención. En tal medida, a modo de ejemplo, pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios inculpativos, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito...”³¹.

³¹ Sobre el derecho de acceso a las actuaciones policiales, vid., también, la reciente STC 181/2020, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TC:2020:181), en la que se insiste en la idea de que, a diferencia del derecho de información, la garantía de acceso no opera de oficio, sino que requiere la rogación del interesado: en este caso, en el que el abogado designado de oficio tuvo acceso a un contenido mínimo del atestado, el Tribunal Constitucional desestima la vulneración del derecho de acceso porque “ni ella (se refiere a la demandante en amparo) ni el letrado que le asistía en su defensa, solicitaron el acceso que aquella reclama en la demanda de amparo; en el atestado policial no constan, ni la solicitud, ni tampoco la subsiguiente protesta por la eventual negativa a serle facilitada aquella información” (FJ 5). En la doctrina, vid. Josefa Fernández Nieto, “El acceso a los atestados policiales: a vueltas con las garantías del derecho de defensa en el proceso penal español”, *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, nº 2 (2018): 37-68, Liberlex; Santiago Aragonés Seijo y Alejandro Alamillo Estival, “El Acceso al atestado policial por el detenido: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2017, de 30 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, nº 8954 (2017): 1-4, laleydigital (Wolters Kluwer), y “El Acceso

El Tribunal Constitucional vuelve a abordar el alcance del derecho a acceder a los materiales del expediente en la Sentencia 83/2019, de 17 de junio³², pero esta vez lo hace en un contexto procesal diferente, a saber: en causa declarada secreta y en el marco de la audiencia del art. 505 LECrim; contexto que es precisamente el que nos interesa ahora por ser al que se refieren las especialidades procedimentales de los arts. 265 a 267 ALECRim que constituyen el objeto de este epígrafe.

El caso del que trae causa la STC 83/2019 es el siguiente: en el marco de unas diligencias previas declaradas secretas el Juzgado de Instrucción ordena diversas entradas y registros en las que se procede a la detención de varias personas, entre ellas el demandante en amparo. Puesto a disposición judicial, en aplicación de los arts. 118 y 520.2 LECrim, fue nuevamente informado de sus derechos —ya lo había sido previamente en sede policial—, figurando entre ellos el de acceder a los elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Una vez prestada declaración ante el juez, se convocó a las partes a la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim en la que el fiscal interesó la prisión provisional comunicada y sin fianza sobre la base de indicios resultantes de la investigación policial y judicial “que no resultaba posible especificar por el momento al hallarse la causa declarada secreta”, ofreciendo tan solo una información grosso modo. El abogado de la defensa se opuso a la medida de prisión alegando la indefensión en que se encontraba su cliente por el hecho de no habersele proporcionado acceso a las actuaciones como consecuencia del secreto sumarial. Calificó de insuficiente, en términos de defensa, la simple información facilitada, en su lugar, por el órgano judicial previamente a prestar declaración, así como por el fiscal al abogar por la prisión provisional en ese mismo acto. En el auto de prisión provisional el juez indicó que, por razón del secreto del sumario, la resolución se notificase al demandante y a su abogado omitiendo algunos extremos.

El demandante interpuso recurso de apelación contra el auto de prisión reproduciendo el mismo argumento con el que se había opuesto previa-

al atestado policial por parte del detenido (II). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 21/2018, de 5 de marzo”, *Diario La Ley*, nº 9214 (2018): 1-5, laleydigital (Wolters Kluwer).

³² El análisis de esta sentencia puede verse en el reciente trabajo de José León Alapont, “Secreto sumarial y prisión preventiva”. En *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim* (Dir. Pere Simón Castellano y Alfredo Abadías Selma), Aranzadi, Cizur Menor (2021): 165-188. También, Santiago Aragonés Seijo, “Acceso a los Autos por el Letrado del investigado en la causa declarada secreta al acordar su prisión provisional. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 83/2019, de 17 de junio y 95/2019, de 15 de julio”, *Diario La Ley*, nº 9790 (2021): 1-5. Y Antonio Abellán Albertos, “El acceso a las actuaciones policiales y judiciales declaradas secretas (STC 83/2019, de 17 de junio)”, *La Ley Penal*, nº 142 (2020).

mente a la adopción de la medida: la imposibilidad de articular impugnación alguna frente a la prisión provisional decretada por el Juez Instructor, pues la declaración de secreto había impedido que se le facilitara todo documento, informe, atestado o elemento obrante en la causa indicativo de los motivos e indicios que habrían de sustentar la medida. La Audiencia Provincial, sin embargo, desestimó el recurso de apelación con el argumento de que el derecho de acceso a las actuaciones que el art. 118 LECrim reconoce a todo investigado se ve limitado en aquellos supuestos en los que el Juez de Instrucción acuerda declarar secreta la causa por la necesidad principal de preservar la propia instrucción en desarrollo, como era el caso. El tribunal de apelación no observó que se hubiera producido en este caso indefensión alguna, toda vez que el auto de prisión recurrido, notificado al apelante, recogía una cumplida información de los hechos investigados así como la valoración de los fines perseguidos con la medida de prisión.

El demandante en amparo recurre el auto por el que el Juzgado de Instrucción elevó la detención a prisión provisional y el auto de la Audiencia Provincial que confirmó la medida de prisión en apelación. Funda su recurso, entre otros motivos, en que fue privado del derecho de acceder a los materiales del expediente necesarios para articular una adecuada defensa frente a la privación de libertad; derecho que, a su juicio, no puede quedar constreñido por el secreto sumarial, como se desprende de la combinación de los arts. 302 y 505.3 LECrim: el art. 302 LECrim señala que lo dispuesto en este precepto sobre la declaración de secreto del sumario se entenderá “sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505”, párrafo en el que se establece que el investigado, a través de su abogado, tendrá “en todo caso” derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar su privación de libertad.

Pues bien, en la sentencia que resuelve el recurso de amparo, la STC 83/2019, FJ 6º, el Tribunal Constitucional sienta doctrina acerca del ejercicio del derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para comprobar la legalidad de la privación de libertad en el marco de la comparecencia de prisión provisional y en causa declarada secreta. Esta doctrina, reiterada en las posteriores SSTC 94 y 95/2019, de 15 de julio, puede condensarse en los siguientes puntos:

i) El acceso a los materiales del expediente ha de ser solicitado por el investigado³³. La exigencia de rogación por el interesado debe entenderse

³³ “Mientras que el derecho a ser informado sobre los hechos investigados y sobre las razones que han llevado al detenido a presencia judicial debe ser promovido directamente por el Juez Instructor,

cumplida si la solicitud la formula el abogado del investigado. El propio art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE impone que se entregue a la persona detenida “o a su abogado” aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.

ii) El investigado ha de poder ejercer su derecho de acceso desde el momento en que haya sido convocado a la comparecencia³⁴.

iii) Al derecho de acceso ha de dársele efectividad inmediata³⁵.

iv) El secreto sumarial no puede privar al investigado del derecho de acceso a las actuaciones para impugnar la legalidad de la privación de libertad³⁶.

proporcionando de oficio al investigado y a su defensa cuantos detalles fácticos y jurídicos sean necesarios, por expresivos en tal sentido [art. 520.2 LECrim, inciso 1º], los restantes derechos enumerados en el art. 520.2 LECrim y, entre ellos, el acceso a los materiales del expediente relacionados con su privación de libertad que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim], requieren, en cambio, de la rogación por el interesado, quien después de informado del derecho que le asiste en tal sentido habrá de exteriorizar su voluntad de hacer uso del derecho o derechos de que se trate”.

³⁴ “... desde el momento en que el órgano judicial haya informado de que se va a celebrar esta comparecencia, estará habilitado el investigado para expresar, por sí o a través de su abogado, su voluntad de acceder al expediente con la finalidad de tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones. Dado que es precisamente esta su finalidad, el uso del derecho que le asiste no podrá posponerse más allá del momento en que, durante la propia comparecencia, una vez expuestas sus alegaciones por las acusaciones, llegue el turno de intervención de la defensa del interesado. Y ello porque ha de ser con anterioridad a que el órgano judicial adopte una decisión sobre la libertad del investigado cuando este, potencialmente afectado por la medida cautelar que vaya a interesarse, tenga la oportunidad de requerir, por sí o a través de su representante en el proceso, ese acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican”.

³⁵ “Mostrada por el justiciable o por su defensa la voluntad de hacer uso del derecho reconocido en el art. 520.2 d) LECrim, compete al órgano judicial darle efectividad del modo más inmediato y efectivo posible, interrumpiendo, si fuere preciso, la comparecencia ya iniciada, sin perjuicio de su reiteración en fase posterior”.

³⁶ “No hay duda de que el secreto sumarial incide, siquiera temporalmente, en las capacidades de defensa del investigado, limitando sus posibilidades de conocer e intervenir en el desarrollo de la investigación penal. El sacrificio del pleno disfrute por el justiciable de sus derechos y garantías que ello implica no exime, sin embargo, de la obligación de informarle debidamente sobre los hechos que se le imputan y sobre las razones motivadoras de su privación de libertad. Tampoco puede privarle, en términos absolutos, de su derecho de acceder a las actuaciones para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad, cercenando con ello toda posibilidad de defensa frente a la medida cautelar”.

v) El derecho de acceso se circunscribe a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad³⁷.

vi) No basta con proporcionar al investigado una información verbal y genérica³⁸.

vii) La idoneidad de la decisión judicial de entrega de datos y materiales será, en cualquier caso, susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido³⁹.

viii) La declaración de secreto de una causa ha de extenderse en el tiempo el mínimo indispensable para lograr sus fines⁴⁰.

³⁷ “Del otro lado, los fines a los que legal y constitucionalmente sirve el secreto sumarial no pueden desvanecerse como consecuencia del ejercicio efectivo de los indicados derechos del justiciable, pues en tal caso el secreto perdería su razón de ser...

La expresión “en todo caso” incorporada al art. 505.3 LECrim para referirse al derecho de acceso del abogado del investigado o encausado a los elementos que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad de su cliente “no comporta, en su entendimiento constitucional, una suerte de alzamiento del secreto sumarial que abra ilimitadamente la causa o alguna de sus piezas declaradas secretas, al conocimiento de las partes en situación, efectiva o potencial, de privación de libertad, a resultas de lo que sucede en la comparecencia del art. 505 LECrim. Muy al contrario, subordina la toma de conocimiento de lo actuado a lo estrictamente necesario en orden a comprobar la regularidad de la medida privativa de libertad, debiendo facilitarse tan solo lo imprescindible para, dado el caso, cuestionar su pertinencia y promover su impugnación. Así pues, el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial —en el sentido de sustancial, fundamental o elemental— para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, siempre previa solicitud expresa por su parte en tal sentido”.

³⁸ “... la efectividad de la garantía requiere que la información se suministre al interesado por el mecanismo que resulte más idóneo, a criterio del órgano judicial: extracto de materiales que obren en las actuaciones, exhibición de documentos u otras fuentes de prueba, entrega de copias o de cualquier otro soporte o formato, siempre que garantice el ajuste con los datos obrantes en el expediente y permita un adecuado uso en términos de defensa (STC 21/2018, de 5 de marzo). No basta con la información que verbal y genéricamente pueda proporcionarse en tal sentido”.

Como afirma Antonio Abellán Albertos, “Esta nueva puntualización debería conllevar un demoledor derribo de la actual *praxis*. No basta el procedimiento utilizado hasta la fecha de facilitar información sesgada y escasa, verbalmente, sino que resulta imperativo permitir un *acceso efectivo*; el Tribunal Constitucional utiliza el verbo *suministrar*, y lo ejemplifica con extractos físicos de las actuaciones, exhibición, entrega de copias u otros soportes. Así pues, tiene que existir un acto de acceso material o corpóreo; ya no es válida la práctica del laconismo del *yo le cuento...*” (vid. “El acceso a las actuaciones policiales y judiciales declaradas secretas (STC 83/2019, de 17 de junio), cit., 6).

³⁹ “... corresponde al órgano judicial que conozca del recurso revisar la ponderación efectuada por el instructor de la adecuación de los materiales facilitados a los fines y derechos concernidos, lo que valorará a la luz de las específicas circunstancias del caso, atendiendo a la naturaleza de los datos y documentos puestos a disposición del interesado y a su importancia en relación con las circunstancias que propiciaron la privación de libertad (STEDH de 25 de junio de 2002, asunto Migon c. Polonia, § 81), sin olvidar los propósitos del secreto decretado en el caso, igualmente dignos de atención”.

⁴⁰ “... la prolongación en el tiempo del secreto no puede constreñir indefinidamente un ejercicio del derecho de defensa que llegue a abarcar la totalidad del sumario, desautorizándose constitucionalmente todo proceso penal que, como consecuencia de la declaración judicial de secreto, se geste a espaldas del investigado y recorte así sus derechos y garantías en el proceso (art. 24.2 CE). El factor tiempo juega, por sí mismo, un papel altamente relevante en toda causa declarada secreta. Al restringir las

La aplicación de todas estas consideraciones al caso concreto llevan al Tribunal Constitucional a declarar la nulidad del auto del Juzgado de Instrucción que decretó la prisión provisional del demandante en amparo, así como la del auto de la Audiencia Provincial que confirmó en apelación la medida cautelar, por vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2. EL RÉGIMEN NORMATIVO DEL ANTEPROYECTO: EL DERECHO DE ACCESO A LOS MATERIALES DEL EXPEDIENTE EN CAUSA DECLARADA SECRETA

Una vez vista la actual doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la privación de libertad, estamos en las mejores condiciones para examinar las especialidades que el Anteproyecto prevé en el marco de la comparecencia del art. 261 ALECrím y en causa declarada secreta. Antes que nada, hay que insistir en la idea de que las especialidades sobre el derecho de acceso a las actuaciones esenciales se circunscriben a aquellos procedimientos en que se hubiera declarado el secreto de la causa, pues solo esta declaración habrá impedido al investigado —en realidad, a todas las partes personadas, a excepción del Ministerio Fiscal— tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en las diligencias a las que afecte la declaración de secreto (art. 581.1 ALECrím). Ordinariamente, esto es, si la causa no ha sido declarada secreta, el investigado habrá podido conocer la totalidad del procedimiento como consecuencia del derecho de acceso que le reconoce el art. 15 ALECrím⁴¹. Este precepto, regulador del “derecho de acceso a las actuaciones”, claramente inspirado en el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE, establece que “el derecho de defensa faculta a la persona encausada para conocer las actuaciones y, en particular, para examinarlas con la debida antelación antes de la práctica de cualquier diligencia relevante y, en todo caso, antes de que se le reciba declaración”. Y solo prevé la posibilidad de exceptuar el derecho

posibilidades de conocimiento íntegro de lo investigado y, por tanto, de defensa, la declaración de una causa como secreta siempre habrá de extenderse en el tiempo el mínimo indispensable para lograr sus fines, debiendo cesar de forma inmediata en caso de lograrse aquellos...”.

⁴¹ Con la regulación actual, la situación es idéntica. La cláusula del párr. segundo del art. 505.3 LECrím, que dispone que “el Abogado del investigado o encausado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado”, solo tiene sentido en los casos de secreto de las actuaciones, cuando el investigado respecto del que se solicita la prisión provisional no ha tenido acceso al procedimiento, pues si no se ha declarado el secreto de la causa el investigado habrá podido conocer la totalidad del procedimiento como consecuencia del derecho de acceso que le reconoce el art. 118 LECrím.

de acceso a las actuaciones “cuando exista un riesgo grave para la vida, integridad física o libertad de alguna persona, cuando sea razonablemente previsible que el conocimiento o acceso a todo o a parte de las actuaciones pueda suponer la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba o cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación”.

La regulación de las especialidades del procedimiento de medidas cautelares en causa declarada secreta es distinta en función de la naturaleza de las medidas cautelares solicitadas, según se trate de medidas no privativas de libertad o de prisión provisional.

2.1. Secreto de las actuaciones y medidas no privativas de libertad

Si se hubiera acordado el secreto —total o parcial— del procedimiento de investigación y el Ministerio Fiscal hubiese solicitado la adopción de una medida cautelar no privativa de libertad, el fiscal podrá solicitar al Juez de Garantías, mediante una comunicación reservada, que tenga en cuenta determinadas diligencias que hayan sido declaradas secretas, consignando los motivos por los que no deben ser conocidas por el investigado ni por su abogado. El juez tendrá en cuenta las diligencias declaradas secretas cuando esté justificada la solicitud del Ministerio Fiscal y las considere relevantes para tomar su decisión. En este caso, en el auto de medidas cautelares el juez expresará los particulares de la resolución que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que deba notificarse a la defensa. Solo después de que se alce el secreto, se notificará el auto íntegro de medidas cautelares a la defensa de la persona afectada a efectos de que pueda impugnarlo (art. 265 ALECrim, en relación con el art. 581.2 párr. primero).

Así pues, cuando la medida cautelar solicitada no sea privativa de libertad, el interés en no perjudicar los fines a los que legal y constitucionalmente sirve el secreto sumarial —en particular, garantizar la eficacia de las diligencias de investigación— se impone al derecho de acceso al expediente del investigado.

2.2. Secreto de las actuaciones y prisión provisional. Acceso a los elementos esenciales

Si la medida cautelar solicitada fuese la prisión provisional la cosa cambia. En este caso es preciso conseguir un equilibrio entre los fines con re-

levancia constitucional de los que es tributario el secreto y el adecuado ejercicio del derecho de defensa del investigado frente a la privación de libertad. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional, a pesar de la declaración de secreto resulta necesario proporcionar al investigado un grado de acceso al expediente que le permita disfrutar de una efectiva oportunidad de conocer en lo esencial los elementos en que se sustenta la solicitud de su privación de libertad, sin que ello suponga una suerte de alzamiento del secreto (STC 83/2019, FJ 6). Este ansiado equilibrio es, precisamente, el que persiguen las disposiciones contenidas en los arts. 266 y 267 ALECrím.

Según dispone el art. 266 ALECrím, en relación con el art. 581.2, cuando se hubiera decretado el secreto de las actuaciones y la medida cautelar interesada fuera la prisión provisional, “el Ministerio Fiscal aportará, junto con la solicitud relativa a la adopción de la medida, los elementos de las actuaciones, tales como la denuncia, la documentación de testimonios inculpativos, los informes periciales, fotografías o grabaciones que sean esenciales para resolver sobre la privación de libertad y para impugnar, en su caso, la legalidad de la misma, aunque se encuentren bajo declaración de secreto, salvo lo excepcionalmente dispuesto en el artículo siguiente” (apdo. 1). El investigado tendrá derecho, en todo caso, a acceder a dichos elementos desde el momento en que haya sido convocado a la comparecencia (apdo. 2).

El Anteproyecto sigue aquí, claramente, las directrices marcadas por el Tribunal Constitucional sobre el alcance del derecho de acceso a las actuaciones en causa declarada secreta y en el marco de la comparecencia de prisión, obligando al fiscal a “aportar” los elementos de las actuaciones que sean esenciales para que el investigado pueda discutir y, en su caso, impugnar, la legalidad de la prisión. Como dice la STC 83/2019, antes examinada, no se trata de abrir ilimitadamente la causa como consecuencia del ejercicio efectivo del derecho de acceso a las actuaciones del investigado, pues en tal caso el secreto perdería su razón de ser, pero sí de proporcionarle “aquello que resulte esencial —en el sentido de sustancial, fundamental o elemental— para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad” (FJ 6)⁴².

⁴² Por su parte, la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/18 sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, ordena a los fiscales —aunque sean, precisamente, los que soliciten la prisión provisional— para que “En los casos en los que estuviera declarado el secreto de las actuaciones, los Sres. Fiscales deberán también velar por que se le facilite al privado de libertad el acceso a aquellos elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar su privación de libertad con carácter previo a la comparecencia prevista en el art. 505 LECrím. El acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando

La contradicción y la igualdad de armas, características esenciales de la comparecencia de medidas cautelares, implican de forma necesaria la previa información sobre los motivos de la privación de libertad y, muy especialmente, el acceso a las actuaciones esenciales para valorar la legalidad de la privación de libertad. Es doctrina reiterada que “no hay igualdad de armas cuando a un abogado se le niega el acceso a los documentos del expediente de la investigación cuyo examen es indispensable para impugnar eficazmente la legalidad de la detención de su cliente [SSTEDH de 9 de julio de 2009, asunto *Mooren c. Alemania* (Gran Sala), § 124; de 12 de enero de 2010, asunto *Boloş c. Rumanía*, § 33; de 20 de febrero de 2014, asunto *Ovsjannikov c. Estonia*, § 72, o de 23 de mayo de 2017, *Mustafa Avci c. Turquía*, § 90]. La importancia de dichas garantías como mecanismo de protección de los derechos de las personas sospechosas de haber cometido un delito ha justificado que la Unión Europea haya dictado normas precisas, mínimas y comunes sobre las mismas (STC 21/2018, FJ 5). Las garantías legales específicas de información y acceso se explican así finalmente como proyección de las exigencias procedimentales directamente emanadas del artículo 17 CE en su entendimiento conforme al artículo 5 CEDH⁴³.

En cuanto a la concreción de los elementos esenciales, hay que recordar que aunque el art. 261.1 ALECrím menciona expresamente algunos elementos que pueden identificarse como “esenciales”, tales como la denuncia, la documentación de testimonios inculpativos, los informes periciales, fotografías o grabaciones, la determinación de cuales sean dichos elementos esenciales es necesariamente casuística y debe efectuarse en cada caso en atención a las circunstancias que hayan justificado la solicitud y adopción de la privación de libertad, sin que sea posible ofrecer *a priori* una relación exhaustiva de aquellos⁴⁴.

Por lo que se refiere al momento de acceso, el art. 266.2 ALECrím, siguiendo aquí también la doctrina de la STC 83/2019, establece que el investigado tendrá derecho a acceder a las actuaciones desde el mismo momento en que haya sido convocado a la comparecencia, con la finalidad de que pueda tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las

la integridad de las actuaciones, permita al investigado conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad” (Conclusión 13ª).

⁴³ Vid. STC 180/2020, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TC:2020:180), FJ 5.

⁴⁴ A modo de ejemplo, vid., el catálogo de elementos esenciales mencionados en la STC 21/2018, de 5 de marzo (ECLI:ES:TC:2018:21), FJ 6.

acusaciones⁴⁵. La duda que plantea esta disposición, con la utilización de la preposición “desde”, es la de si el investigado podría esperar hasta el propio momento del acto de la comparecencia para interesar el acceso a las actuaciones y solicitar la suspensión del acto con el fin de preparar adecuadamente la oposición a la medida de prisión solicitada. En mi opinión, esta actuación, como mera estrategia procesal, no debería tener cabida. El órgano judicial solo debería suspender la comparecencia por este motivo si la defensa justifica razonadamente por qué no ha ejercitado su derecho de acceso con anterioridad. En todo caso, si se suspendiera la comparecencia por este motivo, el Juez siempre podría adoptar, a instancia de parte, las medidas provisionalísimas a que se refiere el art. 263 ALECRim.

Por último, hay que señalar que el art. 266 ALECRim guarda silencio sobre un tema muy importante, la forma en que debe producirse el acceso a los materiales. Se trata de una cuestión sobre la que el texto legal debería pronunciarse con detalle para evitar problemas en la práctica. Sobre este particular, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta, ha de recordarse lo siguiente: i) el acceso a los elementos de las actuaciones, a diferencia de la información de derechos o la designación de letrado, no se proporcionará de oficio por el órgano judicial, sino que será necesaria previa solicitud por parte de la persona investigada; ii) el acceso se efectuará mediante la exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita conocer y comprobar las bases objetivas en las que se funda la solicitud de privación de libertad, sin que sea suficiente la información que verbalmente pueda proporcionarse en tal sentido; y iii) el acceso se facilitará gratuitamente, de conformidad con lo previsto en el art. 7.5 de la Directiva 2012/13/UE, sin

⁴⁵ Hasta ahora, los tribunales han venido manteniendo distintas posturas en cuanto al momento en que debe hacerse efectivo el acceso a los elementos de las actuaciones esenciales “para impugnar la privación de libertad” en el marco de la audiencia del art. 505.3 LECrim: antes de la comparecencia, en el curso de esta (después de que el fiscal haya solicitado en su caso la medida privativa de libertad) o con posterioridad al auto que acuerda la prisión, para permitir el recurso correspondiente. La Fiscalía General del Estado, en su Circular 3/2018, de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, mantiene —con argumentos sólidos— que dicho acceso debe proporcionarse antes de la comparecencia. Por ello, dice la Fiscalía General, “el inciso “para impugnar la privación de libertad” debe ser interpretado en un sentido amplio, que abarca las *impugnaciones de las solicitudes* (es decir, las alegaciones frente a las peticiones de prisión, que se formulen precisamente en la audiencia del art. 505) y las *impugnaciones a las resoluciones que las acuerden* (es decir, los recursos frente a los autos que acuerden la privación de libertad)”. Esta postura defendida por la FGE es la que acoge de forma expresa el Anteproyecto.

perjuicio del coste que pudiera resultar de la realización de copias, cuando fueran necesarias⁴⁶.

2.3. Mantenimiento excepcional del secreto

No obstante todo lo anterior, el art. 267 ALECrím, en su afán de conseguir ese difícil equilibrio entre la necesidad del secreto, como instrumento preordenado a asegurar el éxito de la investigación, y el ejercicio efectivo del derecho de defensa de la persona encausada, permite que el Juez acuerde la prisión provisional sobre la base de diligencias declaradas secretas, pero siempre que el mantenimiento excepcional del secreto no se extienda más allá de veinte días.

Así, excepcionalmente, el fiscal podrá solicitar al Juez de Garantías, mediante comunicación reservada, que acuerde la prisión provisional teniendo en cuenta determinadas diligencias que, estando declaradas secretas, no puedan ser conocidas por el investigado ni su defensa sin poner en grave riesgo los fines de la investigación. Si el juez considera fundadas las razones en las que el Ministerio Fiscal basa su petición, admitirá tales diligencias sin comunicarlas a la defensa. En este caso, si no acuerda la prisión provisional solicitada por el fiscal, el juez omitirá en el auto toda referencia a las diligencias afectadas por el secreto. Si acuerda la prisión provisional, expresará en el auto los particulares que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que deba notificarse a la defensa (art. 267.1 ALECrím).

Inmediatamente después de que se haya acordado la prisión provisional bajo esta circunstancia de mantenimiento excepcional del secreto, el juez conferirá al fiscal un plazo improrrogable, no superior a veinte días, para que, con carácter urgente, realice las actuaciones que impiden la comunicación de las diligencias secretas a la defensa. Transcurrido dicho plazo, y previa audiencia del fiscal, el juez deberá adoptar una de las dos siguientes resoluciones: a) notificar a la defensa del investigado el auto de prisión íntegro, junto con las diligencias que permanecieron secretas, a efectos de que pueda impugnarlo; o b) mantener el secreto de las diligencias, a petición del fiscal, en cuyo caso tendrá que disponer la libertad provisional del investigado condicionada al cumplimiento de una o varias de las medidas legalmente previstas en el art. 217 ALECrím. En este caso habrá que esperar a que se

⁴⁶ Sobre el derecho de acceso y copia de las actuaciones, vid. la Circular de la FGE 3/2018, de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, p. 15.

alce el secreto de la causa para notificar al encausado el auto de prisión íntegro (art. 267.2 ALECrím).

Admite pues el Anteproyecto la posibilidad excepcional de que algunas diligencias se mantengan fuera del conocimiento de la defensa con el fin de asegurar el éxito de la investigación durante el plazo máximo de veinte días. Transcurrido dicho plazo, según puede leerse en el aptdo. XXXIII de la Exposición de Motivos, “el principio de contradicción pasa a surtir plenos efectos. La defensa puede acceder entonces a todos los elementos —esenciales y no esenciales— que han sido tomados en consideración al adoptarse la decisión de prisión, hayan recibido o no la catalogación de *esenciales*... Se garantiza, de este modo, la plenitud del derecho de defensa y se asegura que el régimen jurídico de intervención defensiva se ajuste totalmente a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la salvaguarda de la imprescindible contradicción en el control judicial de la privación cautelar de libertad (art. 5.3 CEDH)”.

A mi juicio, sin embargo, esta disposición sobre el mantenimiento excepcional del secreto, aunque limitada en el tiempo, es contraria al art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE. El aptdo. 4 del art. 7 permite denegar el acceso a determinados materiales “si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal”, pero estas limitaciones del derecho de acceso solo se contemplan en el supuesto que regulan los aptdos. 2 y 3 del art. 7 —el derecho de acceso a los materiales del expediente de la persona acusada o sospechosa no privada de libertad o su abogado—, pero no en el supuesto que regula el aptdo. 1 —el derecho de acceso a los materiales del expediente de la persona que sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal—. El art. 7.4 de la Directiva comienza diciendo: “No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3...”. Y su Considerando 32, que profundiza en la denegación del derecho de acceso dice que “... la denegación de dicho acceso debe sopesarse con los derechos de la defensa de la persona sospechosa o acusada, teniendo en cuenta las distintas fases del proceso penal. Las limitaciones a dicho acceso deben interpretarse de forma estricta y conforme al principio del derecho a un juicio equitativo, con arreglo al CEDH y a la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Por tanto, puede concluirse que la Directiva no contempla la posibilidad de

limitar el acceso de los detenidos o privados de libertad a los documentos que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o la privación de libertad.

IV. CONTROL, REVISIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El principio de modificabilidad de las medidas cautelares parte del hecho de que estas se adoptan y desenvuelven en un contexto de provisionalidad y, por tanto, mutable. Nuestra jurisprudencia constitucional sostiene que “ni la situación de prisión provisional, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, sino que, de conformidad con lo previsto en el art. 539 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), ‘los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa’. Dicho precepto faculta, indiscutiblemente, a los órganos judiciales a modificar una situación anterior (de prisión o de libertad) ‘cuantas veces sea procedente’ y a modificar la cuantía de la fianza ‘en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio’. Como recordábamos en la STC 66/1997, de 7 de abril, FJ 1, la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional ‘obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente’. La particular característica de que los Autos referidos a la situación personal del imputado no alcancen en ningún caso la eficacia de cosa juzgada (ATC 668/1986, de 30 de julio, FJ 1) conlleva que las partes puedan reiterar sus peticiones en esta materia —por más que hubieran sido ya total o parcialmente denegadas— obligando al juzgador a realizar una nueva reflexión sobre la cuestión ya decidida. Esta facultad de las partes de reiterar su pretensión —aun después de haber agotado los posibles recursos— no está supeditada por la Ley al advenimiento de nuevos hechos en el curso del proceso, ni aun siquiera a la aportación de nuevos elementos de juicio o argumentaciones distintas de las que ya hubieran sido expuestas con anterioridad. Naturalmente, sin perjuicio de la referida facultad de las partes, el art. 539 LECrim no proporciona cobertura a modificaciones arbitrarias de la situación personal del imputado, por lo que en última instancia será necesario

que la decisión judicial sí tenga su sustento en el acaecimiento de nuevas circunstancias en el curso del proceso, en la valoración de alegaciones no formuladas con anterioridad, o incluso en una reconsideración —plasmada en la resolución judicial— de las circunstancias ya concurrentes pero que, a juicio del propio órgano judicial, fueron erróneamente apreciadas en la resolución que se modifica”⁴⁷.

El principio de provisionalidad que rige las medidas cautelares penales se recoge expresamente en el art. 188 ALECrím dentro de las Disposiciones generales, junto a los principios de legalidad, necesidad y jurisdiccionalidad. De acuerdo con este precepto:

“Las medidas cautelares solo se mantendrán durante el tiempo absolutamente imprescindible para alcanzar sus fines y en tanto subsistan los motivos que dieron lugar a su adopción y deberán revisarse en los supuestos previstos en esta ley y, en todo caso, cuando varíen las circunstancias que las motivaron.

Para valorar la necesidad de mantener una medida cautelar, se tendrán en cuenta los presupuestos que la justifiquen, la complejidad y la duración del procedimiento, la diligencia observada durante su tramitación y el comportamiento de la persona contra la que se dirija.

Las medidas cautelares no podrán exceder, en ningún caso, de los plazos máximos previstos en esta ley. Transcurrido el plazo máximo de vigencia, u otro inferior establecido judicialmente que no se hubiera prorrogado, quedarán automáticamente sin efecto”.

A este principio de provisionalidad o modificabilidad responden las disposiciones que el Anteproyecto dedica al control, revisión y extinción de las medidas cautelares que se examinan a continuación.

1. CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS

En la resolución judicial por la que se acuerde la imposición de una medida cautelar se establecerán las condiciones de control del mantenimiento de la medida y su duración. Asimismo, cualquiera de las partes legitimadas podrá en cualquier estado del procedimiento solicitar la modificación o levantamiento de las medidas cautelares impuestas (art. 268.1 ALECrím).

Cuando se solicite la modificación de una medida consistente en su agravación o sustitución por otra más grave, el órgano judicial solo podrá tomar su decisión previa celebración de la comparecencia del art. 261, sin que la

⁴⁷ Vid. STC 66/2008, de 29 de mayo (ECLI:ES:TC:2008:66), FJ 3.

ausencia de la persona encausada o de la víctima impida su celebración, siempre que hubieran sido debidamente citadas (art. 268.2 ALECRim)⁴⁸.

En cambio, el órgano judicial competente podrá en cualquier momento del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, revocar una medida cautelar o sustituirla por otra menos lesiva, oídas las partes, pero sin que sea necesario celebrar una nueva comparecencia (art. 268.2 ALECRim).

2. INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS

El mero incumplimiento no justificará, por sí solo, la adopción de medidas más gravosas. No obstante, el órgano judicial podrá sustituir las medidas inicialmente impuestas por otras más graves o imponerlas acumulativamente, teniendo en cuenta la entidad del incumplimiento, los motivos aducidos y la gravedad y las demás circunstancias del caso. Para la adopción de estas medidas más gravosas habrá que seguir el mismo procedimiento que para su adopción inicial, esto es, solicitud de parte y celebración de la comparecencia del art. 261 (art. 269.1 y 2 ALECRim).

En caso de que el incumplimiento afecte a las medidas de protección de las víctimas —medidas de prohibición de aproximación o comunicación, de acudir a determinados lugares, de residir en determinados lugares, o medidas de suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes o del derecho a la tenencia y porte de armas—, el órgano judicial convocará la comparecencia del art. 261 para adoptar la prisión provisional, la orden de protección u otra medida que implique una mayor limitación de la libertad personal. Para ello se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar (art. 269.3 ALECRim).

3. REVISIÓN PERIÓDICA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Se introduce como novedad un control periódico de oficio de la prisión provisional y de las medidas contenidas en la orden de protección. El órgano judicial competente en cada fase del proceso revisará estas medidas cada tres meses desde la fecha de su adopción inicial o desde la de su último

⁴⁸ Recuérdese que la celebración de la comparecencia para tomar la primera decisión judicial sobre la adopción de una medida cautelar personal requerirá, en todo caso, la presencia de la persona investigada, que deberá estar asistida de abogado (art. 261.2 ALECRim).

reexamen, acordando su mantenimiento, modificación o revocación, previa celebración de la comparecencia del art. 261 (art. 270.1 ALECRim).

Sin perjuicio de lo anterior, tan pronto como la causa haya llegado a fase de enjuiciamiento, el órgano judicial competente procederá, de oficio, a revisar estas medidas (art. 270.2 ALECRim).

Esta disposición encarna la recepción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el control periódico de la prisión provisional. Como señala el prelegislador en la Exposición de Motivos, “se cumple con ello un estándar esencial de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, en la que el transcurso del tiempo exige una revisión permanente de las razones que justifican la privación de libertad, de suerte que los motivos iniciales, que pueden estar más ligados a la gravedad del hecho punible, van perdiendo fuerza mientras ganan importancia las diversas circunstancias que puedan estar relacionadas con el arraigo y la situación personal y familiar de la persona presa”.

4. EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS

De acuerdo con lo previsto en el art. 271.1 ALECRim, además de los casos en los que proceda dejarlas sin efecto por haber desaparecido los presupuestos que justificaron su adopción, las medidas cautelares se extinguen por las siguientes causas:

a) Por el transcurso de los plazos máximos de duración.

b) Por el transcurso de los plazos inferiores a los plazos máximos de duración que hubieran sido judicialmente establecidos sin haberse prorrogado la vigencia de las medidas.

c) Por archivo, sobreseimiento de la causa o sentencia absolutoria.

Cuando el proceso termine por sentencia condenatoria, el juez o tribunal de enjuiciamiento resolverá en resolución separada sobre el mantenimiento, modificación o supresión de las medidas cautelares que estuviesen vigentes, previa audiencia de las partes, pero sin necesidad de celebración de la comparecencia prevista en el art. 261.

5. ABONO

A diferencia de la LECrim, el Anteproyecto incluye de forma expresa una norma sobre “abono” del tiempo pasado en situación de privación cautelar de libertad, y de “compensación” de medidas cautelares restrictivas de la

libertad o de derechos con penas de distinta naturaleza, de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal.

En relación con las medidas cautelares personales privativas de libertad, el párr. primero del art. 272 ALECrím establece que “el tiempo transcurrido en la situación de detención, prisión provisional, internamiento o prisión atenuada se abonará para el cómputo del cumplimiento de la pena o medida de seguridad impuesta de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal”. Se asimilan, pues, como computables tanto la situación de detención como la de prisión provisional en cualquiera de sus modalidades.

En cuanto a la forma de cómputo o abono de condena, esta norma procesal se limita a remitir a lo previsto en el art. 58 CP⁴⁹. Pues bien, de acuerdo con la redacción actual de este precepto, dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente se abonará conforme a las siguientes reglas:

a) De ordinario, la prisión provisional se abonará para el cumplimiento de la pena impuesta en el procedimiento en que la medida cautelar fue acordada.

b) Si la prisión provisional coincide en el tiempo con el cumplimiento de la pena de prisión impuesta al penado en otra causa, el periodo de prisión provisional se abonará en la liquidación de condena referente a la pena que se esté efectivamente cumpliendo. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad será abonado en más de una causa⁵⁰.

c) La prisión provisional solo podrá abonarse en causa distinta de la que se decretó cuando la condena en la que se pretende abonar sea por hechos anteriores a la adopción de la medida cautelar⁵¹.

⁴⁹ Aunque son muchos los trabajos publicados sobre el abono de condena, vid, por todos, por lo reciente de su publicación, Álvaro Mañas de Orduña, “La doctrina del 2 x 1 o el excepcional abono del tiempo pasado en prisión provisional en diferentes causas”. En *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrím*, cit., 279 a 296.

⁵⁰ Según puede leerse en el apartado VI del Preámbulo de la LO 5/2010, “Para solucionar los problemas interpretativos surgidos acerca de cuál es el procedimiento penal donde debe abonarse el tiempo de prisión provisional sufrido por un imputado que al mismo tiempo está cumpliendo una pena de privación de libertad impuesta en otra causa, se procede a la modificación del artículo 58 para dejar claro que en esos supuestos solamente será de abono el tiempo de prisión realmente sufrido en la liquidación de condena referente a la pena que esté cumpliendo”.

⁵¹ Este requisito legal ha sido suavizado por la jurisprudencia al admitir que el tiempo transcurrido en situación de prisión provisional puede abonarse también en causa distinta por hechos posteriores a la adopción de la medida cautelar, siempre que en el momento de cometerlos el sujeto no tuviera conocimiento de que en el procedimiento en el que se acordó la cautela se había dictado sentencia absolutoria, o condenatoria pero de duración inferior a la prisión preventiva sufrida (vid., entre las más recientes, STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, nº 646/2020, de 27 de noviembre; también, SSTS

Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las medidas cautelares privativas de derechos.

Por su parte, el párr. segundo del art. 272 ALECrím establece que las medidas cautelares restrictivas de la libertad o de derechos se computarán (abonarán) siempre que las penas o medidas de seguridad impuestas en la sentencia sean de la misma naturaleza (medidas cautelares homogéneas). Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena o medida de seguridad impuesta sea de distinta naturaleza (medidas cautelares heterogéneas), “el juez o tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada”. Nótese la diferencia: mientras que las medidas cautelares homogéneas son directamente abonables, en el caso de medidas cautelares heterogéneas lo que procede es la compensación “atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”, según el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013⁵².

V. RÉGIMEN DE RECURSOS

El Anteproyecto cierra el capítulo de “Disposiciones comunes” aplicables a las medidas cautelares personales con una Sección dedicada a regular el “Régimen de recursos” contra las resoluciones judiciales que resuelvan sobre las medidas cautelares.

Al igual que en la regulación procesal vigente, el debate contradictorio sobre la decisión de privación de libertad se desdobra en el Anteproyecto en dos trámites distintos, y sucesivos, que tienen una forma diversa: al debate contradictorio propio de la comparecencia del art. 261, que da lugar a la primera decisión judicial sobre la situación personal, cuya finalidad primordial

808/2000, de 15 de noviembre, 2394/2001, de 18 de diciembre, y 1021/2005, de 20 de septiembre, entre otras muchas).

En estos casos, aun cuando el delito se habría cometido después de la adopción de la prisión provisional, sin embargo, al no constarle al sujeto en el momento de su ejecución el resultado absolutorio o favorable de la causa por la que se estableció la medida cautelar, no habría actuado con la sensación de impunidad que le daría tal conocimiento, razón por la que la jurisprudencia ha admitido también en estos casos el abono. Por descontado, quedan al margen de esta doctrina jurisprudencial aquellos supuestos en los que el reo es conocedor ya de su situación y de sus posibilidades de cómputo para hechos futuros, pues en tal caso, por razones de prevención del delito y de seguridad jurídica, no debe serle abonada la privación de libertad preventiva. Obrar de forma distinta sería poco menos que reconocerle un crédito, un derecho de futuro a delinquir, lo que generaría un sentimiento de impunidad.

⁵² El párr. segundo del art. 272 ALECrím —a diferencia del primero— no remite de forma expresa al Código Penal, pero lo cierto es que esta disposición no hace más que reproducir literalmente lo dispuesto en el art. 59 CP para aquellos casos en que las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza.

es que el afectado sea oído por la autoridad judicial, le sigue de inmediato una impugnación jurisdiccional formalizada como recurso de reforma, trámite que, caracterizado por la celeridad, se sustancia ante un órgano judicial imparcial. Cabe entender que este doble trámite procesal materializa las garantías contenidas en los apartados 3 (control judicial inicial) y 4 (recurso ante un órgano judicial) del art. 5 CEDH. Recuérdense que el art. 5.4 CEDH señala que “toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en un breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si dicha privación fuera ilegal”⁵³.

Centrándonos en el trámite del recurso, la STC 30/2019, de 28 de febrero, FJ 4, ha declarado que “en este trámite lo esencial, a efectos de la contradicción exigible, es el desarrollo de un debate revisor, entre los acusadores y las defensas, acerca de la legalidad, tanto en el fondo como en la forma, de la decisión cautelar inicialmente adoptada, de modo que, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cualquier nueva alegación o elemento de convicción que sea aportado por las acusaciones ha de ser puntualmente introducido en el debate a través del oportuno traslado a la defensa del investigado (STEDH de 7 de septiembre de 2017, asunto S. c. Alemania, §. 40), a los efectos oportunos de asegurar la interdicción de indefensión de este último”. Nótese que en este segundo marco procedimental se cuenta ya con una base objetiva que delimita plenamente el debate entre las partes: el auto de prisión provisional, que consigna los elementos en los que se funda la privación de libertad.

Frente al régimen de recursos de la LECrim, caracterizado por la duplicación de los medios de impugnación disponibles, el recurso de reforma y/o el recurso de apelación (arts. 507 y 766), el art. 273.1 ALECRim establece un único recurso contra las resoluciones sobre medidas cautelares: el recurso de reforma. El recurso de apelación se reserva exclusivamente para la impugnación de las resoluciones que ponen fin al procedimiento.

Será competente para conocer del recurso de reforma la sección de reforma de cada Tribunal de Instancia y la de la Audiencia Nacional, cualquiera que haya sido el Juez que hubiera dictado el auto de medidas cautelares, el

⁵³ Recuérdense también que aunque el art. 5.4 CEDH no obliga a los Estados Contratantes a instaurar un doble grado de jurisdicción para el examen de la legalidad de la prisión, el TEDH mantiene que “un Estado que se dota de tal sistema debe en principio conceder las mismas garantías tanto en apelación como en primera instancia (véase, entre otras, Svipsta contra Letonia SIC, nº 66820/2001, ap. 129, TEDH 2006-III [extractos], y Djalti contra Bulgaria, nº 31206/2005, ap. 64, 12 marzo 2013)” (STEDH (Sección 4ª) Caso Venet contra Bélgica, de 22 de octubre de 2019, TEDH/2019/167).

de Garantías, el de la Audiencia Preliminar o el juez o tribunal encargado del enjuiciamiento (arts. 717, párr. primero y 33.1 y 2 ALECrím). El nuevo recurso de reforma aprovecha la particular fisonomía de los nuevos Tribunales de Instancia: el recurso sigue resolviéndose dentro del mismo Tribunal de Instancia, pero no por el mismo juez que ha dictado la resolución impugnada sino por una sección dentro de este tribunal, compuesta por tres magistrados, exclusivamente encargada de conocer los recursos de reforma, garantizándose así la imparcialidad de la autoridad judicial que interviene en el trámite de control judicial a través del recurso.

En los supuestos de aforamiento, la competencia corresponderá a las salas de recursos que se constituyan en el Tribunal Supremo y en los Tribunales Superiores de Justicia (arts. 717 párr. segundo y 35.2 ALECrím).

El recurso de reforma, que no tendrá eficacia suspensiva, se interpondrá mediante escrito firmado por abogado y procurador dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del auto de medidas cautelares (art. 719 ALECrím), y se tramitará conforme al procedimiento regulado en el art. 720 ALECrím, en el que tendrá lugar la celebración de una vista solo “cuando la ley expresamente lo disponga” o “cuando el tribunal lo considere necesario para la correcta formación de una convicción fundada”.

Sobre la exigibilidad de celebración de una vista con intervención personal del investigado en la tramitación del actual recurso de apelación contra el auto de prisión provisional se ha pronunciado la reciente Sentencia 29/2019. En esta resolución el Tribunal Constitucional se plantea dos cuestiones: en primer lugar, si hoy por hoy existe una base normativa clara de la que pueda deducirse que esa presencia constituye una garantía de procedimiento expresa prevista en la regulación legal y, en segundo lugar, si la presencia del investigado en la vista de apelación constituye una formalidad directamente deducible del art. 17 CE.

En cuanto a lo primero, el Tribunal Constitucional concluye señalando que no existe obligación de deducir ni del art. 302 LECrím, ni del art. 766.5 LECrím, una exigencia legal específica de intervención del investigado en la vista en la que se ventila el recurso de apelación presentado frente a la decisión inicial de prisión provisional. En defecto de tal obligación, resulta razonable entender que tal acto ha de verificarse con el representante procesal y el abogado del investigado. Dice el Tribunal:

“... del art. 766.5 LECrím, que prevé la posibilidad de celebración de vista para resolver el recurso de apelación frente al auto que acuerde la prisión provisional, no se puede deducir más que la necesaria actuación por medio de representante y a través de la oportuna defensa técnica. Y tampoco parece que la presencia del investigado en la vista

de apelación pueda deducirse inequívocamente del art. 302 LECrim, invocado por el recurrente, que se limita a disponer que “[l]as partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”. Pues la referencia legal a las “partes” no puede entenderse como una exigencia de actuación de índole personal sino que responde a la regla de nuestro ordenamiento procesal conforme a la cual las partes intervienen en los actos de procedimiento a través de sus representantes procesales.

En la STC 194/2015, de 21 de septiembre, con ocasión del análisis de la regulación de una de las modalidades de recurso de apelación penal, recordamos la diferencia esencial que existe entre los preceptos que aluden expresamente a la presencia o intervención del “imputado” (o ahora el “investigado”), el “acusado” o el “condenado” frente a aquellos otros que se refieren a las “partes”, en el entendimiento de que esta última referencia legal “supone lógicamente la presencia tanto del abogado al que compete presentar las alegaciones en defensa de su cliente, como del procurador que ejerce su representación en juicio”. Y ello en tanto que “la postulación es un presupuesto general de la validez de los actos procesales y comprende tanto la dirección y defensa a cargo del letrado como la representación procesal que compete al procurador, actuando este ante el órgano jurisdiccional en nombre de la parte, como se desprende de los párrafos 3 y 4 del art. 118 LECrim y de los arts. 436 y 438 LOPJ. En particular, respecto a la representación de la parte mediante procurador cabe observar que el primer apartado del art. 438 LOPJ la requiere con carácter general, salvo las excepciones legalmente previstas que permiten bien la intervención personal de aquella o el ejercicio de ambas funciones, defensa y representación, por un mismo profesional” (FJ 4).

En cuanto a lo segundo, el Tribunal Constitucional acoge la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en relación con la revisión jurisdiccional del art. 5.4 CEDH, que se sustancia en nuestro ordenamiento a través del recurso de apelación frente a la decisión inicial de prisión provisional adoptada por el Juez de Instrucción. Dice así:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que estamos ante un trámite que ha de colmar las exigencias de contradicción que son características de un “procedimiento judicial” basado en la “igualdad de armas” (por todas, STEDH de 1 de junio de 2006, asunto Fodale c. Italia, § 41), exigencias que no pueden equipararse a las del juicio civil o penal propiamente dicho en el que se ventila la cuestión de fondo, pero que han de ser en todo caso apropiadas al tipo de medida de privación de derechos que está en juego (por todas, STEDH de 28 de octubre de 1998, asunto Assenov y otros c. Bulgaria). Cuando se trata, en concreto, de revisar la adopción de una medida cautelar de privación de libertad en el seno de un proceso penal, el Tribunal de Estrasburgo estima necesario que exista un trámite de audiencia (por todas, STEDH de 15 de noviembre de 2005, asunto Reinsprecht c. Austria, § 31), bien mediante la intervención personal del afectado, bien mediante su actuación instrumentada a través de un representante (SSTEDH de 13 de julio de 1995, asunto Kampanis c. Grecia, § 47; de 1 de junio de 2006, asunto Mamedova c. Rusia, y de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 203). La intervención personal del individuo privado de libertad, en la revisión judicial de la adopción de una medida cautelar penal, puede ser necesaria en circunstancias determinadas, en particular: i) si el interesado no fue escuchado en el trámite inicial de control judicial de la privación de libertad que es objeto de revisión (STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 207); ii) si existe una gran

distancia temporal entre el momento en que se adopta la decisión inicial de prisión (con comparecencia personal) y el trámite de apelación (STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 207); iii) si las alegaciones del impugnante se refieren estrechamente a su personalidad o carácter (STEDH de 19 de enero de 2012, asunto Korneykova c. Ucrania, § 69); iv) si el recurrente discute ex novo las condiciones en la que se desarrolla la privación de libertad, condiciones que en el momento de acordarse la medida cautelar aún no había llegado a experimentar y que el letrado defensor no conoce “de primera mano” (STEDH de 1 de junio de 2006, asunto Mamedova c. Rusia, § 91); o v) si el órgano judicial que realiza la revisión modifica los motivos o fundamentos en los que ésta se basa, por ejemplo si la decisión inicial se fundaba en el riesgo de reiteración delictiva y se altera para fundarla en la posibilidad de destrucción de medios de prueba (STEDH de 10 de octubre de 2000, asunto Grauzinis c. Lituania, §§ 33 y 34)”.

Pues bien, el art. 273.2 ALECRim, siguiendo claramente la doctrina del TEDH y del TC exige la celebración de vista con audiencia de la persona privada cautelarmente de libertad cuando el recurso de reforma se interponga contra el auto de prisión provisional en los siguientes casos:

a) cuando se recurra el auto que adopte la prisión provisional o el que deniegue su alzamiento en el trámite trimestral de revisión de oficio.

b) cuando la resolución recurrida, aun no habiéndose dictado en el trámite trimestral de revisión de oficio, agrave la duración o el régimen de la prisión provisional o modifique los fines o los motivos por los que venía considerándose procedente hasta ese momento;

c) cuando el recurrente denuncie las condiciones en que se desarrolle su privación de libertad.

d) cuando sea relevante la valoración de la personalidad del recurrente para decidir acerca de la impugnación de la medida.

El aptdo. 3 del art. 273 ALECRim refuerza la exigencia de celebración de vista al señalar que “en ningún caso, con motivo del recurso interpuesto, se podrá acordar la medida de prisión provisional o agravar las condiciones de la misma sin oír personalmente a la persona afectada, celebrando la correspondiente vista”.

Finalmente, de acuerdo con el art. 274 ALECRim, los recursos de reforma que se interpongan contra la resolución que acuerde la prisión provisional o agrave sus condiciones y contra las que dispongan su mantenimiento en el trámite trimestral de revisión de oficio tendrán carácter preferente y deberán resolverse en el plazo máximo de diez días (art. 274 ALECRIM)⁵⁴.

⁵⁴ En la regulación actual también el art. 507.1 LECrim establece la tramitación preferente del recurso de apelación que se interponga contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del investigado o encausado, así como la obligación de resolver el recurso contra el auto de prisión en un plazo máximo de 30 días.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- ABELLÁN ALBERTOS, ANTONIO, “El acceso a las actuaciones policiales y judiciales declaradas secretas (STC 83/2019, de 17 de junio)”, *La Ley Penal*, nº 142 (2020). laleydigital (Wolters Kluwer).
- ABELLÁN ALBERTOS, ANTONIO, “¿Por qué no se declara como lesión al ‘derecho a conocer’ a la vulneración de los derechos de información y de acceso a las actuaciones? Comentario a la STC 180/2020, de 14 de diciembre”. *Diario La Ley*, nº 9834 (2021): 1-16. laleydigital (Wolters Kluwer).
- ARAGONÉS SEIJO, SANTIAGO, “Acceso a los Autos por el Letrado del investigado en la causa declarada secreta al acordar su prisión provisional. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 83/2019, de 17 de junio y 95/2019, de 15 de julio”. *Diario La Ley*, nº 9790 (2021): 1-5. laleydigital (Wolters Kluwer).
- ARAGONÉS SEIJO, SANTIAGO Y ALAMILLO ESTIVAL, ALEJANDRO, “El Acceso al atestado policial por parte del detenido (II). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 21/2018, de 5 de marzo”, *Diario La Ley*, nº 9214 (2018): 1-5. laleydigital (Wolters Kluwer).
- ARAGONÉS SEIJO, SANTIAGO Y ALAMILLO ESTIVAL, ALEJANDRO, “El Acceso al atestado policial por el detenido: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2017, de 30 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, nº 8954 (2017):1-4. laleydigital (Wolters Kluwer).
- FERNÁNDEZ NIETO, JOSEFA, “El acceso a los atestados policiales: a vueltas con las garantías del derecho de defensa en el proceso penal español”. *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, nº 2 (2018): 37-68. Liberlex.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS Y TEJADA PLANA, DANIEL, “Prisión provisional y derecho de acceso al expediente”. En *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim*, (Dir. Pere Simón Castellano y Alfredo Abadías Selma) Aranzadi, Cizur Menor (2021): 189-224.
- LEÓN ALAPONT, JOSÉ, “Secreto sumarial y prisión preventiva”. En *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim* (Dir. Pere Simón Castellano y Alfredo Abadías Selma), Aranzadi, Cizur Menor (2021): 165-188.
- MAÑAS DE ORDUÑA, ÁLVARO, “La doctrina del 2 x 1 o el excepcional abono del tiempo pasado en prisión provisional en diferentes causas”. En *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim*, (Dir. Pere Simón Castellano y Alfredo Abadías Selma), Aranzadi, Cizur Menor (2021): 279 a 296.
- ORTEGA CALDERÓN, JUAN LUIS, “Reflexiones sobre la comparecencia de prisión regulada en el artículo 505 LECrim a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Diario La Ley*, nº 9642 (2020): 1-17. laleydigital (Wolters Kluwer).
- PINTO PALACIOS, FERNANDO, “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”. *Diario La Ley*, nº 9843, (2021). laleydigital (Wolters Kluwer).
- PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, “La crisis de la prisión provisional. Su conveniente reducción a la mínima expresión”, En *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim*, (Dir. Pere Simón Castellano y Alfredo Abadías Selma), Aranzadi, Cizur Menor (2021): 67-104.
- SIMÓN CASTELLANO, PERE y ABADÍAS SELMA, ALFREDO (Dir.), *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2021.
- SIMÓN CASTELLANO, PERE Y ABADÍAS SELMA, ALFREDO (Dir.), *Prisión provisional, ¿utilidad o perjuicio?*, A Coruña: Colex, 2021.
- SIMÓN CASTELLANO, PERE Y ABADÍAS SELMA, ALFREDO, *La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020.

MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL¹

Precautionary measures involving property in the new Draft of the Spanish Criminal Procedure Law

Coral ARANGÜENA FANEGO

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid
coral.aranguena@uva.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y FINALIDAD. III. PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES. 1. Presupuestos. 2. Características. IV. CATÁLOGO DE MEDIDAS CAUTELARES.- V. PROCEDIMIENTO. 1. Características. 2. Competencia; 3. Legitimación; 4. Solicitud. 5. Audiencia del encausado y partes personadas. Decisión; Impugnación. VI. EJECUCIÓN. VII. MODIFICACIÓN, CAUCIÓN SUSTITUTORIA Y EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS. VIII. ALGUNAS CUESTIONES QUE SE DEBERÍAN INCLUIR EN EL TÍTULO III. IX. A MODO DE CONCLUSIÓN. X. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Análisis crítico de la regulación de las medidas cautelares reales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

Abstract: This paper analyses from a critical perspective the regulation of precautionary measures involving property in the Draft of the Spanish Criminal Procedure Law of 2020.

Palabras clave: Medidas cautelares reales; fianza; embargo; decomiso; proceso penal.

Keywords: Precautionary measures involving property; preservation measures; bail; freezing order; confiscation order; criminal proceedings.

¹ Trabajo realizado en el marco de los proyectos de investigación “Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas. PID2020-116848GB-I00” (Plan nacional I+D+i.Ministerio de Ciencia e Innovación); “Claves de la Justicia civil y penal en la sociedad del miedo. PROMETEO/2018/111 B” (Generalitat Valenciana); “Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado del Bienestar. UMA18-JA175”; “El uso de las TICs en la Cooperación Jurídica Penal Internacional. PY18-1059”.

ABREVIATURAS

Art.:	Artículo
ALECrím.:	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.:	Confrontar
cit.:	citado
CP:	Código Penal
LEC.:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGT.:	Ley General Tributaria
LH.:	Ley Hipotecaria
LO:	Ley Orgánica
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
nº:	número
<i>op.cit.</i> :	obra citada
ORGA.:	Oficina de recuperación y gestión de activos
pp.:	páginas
ss.:	siguientes
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>v.gr.</i> :	verbigracia
<i>vid.</i> :	véase

I. INTRODUCCIÓN

El cambio de siglo nos ha traído esfuerzos redoblados para sacar adelante una ley procesal penal de nuevo cuño llamada a sustituir al decimonónico texto vigente, parcheado hasta la extenuación².

En un breve lapso de tiempo se han sucedido dos textos prelegislativos uno en 2011, otro en 2013, cuya andadura no ha ido más allá de su apro-

² A las setenta y nueve modificaciones que contabilizaba a fecha enero de 2021 la Memoria del Análisis del impacto normativo del ALECrím, se ha sumado, posteriormente cuando se corrigen estas páginas una más por obra de la ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Ochenta modificaciones, cincuenta y siete de ellas posteriores a la aprobación de la Constitución, que como indica la Exposición de Motivos del ALECrím han hecho que nuestra LECrím *de facto*, se haya visto sustituida por una maraña de normas fragmentarias, encajadas unas con otras por razones coyunturales.

bación en Consejo de Ministros como Anteproyecto (el primero)³ y, aún sin pasar de mero Borrador, en el caso del segundo, con el trasvase de algunas de sus disposiciones o ciertos bloques temáticos al texto de la vigente LE-Crim⁴.

Pese a su discreta trayectoria ambos textos prelegislativos dieron lugar a valiosos estudios doctrinales sobre las líneas maestras de la reforma criminal⁵ y constituyen referentes primordiales del nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020 (ALECrim, en adelante) a cuyo análisis dedicaré estas páginas; concretamente a la materia cautelar real.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, dentro del Libro II dedicado a las medidas cautelares destina su Título III a las reales, regulación que ha de completarse con las Disposiciones generales, comunes a todo tipo de medidas cautelares (personales y reales) contenidas en su Título I.

Explican el sentido de la reforma en materia cautelar los apartados XXIX a XXXIV de la Exposición de Motivos siendo el último de ellos (el XXXIV) el dedicado específicamente a las medidas cautelares reales.

Una lectura de este apartado de la Exposición de Motivos nos revela ya que para el prelegislador las reales siguen siendo la *Cenicienta* de las medidas cautelares⁶ pues deja entrever una cierta desatención a la materia ya que, a diferencia de las medidas cautelares personales a cuya presentación dedica seis extensos apartados, “despacha” a las reales con unas sucintas líneas en las que poco más se indica que la estructura seguida en

³ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.

⁴ Sobre las modificaciones provenientes del articulado de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 vid. MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2015), *La reforma de la Ley d Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ed. Castillo de Luna, Madrid.

⁵ Por ello resulta también de suma importancia para el análisis del nuevo texto, los trabajos doctrinales elaborados sobre los precedentes, entre los cuales destacamos por su carácter omnicompreensivo, además del citado en la nota anterior: AA.VV. (2011) *La reforma del proceso penal* (Asencio Mellado, J.M^a y Fuentes Soriano, O. directores), La Ley, Madrid, 2011; AA.VV. (2015), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el Borrador de nuevo Código Procesal Penal* (Moreno Catena, V. director; Ruiz López, C. y López Jiménez, R. coordinadoras), Tirant lo Blanch, Valencia.

⁶ Como indica M. MARCHENA, ese carácter de materia secundaria que doctrinalmente ha acompañado a estas medidas se ha extendido también a la práctica, de suerte que la tramitación de las medidas cautelares durante la fase de investigación no suele ser, con las obvias salvedades, un ejemplo de pulcritud, hasta el punto que no resulta difícil detectar una histórica inercia que inspira voluntaristas soluciones, algunas de ellas alejadas de las pautas legales y, lo que puede resultar más grave, con importante infracción de principios del máximo rango constitucional [MARCHENA GÓMEZ, M. (1998), “Algunos aspectos de las medidas cautelares reales en el proceso penal”, *Diario La Ley*, Ref. D-229, tomo 5].

su regulación, lo que además se hace incurriendo en un error al incluir las especialidades en los delitos frente a la Hacienda pública y las medidas cautelares frente a personas jurídicas entre las reales (*c.fr.* el último párrafo del apartado XXXIV) cuando lo cierto es que sistemáticamente los ha ubicado fuera del título III que las regula: concretamente en dos títulos separados y sucesivos: IV y V.

Soslayando de momento este error del prelegislador, el propósito de este trabajo lo constituye facilitar una visión panorámica de la regulación que el ALECrim proporciona de las medidas cautelares reales sistematizando el análisis de los veintidós artículos de que consta el Título III que las regula (además de las disposiciones comunes a las medidas cautelares, que recoge el Título I). Para ello, partiendo de las cuestiones de tipo general (concepto, finalidad, presupuestos y características) se analizará a continuación la tipología o catálogo de medidas cautelares reales susceptibles de adopción en el proceso penal, el procedimiento a seguir, así como las consecuencias subsiguientes a su acuerdo: ejecución de las medidas, modificación y extinción.

Desde un punto de vista sistemático sorprende la ubicación elegida para la regulación de las medidas cautelares, situándose en el Libro II con carácter previo, por tanto, al que se dedica incluso al procedimiento de investigación. Por más que la Exposición de Motivos justifique su elección en la eficacia transversal de las medidas cautelares, pues pueden adoptarse en cualquier estadio del procedimiento (apartado XXIX) y —tratándose de las reales— también sin limitación en cualquier clase de procesos, lo cierto es que su hábitat natural es (o, prioritariamente, debería ser) la fase de investigación y (salvo la detención y, en su caso, incautación de bienes a efectos de decomiso) una vez celebrada la primera comparecencia, razón que justificaría resituirlas en un Libro posterior.

Adelantamos ya que la nueva regulación tiene la virtud de avanzar en el objetivo de dotar a estas medidas de un marco de regulación coherente y completo, del que hoy carecen al estar sustentado en una normativa fragmentaria y dispersa en los más variados textos sustantivos y procesales, claramente superada e ineficaz para un proceso del siglo XXI. Una somera lectura al contenido que le dedica la vigente LECrim. revela la insuficiencia de una regulación obsoleta que todavía habla⁷ de españoles de buena

⁷ Gráficos ejemplos que destaca PAVIA CARDELL, J, (2016) “Medidas cautelares y recuperación de activos”, ponencia del Curso de formación del Centro de Estudios Jurídicos *Investigación y prueba en los delitos de corrupción*, p. 8.

conducta que actúan como fiadores (art. 592 LECrim) y de alguaciles que embargan bienes (art. 599 LECrim).

II. CONCEPTO Y FINALIDAD:

Punto de partida es recordar que las reales son medidas que, recayendo de forma exclusiva sobre el patrimonio (bienes y derechos dice el 278.2) del legalmente obligado a su prestación, (278.2: encausado⁸ —art. 277.1— o tercero civilmente responsable —art. 283.1)⁹ están previstas para conjurar el peligro marginal del necesario transcurso del tiempo hasta la resolución definitiva, que puede hacer ilusoria la efectividad del pronunciamiento jurisdiccional¹⁰.

Adviértase que el ALECrIm ha sustituido la expresión responsabilidad/des pecuniarias por responsabilidad/des patrimoniales, término más amplio, comprensivo también del decomiso¹¹.

La finalidad genérica de aseguramiento de las responsabilidades patrimoniales a declarar en la sentencia (afirmada en el art. 278) se diversifica y/o especifica en función de las distintas medidas que pueden adoptarse para dicho aseguramiento, aunque en pocos casos el prelegislador se preocupa de efectuar las convenientes precisiones: así en el art. 295 donde se menciona evitar la continuación delictiva, prevenir la consolidación del delito, preservar bienes jurídicos de las víctimas o reintegrarlas en el pleno ejercicio de sus derechos, o en el art. 296 donde se menciona evitar la continuación delictiva o reintegrar a la víctima en el ejercicio de sus derechos o en el art. 297 prevenir retrasos en el proceso o costes adicionales e innecesarios.

⁸ Tomamos la denominación del art. 49.1 ALECrIm

⁹ Como posteriormente veremos, hay otros terceros que aun cuando “legalmente” no estén obligados al aseguramiento cautelar, pueden resultar sujetos a ella y/o afectados por las medidas como evidencia art. 286.1 en relación con los arts. 137.1 y 138.

¹⁰ Se trata de una definición que con mínimas variaciones ya empleé en mi monografía (1991) *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, J.M. Bosch ed. Barcelona, p. 119.

¹¹ Conforme al diccionario de la Real Academia Española el significado de “pecuniario/a” es el de “perteneciente o relativo al dinero en efectivo” y el de “patrimonial” el de “perteneciente o relativo al patrimonio”.

III. PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

El Título I del Libro II ALECrím que lleva por rúbrica Disposiciones Generales (aplicables tanto a las medidas cautelares personales como a las reales) debería recoger los pilares del sistema cautelar penal, aunque en realidad se limita a mencionar en cuatro preceptos algunos de los principios (o características) que informan las medidas cautelares (en ocasiones de forma imprecisa) omitiendo en cambio hacer la más mínima referencia a los presupuestos exigibles para su adopción y a las finalidades que con ellas se ha de perseguir llevando estos extremos a la regulación posterior de las cautelares personales y de las reales que se aborda en los Títulos II y III, respectivamente.

Tal solución, además de asistemática, es peligrosa toda vez que posteriormente y según veremos a continuación, tampoco en el título III que se ocupa específicamente de las medidas cautelares reales se concretan en debida forma los exigidos presupuestos pues, por más que de alguna forma estén reflejados en algunos preceptos, sus rúbricas no son nada expresivas, resintiéndose la previsibilidad /legalidad necesaria. Baste echar un vistazo al art. 277 (que lleva por rúbrica la de “Legalidad”) cuyo apartado primero en realidad acoge al *fumus boni iuris*.

1. PRESUPUESTOS

Sería indispensable incorporar entre estas disposiciones generales un precepto dedicado a enunciar los presupuestos sobre los que descansa cualquier medida cautelar penal, sea ésta personal o real: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, toda vez que como veremos el art. 282.1 exige la acreditación de tales presupuestos en la solicitud de medidas cautelares, requisito indispensable para su adopción.

Soslayando la imprecisión del ALECrím:

a) el *fumus boni iuris* (o, más bien, *fumus commissi delicti*¹²) debe acreditarse mediante la concurrencia de los indicios racionales de criminalidad de persona determinada¹³ (art. 277.1) o de responsabilidad civil de un ter-

¹² Como hace más de medio siglo propuso en la doctrina italiana GUARINIELLO (1966), “La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di libertà provvisoria”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, p. 523. Véase monográficamente sobre este concepto NEGRI, D. (2004), *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giapichelli, Torino.

¹³ El ALECrím (art. 277.1) al igual que hoy hace la LECrím (art. 589) y la jurisprudencia, maneja el término “indicios” con un sentido muy distinto al de hecho base de una presunción; se trata de indicios

ceros con arreglo a las disposiciones del Código Penal (art. 283.1) para lo cual será precisa la aportación de los actos de investigación realizados por el Fiscal (art. 280.4 *in fine* y 5)¹⁴.

Tratándose del encausado, téngase en cuenta que según indica el art. 19.3, para decidir sobre la procedencia de las medidas cautelares la autoridad judicial deberá atenerse a los “cargos formulados” precisando el art. 14.1 que por tales han de entenderse “los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica” que deben serle comunicados desde que el procedimiento se dirija contra él en la primera comparecencia que regula el art. 557.

Tratándose del tercero civilmente responsable recuérdese que los indicios de responsabilidad civil añaden la exigencia de que el ilícito penal haya causado un daño resarcible o un perjuicio material o moral y exista una relación de causalidad con el sujeto contra el cual se adoptan las medidas¹⁵.

b) el *periculum in mora* o riesgo de daño marginal derivado del peligro latente de que el transcurso del tiempo necesario para llegar a la sentencia que ponga fin al proceso pueda ser aprovechado para realizar actos que frustren su eficacia, debe ser afirmado por el solicitante apuntando el riesgo específico que se trate de evitar con la medida, pero sin que el ALECRim diga nada sobre el particular más allá de alguna mención aislada para alguna medida concreta. Así en el art. 295.2 exige “justificar la realidad del peligro que trata de prevenirse” mediante la cancelación de contrato, cierre temporal de locales o prohibición de realizar actividades de la misma naturaleza que la investigada o el art. 297 que alude al “retraso injustificado que puede generar la práctica de diligencias por persona distinta del encausado” justificativo de la exigencia de caución en aseguramiento de las costas generadas por las acusaciones.

Sí incluye el ALECRim a este respecto una previsión de carácter general similar a la que se contiene en el art. 728.1.II LEC referida al carácter “actual” del peligro; me refiero a la prohibición de solicitar por acusadores particulares y actores civiles medidas con las que se pretenda alterar situaciones de

de acreditación para poder imputar y ordenar una medida cautelar [véase sobre esta cuestión GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 72 a 76].

¹⁴ El art. 280.5 referido a los actos de investigación realizados por el Fiscal a instancia de quien solicite la medida, exceptúa de esta obligatoria aportación los casos en que medien razones de proporcionalidad, secreto o eficacia de la investigación que justifiquen.

¹⁵ ARMENTA DEU, T. (2003), *El nuevo proceso abreviado. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, de 24 de octubre de 2002, Marcial Pons, Madrid, p. 15. Vid, asimismo, JUAN SÁNCHEZ, R. (2004), *La responsabilidad civil en el proceso penal (Actualizado a la Ley de Juicios Rápidos)*, La Ley, Madrid, pp. 471-503.

hecho consentidas durante largo tiempo puesto que el *periculum* aquí resulta inexistente a no ser que se justifiquen cumplidamente las razones por las que dichas medidas no se solicitaron hasta ahora (art. 280.2). Además y para valorar el grado de peligro resulta de utilidad conocer la situación de la persona investigada razón por la cual y sin perjuicio de la obligación de manifestación de bienes que debe hacer el encausado conforme al art. 53.3, el Fiscal podrá realizar por sí o, de ser precisa, con autorización del Juez de garantías las diligencias necesarias para su averiguación (art. 280.3)¹⁶.

Soslayando la omisión del prelegislador, sería adecuado una regulación algo más concreta de este presupuesto de modo que el ALECRim incluyera una fórmula al respecto¹⁷ cuya concurrencia, no se olvide, sí exige que se determine por el solicitante de la medida para que esta pueda ser adoptada.

Este presupuesto implica la necesidad de que el peticionario acredite, la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del pronunciamiento de condena (patrimonial y/o civil¹⁸) que pueda incorporar la Sentencia penal (peligro de infructuosidad¹⁹ o riesgo de frustración procesal²⁰).

¹⁶ Solución (autorización judicial) que también se exige en el art. 293 para que se ordene a la ORGA efectuar una investigación patrimonial que incluya la localización de bienes y que no ha sido bien recibida por la Asociación de Fiscales (cit. p. 40), al considerar que mediatiza una facultad que en la actualidad les resulta directamente conferida por el art. 1 del Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre por el que se regula la ORGA [Asociación de Fiscales (2021) *Alegaciones que presenta la Asociación de Fiscales al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, p. 40].

¹⁷ Al modo en que se recoge por ejemplo, en el *Codice di procedura penale italiano* cuyo art. 316 con la rúbrica "Presupposti ed effetti del provvedimento" indica: 1. *Se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato, il pubblico ministero, in ogni stato e grado del processo di merito, chiede il sequestro conservativo dei beni mobili o immobili dell'imputato o delle somme o cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne consente il pignoramento.* 2. *Se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato, la parte civile può chiedere il sequestro conservativo dei beni dell'imputato o del responsabile civile, secondo quanto previsto dal comma 1.*

¹⁸ Empleamos los términos que se manejan en el ALECRim comprensivos además de la responsabilidad civil en sentido estricto, otras responsabilidades de tipo patrimonial derivadas del delito, pecuniarias o no, como la multa, costas procesales, eficacia del decomiso y consecuencias accesorias de carácter patrimonial.

¹⁹ El peligro concurrente justificativo de la medida puede ser de muy diverso tipo, atendida también la variedad de situaciones cautelables, de finalidades justificativas y de medidas cautelares adoptables. De ahí que no sea de recibo con carácter general y sin matización alguna la opinión de que en caso de estar plenamente acreditada la solvencia y arraigo del encausado en la investigación, decae el peligro indicado y no se justifica la práctica de estas medidas, cuya adopción podría revestir carácter sancionador, al tener el responsable civil innecesariamente que sufragar sus gastos económicos; así, el coste del aval, no resulta válido proclamado también como regla general [Así, DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2004), "El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal", *Diario La Ley*, nº 6059, p. 3 cuya opinión es matizada por GÓMEZ SOLER, E. (2007), "Medidas cautelares reales en el

2. CARACTERÍSTICAS

Se citan como principios (según expresión de la Exposición de Motivos —XIX—) que las informan los de legalidad, necesidad, provisionalidad y jurisdiccionalidad. Más allá de si son principios o características:

– En lo que se refiere al principio de **legalidad** (art. 186), a diferencia de las cautelares personales en que se sigue un sistema de *numerus clausus*, tratándose de las reales se sigue un sistema de *numerus apertus* pues si bien, según veremos, se enumeran algunas de las medidas específicas que pueden adoptarse como tales, se opta, en cambio, por la remisión expresa a las que puedan estar previstas en otras leyes, singularmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, o a las que puedan resultar necesarias para asegurar los pronunciamientos patrimoniales o civiles —las llamadas medidas cautelares “innominadas”, que resultan admisibles en el ámbito no personal²¹.

– El art. 188 con la rúbrica “**Provisionalidad**”, en realidad comprende alguna característica adicional a ésta puesto que se hace referencia en el mismo precepto a la variabilidad o revocabilidad de la medida (“deberán revisarse...en todo caso cuando varíen las circunstancias que las motivaron” y a la “temporalidad” (“no podrán exceder, en ningún caso, de los plazos máximos previstos en la ley...”).

– La **jurisdiccionalidad** propia de las medidas cautelares (art. 189)²², se afirma en la potestad cautelar conferida en exclusiva a los órganos jurisdiccionales para adoptar este tipo de resoluciones que, no se olvide, entrañan una valoración del *fumus commissi delicti* o juicio previo sobre la suficiencia del fundamento de los eventuales cargos, intrínseco a la potestad jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado)²³. Y en la necesidad de que las

nuevo procedimiento abreviado”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 11, p. 10 indicando que adoptar medidas cautelares respecto de quien presenta signos ostensibles de insolvencia carece de toda utilidad].

²⁰ Expresión esta última (“riesgo de frustración”) que proponía como más gráfica y en sustitución de la de *periculum in mora* PUJADAS TORTOSA, V. (2008) *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, p. 112.

²¹ Vid Exposición de Motivos, apartado XXIX.

²² En este precepto la referencia a la tramitación en pieza separada [apartado 4)] no parece hallar precisamente una ubicación correcta. Tampoco la denominación de las piezas parece muy correcta al acoger la tradicional de la LECrim olvidando que conforme a la terminología que ahora maneja, sería más correcto sustituir la referida a la “pieza de responsabilidad civil” por “pieza de responsabilidad patrimonial”. Todo ello sin olvidar que también en la pieza separada de decomiso autónomo que puede abrir el Fiscal pueden adoptarse por el Juez de garantías medidas cautelares (arts. 853 y 854.2)

²³ Se ha hablado (en especial para las personales) de que constituyen actos jurisdiccionales por partida doble al implicar, *per se*, una limitación de derechos que como regla general se atribuye a miembros del Poder Judicial en régimen de exclusividad y, por otro lado, entrañar un juicio (que no un enjuiciamiento) de atribución por parte del Juez de unos hechos aparentemente delictivos —normalmente incluido

medidas directamente adoptadas por el fiscal en casos de urgencia (intervención de bienes o efectos o el bloqueo de cuentas) sean posteriormente ratificadas por la autoridad judicial, como también deban serlo mediante su convalidación judicial una vez iniciado un proceso por delito fiscal las medidas previamente acordadas por la Administración tributaria al amparo del art. 81 de la Ley General Tributaria²⁴.

– Se echa en falta la **proporcionalidad** que es algo más completo que la *necesidad* a la que da cabida (rúbrica del art. 187) como también a la alternativa menos gravosa según reconoce la propia Exposición de Motivos. Sería mejor optar por la proporcionalidad como por otra parte menciona específicamente el art. 6 como principio exigible para toda medida restrictiva de derechos²⁵ y que, según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional implica un triple juicio: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, (i) que la medida sea “susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad)”; (ii) que, además, sea “necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad)”; y, (iii) finalmente, que la misma sea “ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)²⁶.

– Se echa también en falta la **instrumentalidad**, una de las características más significativas de las medidas cautelares cuya cita resulta inexcusable para poner de manifiesto que se trata de medidas que carecen de fin en sí mismas estando preordenadas al buen éxito de un proceso principal cuya fructuosidad aseguran preventivamente y al cual se subordinan instrumentalmente.

– Se ha optado también por no hacer referencia a la **homogeneidad pero no identidad con la medida ejecutiva**, cuestión de la que el prelegislador

en el fumus [LÍBANO BERISTAIN, A. (2020), *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda*, JM Bosch, Barcelona, p. 183].

²⁴ Algo expresamente exigido en nuestra LECrim (art. 614 bis) desde la reforma llevada a cabo por ley 34/2015, pero que con anterioridad había suscitado la crítica de la doctrina procesal [así MORENO CATENA, V (2014). “La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8331].

²⁵ Sobre este principio, vid. *in extenso* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid. Asimismo, y del mismo autor, “El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2004, nº 5 (septiembre-diciembre), pp. 191-215.

²⁶ STC 28/2020, de 24 de febrero, FJ 5 con cita de las precedentes STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; en el mismo sentido SSTC 43/2014, de 27 de marzo, FJ2; 170/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5.

se ocupa expresamente en la Exposición de Motivos (XXIX)²⁷ con una explicación que parece olvidar que junto a las cautelares personales (en las que la omisión puede estar justificada) están las reales. Por nuestra parte afirmamos para esta categoría de medidas esta característica que indica que la medida cautelar opera anticipando de algún modo los efectos de lo que será la futura ejecución de la sentencia²⁸, por lo que la medida dispuesta con carácter cautelar guarda un acusado parecido con la de carácter ejecutivo que en su día habrá de disponerse; no son idénticas, sin embargo, al obedecer en cada caso a presupuestos diversos y apoyarse unas en la mera probabilidad de una sentencia de condena y en la certeza de ésta las otras.

IV. CATÁLOGO DE MEDIDAS CAUTELARES

Según se ha adelantado el ALECrím ha hecho un intento de poner fin a la característica dispersión y fragmentaria normativa que en la actualidad caracteriza a estas medidas.

La reforma, eso sí, cumple ahora con las exigencias de legalidad procesales y previsibilidad al disponer de un elenco bastante completo de medidas cautelares reales que se enuncian en el art. 288 si bien con base en un sistema de *numerus apertus*. Y es que junto a las medidas “nominadas” como 1ª a 7ª en el art. 288, la cláusula de cierre numerada como 8ª da cobertura a las “innominadas” que puedan estar recogidas en otras leyes o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que ponga fin al proceso. Este extremo final es quizás demasiado abierto y, de nuevo, en aras a la previsibilidad y legalidad que debe informar toda medida limitativa de derechos debería sustituirse la conjunción disyuntiva “o” por una copulativa “y”.

Analícemos este elenco con algo más de detalle.

Como hemos adelantado, el art. 288 con carácter general regula el catálogo de medidas cautelares con una técnica gradual:

²⁷ En la que puede leerse que “...deliberadamente prescinde de cualquier referencia a la homogeneidad de la tutela cautelar con la respuesta punitiva que puede llegar a imponerse en la sentencia, a efectos de evitar todo recurso excesivo o desproporcionado a la prisión provisional”.

²⁸ Como indica DE PORRES, las medidas no anticipan el fallo judicial, sino que lo aseguran, ya que no suponen expropiación de los bienes sino limitación en el poder de disposición del sujeto [De PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (2009), “Medidas cautelares reales en el proceso penal”, en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de formación continuada, nº 46, p.550].

– enuncia en primer lugar y a modo ejemplificativo el elenco de medidas cautelares que pueden considerarse “típicas” de adopción general en el proceso:

1.^a La prestación de caución

2.^a El embargo preventivo de bienes,

3.^a La prohibición de disponer

4.^a La intervención o la administración judiciales de bienes productivos,

3.^a El depósito de bienes

4.^a La formación de inventarios de bienes,

5.^a Las anotaciones registrales cuando la publicidad registral resulte útil para el buen fin de la ejecución.

– admite a continuación y a modo de cláusula de cierre en 8.^a posición: Aquellas otras medidas que prevean expresamente las leyes o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que ponga fin al proceso. Se trata de una norma abierta a través de la cual pueden entrar:

– Otras medidas cautelares no enumeradas en el elenco anterior pero recogidas en el propio ALECrim en el capítulo IV (*Otras medidas cautelares*) en los arts 294 (intervención de vehículos de motor) 295 (medidas para evitar la continuación de la actividad delictiva o para prevenir sus efectos como la suspensión de contratos, clausura de instalaciones o establecimientos mercantiles, prohibición de realizar actividades de la misma naturaleza que la delictiva investigada) y 296 (medidas en delitos cometidos a través de medios de difusión o reproducción como el secuestro de la publicación, la prohibición de difusión, la interrupción de la prestación del servicio de que se trate o la retirada de datos o contenidos, la retirada de páginas web o el acceso a las mismas)

– Otras medidas cautelares previstas en otras leyes (v.gr. en el Código Penal —art. 129.3 medidas de clausura temporal de locales, suspensión de actividades sociales e intervención judicial de empresas o entidades carentes de personalidad jurídica o 339 medidas cautelares necesarias para proteger el territorio y urbanismo, el patrimonio histórico y el medio ambiente—, en la Ley de Propiedad Intelectual o en la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, aunque buena parte de sus contenidos se han llevado ahora acertadamente a ese otro capítulo IV. *Otras medidas cautelares*)

- Otras medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que ponga fin al proceso, extremo excesivamente abierto que para cohonestarse debidamente con las exigencias de legalidad/previsibilidad de la medida debe estar, entiendo, también prevista legalmente. Y que podría dar cabida a algunas de tanta importancia como el desalojo cautelar en casos de ocupación ilegal de inmuebles, que hoy se adopta con base en el art. 13 LECrim²⁹ (cuyo contenido, por cierto, desaparece como tal del ALECRim) y que, si el proyectado texto procesal penal finalmente es aprobado en los términos que hoy conocemos exigirá conectar esta previsión contenida en su art. 288.8^a con alguna disposición de la LEC.

Se advierte, con relación a los Anteproyectos precedentes un intento de armonización de ambos textos que no acaba de ser perfecto, de modo que se observan algunas disfunciones/incorrecciones.

Se ha tomado en esta materia como principal referente el Anteproyecto de 2011 que huía de una categorización de las medidas cautelares reales en atención a sus finalidades y que recogía únicamente como tales (cautelares reales) las típicas del que hoy sería el elenco del referido art. 288 (y las destinadas al aseguramiento del decomiso) mientras que separaba en otro Título distinto y ajeno por tanto a las medidas cautelares personales y a las reales las dirigidas frente a personas jurídicas, la intervención de vehículo de motor y las medidas en casos de delitos cometidos por medios de difusión o reproducción, aunque remitía en materia de procedimiento seguir al previsto para las cautelares reales.

El problema es que al llevar no todas sino sólo parte de sus ideas al articulado, se producen desajustes clamorosos tales como el que arroja la lectura del art. 298 ubicado dentro del Título relativo a las medidas cautelares reales cuyo apartado 1) dice que para la adopción de las medidas precedentes (las del *capítulo IV: Otras medidas cautelares*) será de aplicación el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares reales (o sea, el “propio” conforme a la naturaleza otorgada a estas medidas en el nuevo ALECRim, lo que haría superflua tal mención; mención que sin embargo se explica a la vista de que en el Anteproyecto de 2011 del que se toma el texto, no se les confería el tratamiento de medida cautelar real). Y nuevo desajuste en el apartado 2 del art. 298 en el que se alude a una inexistente “Sección”.

²⁹ Sobre esta medida véase la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado *sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles*.

Por último, nótese que en el elenco del art. 288 no está recogida la pensión provisional por hechos derivados del uso y la circulación de vehículos de motor, solución que estimamos acertada puesto que, pese a su actual ubicación en la LECrim entre las medidas cautelares reales, somos de la opinión de que ésta no es su naturaleza sino la de una medida anticipatoria de la reparación que en su día fije definitivamente la sentencia y a cuenta de la misma³⁰.

Sí pensamos en cambio que debería llevarse al contenido del citado precepto la intervención de vehículo de motor, medida de carácter residual (en tanto no resulte acreditada la solvencia) prevista en el art. 294 ALECRim³¹.

V. PROCEDIMIENTO:

1. CARACTERÍSTICAS

Una lectura del art. 280 dedicado al procedimiento para la adopción de medidas cautelares permite destacar como principales notas caracterizadoras las siguientes:

- carácter uniforme del procedimiento con independencia de la medida cautelar solicitada, en cuanto a los trámites de solicitud, adopción y, en su caso, los de oposición, modificación o alzamiento y sustitución por caución. Se exceptúan únicamente de tal régimen las medidas cautelares adoptadas en un proceso de decomiso autónomo³² que se apartan de la tramitación general contenida en el art. 280 ALECRim para seguir las normas del título VI del Libro VIII ALECRim y, en su caso, del título VI del Libro III LEC. También (aunque la regulación no es del todo clara puesto que sólo menciona de modo expreso las cautelares personales) el proceso por delitos leves.
- carácter contradictorio, articulado en forma oral o por escrito, pudiendo ser la contradicción previa (regla general) o diferida (supuestos de urgencia reservados bien al Fiscal —art. 282, incautación de bienes y efectos para asegurar el decomiso incluido, en su caso, el bloqueo de cuentas— bien al Juez —art. 298.2 que pese a su errónea redacción e inexplicable remisión al art. 282 parece querer dar a entender que

³⁰ Así, entre otros, ÁLVAREZ ALARCÓN (2021), *Abogacía y proceso penal*, Tirant lo Blanch. Valencia, p. 1003, con el que coincidimos. Se recoge ahora en el texto del ALECRim en su art. 136.

³¹ Artículo cuya rúbrica, por cierto, convendría corregir pues figura “Circulación” de vehículos de motor, cuando debería decir “Intervención de vehículos de motor”.

³² Se trata de los supuestos de decomiso autónomo por razones de necesidad o de oportunidad.

el juez puede acordar las medidas del capítulo IV posponiendo la preceptiva audiencia del art. 280.4).

- regido por los principios de rogación (art. 277.1 y 19.2), acusatorio (281.1 y 19.2), proporcionalidad (art. 187), y combinación de oralidad y escritura (art. 280.4).
- tramitación en pieza separada que permanecerá a cargo del Letrado de la Administración de Justicia que se encargará de asegurar su ejecución (arts. 189.4 y 289.5).
- supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Hipotecaria (art. 277.2).

2. COMPETENCIA

En íntima conexión con el amplio ámbito de aplicación y con una de las características básicas de las medidas cautelares —jurisdiccionalidad— enunciada también en el apartado XXIX de la Exposición de Motivos y recogida en el articulado en el art. 19.1.2º y en el apartado 1 del art. 189, se reserva a la autoridad judicial la adopción de las medidas, sin perjuicio de la atribución al Ministerio Fiscal de ciertas facultades excepcionales para casos urgentes y a efectos de aseguramiento del decomiso (art. 189.3 y 282) que requieren en todo caso su posterior ratificación judicial dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes y previa audiencia de las partes.

Fuera de dichos casos excepcionales, la competencia corresponde al Juez de garantías en fase de investigación (art. 189.1 en relación con art. 28), al Juez de la audiencia preliminar en fase intermedia (art. 189.3 en relación con art. 29) y a la Sección de enjuiciamiento del tribunal de instancia en fase de enjuiciamiento (art. 189.3 en relación con arts. 30, 31, 34) órgano que mantiene su competencia para mantener, alzar o adoptar medidas cautelares durante la sustanciación de los recursos de apelación y casación contra la sentencia (art. 707).

3. LEGITIMACIÓN

3.1. *Legitimación activa*

Uno de los aciertos del nuevo ALECrím es el de poner fin al actual estado de cosas en que por la dificultad de conciliar lo prevenido en el art. 589 LECrím con lo que dispone el art. 764 LECrím tras su redacción por Ley 38/2002, de 24 de octubre, no hay unanimidad a la hora de considerar si la oficialidad en la adopción que prevé el primer precepto en el seno del proce-

so ordinario cuando se dirigen frente al encausado desaparece cuando del abreviado se trata en atención a la remisión que el apartado 2 del art. 764 hace a los presupuestos, contenido y caución sustitutoria de las medidas cautelares reguladas en la LEC³³.

El ALECRim opta por condicionar en todo caso a la petición de parte la adopción de medidas cautelares reales con independencia de que se dirijan contra el encausado o contra un tercero civilmente responsable, acabando con el actual estado de dudas que arroja la lectura del del art. 589 LECrim (oficialidad en su adopción) y el 764 con su remisión a los presupuestos que rigen en la LEC para sus homólogas y, en consecuencia, a su carácter rogado.

Partiendo de la base de que las medidas cautelares reales requieren en todo caso instancia de parte (art. 277.1 y 283.1) con independencia del sujeto frente a quien se dirijan, el ALECRim establece diversas soluciones en función de sus potenciales peticionarios.

Así, en primer lugar, reconoce una amplia legitimación al Ministerio Fiscal, que puede con carácter general pedir todo tipo de medidas y en cualquier fase del proceso (art. 279), excepción hecha de las dirigidas específicamente al aseguramiento de las responsabilidades civiles si hubiera sido ejercitada por el ofendido/perjudicado la acción civil en la causa en calidad de acusador particular o de actor civil caso en que la solicitud de dichas medidas le estaría reservado (art. 87.3 y 114.2 *a contrario sensu*)

³³ Tal estado de dudas se constata en la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado que en este punto optaba por la solución indicada en el art. 589 (oficialidad) considerando que “Hay que dejar claro, en primer lugar, que la citada remisión no puede interpretarse en el sentido de que la adopción de cualquier medida cautelar tendente al aseguramiento de las responsabilidades civiles exija previa petición de parte (art. 721 LEC). Tal postura —aparte de contraria al tradicional entendimiento de los presupuestos y finalidad de estas medidas en el procedimiento penal— se opondría al tenor literal del apartado 3 del mismo artículo, que establece imperativamente la obligación de afianzar (o en su defecto proceder al embargo de bienes) de la compañía aseguradora cuando las responsabilidades civiles estén cubiertas por un seguro obligatorio. Concretamente, por lo que respecta a los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, la remisión a la LEC habrá de ser interpretada como una remisión sólo a los presupuestos del art. 726 LEC”. De la misma opinión DE PORRES ORTIZ DE URBINA (2009), “Medidas cautelares reales...”, op. cit. p. 556. En contra, PÉREZ DAUDÍ, V. (2012), “Las medidas cautelares civiles en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 28, pp. 11 y 12; también Díaz quien considera que esta remisión a la legislación civil conlleva “desterrar una práctica procesal inquisitiva conforme a la cual las fianzas y embargos civiles podrían ser dispuestos de oficio, sin que ningún acreedor legitimado las solicitase y sin justificar la concurrencia de sus presupuestos procesales (el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*)” [DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2004), “El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 6059, 12 de junio, p. 2].

La legitimación del actor civil se circunscribe a la petición de medidas dirigidas al aseguramiento de la responsabilidad civil en sentido estricto³⁴ (art. 131.2 y 279.I) y la del acusador particular se amplía a las dirigidas al aseguramiento del pago de la multa, las costas procesales, la ejecución del decomiso y las consecuencias accesorias de carácter patrimonial que pudieran derivarse del delito (art. 279.II) si bien posteriores preceptos contradicen esta afirmación general del art. 279.II al limitar al Fiscal (y no mencionar al acusador particular) la solicitud de diversas medidas algunas de las cuales están en mayor o menor medida justificadas (art. 291 medidas de aseguramiento del decomiso; art. 292, decomiso provisional a efectos de un futuro proceso de decomiso autónomo) mientras que otras no lo están o, en su caso, sólo lo están parcialmente (294: intervención de vehículo de motor; 295: medidas para evitar la continuación de la actividad delictiva, impedir su consumación o prevenir sus efectos, una de cuyas finalidades es preservar bienes jurídicos de las víctimas).

Finalmente, la defensa del acusado tiene legitimación para interesar la constitución de una caución en garantía de las costas cuando cualquiera de las partes solicite la práctica de diligencias que puedan generar un retraso injustificado en el desarrollo del procedimiento o costes adicionales e innecesarios (art. 297.1) incluido (art. 297-3) el incremento de la caución inicialmente exigida al acusador popular³⁵.

3.2. Legitimación pasiva

Además del encausado, obligado a manifestar sus bienes (art. 53.3)³⁶ a efectos de asegurar sus responsabilidades patrimoniales que puede ser una persona física o jurídica (art. 83.3) también están pasivamente legitimados los terceros civilmente responsables (entre los que se encuentran las Compañías aseguradoras, arts. 134-136) cuya responsabilidad se limita a la civil en sentido estricto (art. 283.1) y cuya intervención en la fase de in-

³⁴ Si bien no podrá hacerlo en fase de investigación atendido lo que indica el art. 131.1 que aplaza su personación a la fase intermedia

³⁵ Se trata de un supuesto tomado del Anteproyecto de 2013 (art. 238) aunque no reflejado en su totalidad. Y según se justificaba en su Exposición de Motivos (página 27) se trata de medidas cautelares vinculadas a las posibles responsabilidades procesales en aseguramiento del pago de costas procesales, tanto relativas a la actuación de la acusación popular, en el sentido de poder solicitar una ampliación de su fianza inicial, cuanto a la solicitud de fianza para asegurar el pago del coste de medidas de investigación o prueba solicitadas por alguna de las partes distintas del encausado, que supongan una dilación considerable en la tramitación del procedimiento o un coste adicional, sin que dicha diligencia se justifique de modo plena como necesaria.

³⁶ Se echa en falta en el art. 53.2 ALECrIm una referencia a “soportar medidas cautelares”.

vestigación se limita exclusivamente a la pieza separada abierta con ocasión de la solicitud de adopción de una medida cautelar (art. 132.1) abriéndose un incidente para impugnar su llamada al proceso (art. 133) y donde sus posibilidades defensivas pueden verse limitadas³⁷.

Igualmente cabe su adopción frente a **terceros** afectados no responsables (art. 137.1) que no teniendo la condición de encausado ni responsable civil ostenten la titularidad de los bienes que hayan de ser decomisados o de un derecho real o de crédito que haya de ser irremediabilmente perjudicado dispensándosele en fase de investigación idéntico tratamiento al del tercero civilmente responsable (art. 138 que remite de manera incorrecta a los arts. 131 y 132 en vez de hacerlo a los arts. 132 y 133).

4. SOLICITUD

4.1. Forma y contenido:

El art. 280.1 exige que la solicitud cautelar se formule por escrito con claridad y precisión indicando:

- la medida/s concreta/s que se solicita.
- la persona física o jurídica contra la que se dirige.
- en su caso, la cantidad en la que se estima suficiente la garantía (extremo que será preciso concretar para buena parte de las medidas interesadas —aunque no para todas, v.gr. desalojo de un inmueble ilegalmente ocupado³⁸ o algunos supuestos de decomiso—).
- justificando la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, con el problema añadido de su falta de claridad en la regulación legal indicada anteriormente. Necesariamente, por ser intrínseco ahora a la nueva configuración de las medidas cautelares tanto personales, cuanto reales, la parte solicitante de la medida cautelar deberá precisar los hechos e indicios que sustentan la concurrencia del *fumus commissi delicti* así como la finalidad y necesidad de la medida cautelar que se impetra atendido el riesgo concreto que con ella se quiere conjurar y los elementos probatorios que la fundamentan³⁹.

³⁷ Al menos así sucede bajo el régimen de la vigente LECrim.

³⁸ Sobre esta medida véase la *Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2020*, cit. apartado 3).

³⁹ En este sentido PINTO PALACIOS F. (2021), “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Diario La Ley*, nº 9843, de 5 de mayo, p. 5 considerando que tales exigencias son derivación del principio acusatorio.

- tratándose de la petición de decomiso provisional (art. 292) justificándose por el Fiscal además⁴⁰ las razones que le impiden la presentación de la demanda de decomiso autónomo.

4.2. Momento para deducirla

El ALECRim no es excesivamente claro a la hora de determinar el momento *a quo* para solicitar medidas cautelares pues únicamente indica que tratándose del encausado lo es desde que aparecen indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo (art. 277.1) o tratándose del tercero civilmente responsable, desde que en la investigación resultan indicios de dicha responsabilidad con arreglo a las disposiciones del CP (art. 283.1).

Se plantea a este respecto la duda de si es necesario para realizar la solicitud ante el Juez de garantías que se haya practicado la primera comparecencia del art. 559 ALECRim⁴¹ Adviértase que ese precepto establece esa exigencia cuando se trata de medidas cautelares personales distintas de la detención; pero nada dice de las reales.

La solución pasa por entender que también esa será la regla general cuando se trata del investigado, atendidos los mínimos requisitos exigidos para la preceptiva convocatoria de la primera comparecencia para el traslado de cargos (art. 558: que de las actuaciones resulten indicios que permitan atribuir a una persona determinada la realización de un hecho punible”) y lo comparamos con el art. 277.1 que se expresa en similares términos, aunque añadiendo un “plus”: la racionalidad de los indicios.

Ahora bien, hay medidas —como la anotación preventiva del decreto de iniciación de la investigación del Fiscal —art. 550— que pueden ser previas

⁴⁰ Tratándose de medidas en aseguramiento de un decomiso futuro, la concurrencia de una genuina situación jurídica cautelable requiere no sólo la existencia de una apariencia de delito (*fumus delicti commissi*), sino que es igualmente necesaria la apariencia de que los bienes son decomisables, esto es, de que están vinculados con el delito de manera tal que resulte procedente su decomiso, extremos que debe ser verificada por el tribunal teniendo en cuenta las normas que determinan cuáles son los bienes decomisables, incluyendo también los supuestos en que proceda hacer uso de una potestad de decomiso ampliada —lo que permitirá incautar bienes vinculados con hechos delictivos distintos de los perseguidos en el proceso penal— o decomisar bienes de terceros [GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal* n° 38, p. 54 § 90].

⁴¹ Ciertamente esta puede ser una duda más teórica que real, habida cuenta de la generalizada práctica tendente a posponer hasta la conclusión de la investigación la adopción de medidas cautelares reales materializándose en el auto de apertura de juicio oral a la vista de los escritos de acusación de las partes. Práctica que, a la vista de la regulación del ALECRim, puede pervivir pese a sus negativas consecuencias para la eficacia de los pronunciamientos patrimoniales de la sentencia.

a la primera comparecencia. Con más dudas, también, las urgentes del art. 282 o incluso las de los arts. 294, 295 y 296 por remisión del art. 298.

Tratándose del tercero civilmente responsable (art. 283) cuya responsabilidad puede ser directa o subsidiaria con arreglo a las disposiciones del Código Penal, la determinación de la concurrencia de esos indicios de responsabilidad civil con arreglo a las disposiciones del CP presupone siempre un proceso abierto contra una persona en calidad de encausado.

5. AUDIENCIA DEL ENCAUSADO Y PARTES PERSONADAS

El ALECrim sienta la regla general de la audiencia previa del encausado y partes personadas pudiendo sustanciarse por escrito o, en su caso, mediante celebración de vista. Y la lectura del art. 282.4 que regula esta cuestión da a entender que la segunda solución —vista— será residual.

Nótese que el precepto citado alude en primer término a que se recabará el parecer del encausado y partes personadas *por escrito* en el plazo común e improrrogable de setenta y dos horas tras la presentación de la solicitud. Y si la solicitud no procediera del Ministerio Fiscal éste al evacuar su escrito deberá acompañar el resultado de los actos de investigación⁴² practicados que justifiquen su sentido (favorable o desfavorable a la medida solicitada) y, asimismo, los actos de investigación que hubiera realizado a instancia del solicitante de la medida.

Sólo a continuación alude a la posibilidad de *vista oral* que será acordada por el juez cuando la considere necesaria para la correcta formación de una convicción fundada y que, aunque el 280.4 no sea del todo claro al respecto, deberá convocar para su práctica dentro de las setenta y dos horas siguientes.

En mi opinión resulta cuestionable que a diferencia no sólo de las medidas cautelares personales penales sino incluso de las reales que se adoptan en el proceso civil en que la vista oral es la regla, se torne aquí —a la vista de la redacción del art. 280.4— en excepción. Más aún a la vista del art. 19.2 ALECrim que posibilita al Juez la adopción de medidas distintas, pero menos gravosas que las interesadas “siempre que hubieran sido debidamente debatidas”, con lo que parece estar pensando en todo caso en una

⁴² En esta materia cobran especial importancia los actos de investigación patrimonial. Vid. al respecto LORENTE PABLO, L. (2018) “La investigación patrimonial y las medidas cautelares”, ponencia del Curso de formación del Centro de Estudios Jurídicos *Delitos contra la Administración Pública. Prevaricación, cohecho, tráfico de influencias y malversación. Novedades tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015*.

vista oral. Hubiera sido más correcto optar directamente por esta solución y permitir en la vista un planteamiento similar al acogido en el art. 262.2 ALECrIm para las personales. Y todo ello sin perjuicio de que para aquellos supuestos en que esa audiencia oral y previa no sea conveniente dadas las circunstancias del caso y la urgencia con que haya de adoptarse la medida (v.gr. incautación de bienes, efectos y ganancias del delito a efectos de asegurar el decomiso) pueda prescindirse de ella tal y como prevén los arts. 282 y 298 ALECrIm.

Sentado, eso sí, que la regla general es la contradicción previa, se prevé como excepción la contradicción (oposición) diferida para las medidas acordadas en casos de urgencia por el Fiscal (art. 282) o por el Juez (art. 298.2) y que deberá articularse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su adopción (por escrito o en vista oral). No se define la “urgencia”, concepto jurídico indeterminado cuya concurrencia deberá ser justificada necesariamente en el decreto del Fiscal o en el auto del Juez.

6. DECISIÓN

El tribunal debe resolver por medio de auto (art. 281. 4), cuyo contenido debe ser congruente con las peticiones de las partes sin que pueda adoptar medidas más gravosas que las interesadas⁴³ (art. 281.1 en relación con art. 19.2). Deberá fijar la medida específica (o medidas) que acuerde precisando el régimen a que haya de estar sometida (art. 281.2) y, en su caso, el plazo por el que se imponen [algo no indicado en el art. 281 pero que se deduce del art. 290 a) y que expresamente se regula en la medida de decomiso provisional, art. 292.1]. Determinará asimismo la cantidad líquida suficiente para cubrir las responsabilidades pecuniarias (multa, costas, responsabilidad civil) incrementada en un tercio (art. 282.2.II)⁴⁴.

⁴³ Terminología que claramente parece amparar la posibilidad inversa (acordar medidas menos gravosas) pero que plantea el inconveniente arriba apuntado de cumplir la exigencia del debido debate a que alude el art. 19.2.

⁴⁴ El aseguramiento de los bienes que puedan ser objeto de decomiso implica una decisión más sencilla que el de las responsabilidades civiles, pues mientras que las medidas cautelares para garantizar estas últimas exigen una determinación de su importe y una evaluación de los bienes en relación con dicha garantía, las referidas al comiso únicamente exigen que se aprecie indiciariamente que los bienes aprehendidos están incurso en alguna de las causas que permiten acordar el decomiso (arts. 127 y 127 bis CP), de modo que su valoración sólo resultará imprescindible en determinados casos, particularmente en los de la venta anticipada o en los supuestos de decomiso por valor equivalente.

Tratándose de medidas cautelares acordadas en garantía de la efectividad del decomiso⁴⁵, soslayando la imprecisión del prelegislador que en el art. 291.1 parece referirse al depósito como única medida idónea a tal fin, aunque una lectura de su segundo apartado lo desmiente, además de describir detalladamente los bienes asegurados el juez o tribunal deberá acordar algunas previsiones adicionales en función de la medida en cuestión adoptada. El apartado 2 del art. 291 enuncia algunas indicadas especialmente para el caso de depósito (nombramiento de depositario, entrega de bienes a la ORGA) junto a otras pensadas para supuestos más específicos (intervención o administración judicial de empresa, nº 4º; anotaciones preventivas, nº 5) o formuladas a modo de cláusula abierta susceptible de dar cobertura a cualesquiera otras medidas de tipo patrimonial que resulten idóneas en el caso concreto (nº 6)⁴⁶. Y todo ello sin perjuicio de que en el propio auto pueda decidirse la utilización provisional de los bienes intervenidos e incluso, de resultar necesario, su realización anticipada conforme a lo establecido en la propia ley (art. 282.2.III en relación con art. 291.2.3º y 448-454, si bien esta última previsión en puridad no constituye una medida cautelar sino una anticipación de la ejecución).

Cuando el auto fuera denegatorio de la petición, sin perjuicio de la posibilidad de recurso a la que a continuación me referiré, cabe la posibilidad de reproducir la solicitud de la medida, si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición (art. 282.3).

7. IMPUGNACIÓN

La concesión o denegación de la medida es recurrible⁴⁷ en reforma, sin efectos suspensivos (art. 281.4).

Tal claridad en materia de impugnación desaparece cuando la medida cautelar se ha adoptado con carácter provisional e inmediato por el Fiscal en los supuestos de urgencia a que hace referencia el art. 282 cuyo párrafo tercero prevé el indicado recurso de reforma sin efecto suspensivo para los

⁴⁵ Sobre medidas cautelares y decomiso véase GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales...”, cit. pp. 50 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2016), *El decomiso de activos ilícitos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 235-244; GARRIDO CARRILLO, F.J. (2019), *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid, pp. 117 y ss.

⁴⁶ La Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado de 30 de diciembre, *sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, realiza una clasificación bastante completa de las medidas de aseguramiento del comiso.

⁴⁷ Según los casos, ante la Sección de reforma del Tribunal de instancia o de la Audiencia Nacional, por los trámites de los arts. 719 y siguientes.

casos en que el auto judicial ratifique la medida. Lo que suscita la duda de si está exceptuado de recurso el auto que no ratifique la medida adoptada por el Fiscal, extremo que convendría clarificar apostando por la solución general favorable a la procedencia del recurso en todo caso que prevé el art. 281.4 ALECRim⁴⁸.

VI. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR.

La ejecución de la medida cautelar regulada en el art. 289 ALECRim incorrectamente ubicado en el capítulo dedicado a las *Medidas específicas*, corre a cargo del Letrado de la Administración de Justicia, para cuya ejecución serán hábiles todos los días y horas si no admitiere demora [art. 140.2.a)].

Una vez que existe un auto fijando la cantidad a asegurar y acordando la medida cautelar a tal efecto (art. 281.2 ALECRim), puede el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto motivado llevar a cabo la ejecución de la medida, empleando para ello los medios necesarios incluso los previstos para la ejecución de sentencias (art. 289.1 y 289.5 ALECRim). Esta separación material, que se mantiene hasta la fase de ejecución (y en casos excepcionales, pervive tras el archivo provisional de la causa), facilita la administración independiente de unas medidas que en ocasiones pueden resultar muy complejas y permite impulsar el procedimiento sin parasitar los autos principales con las múltiples incidencias que a menudo genera su gestión⁴⁹. Esa gestión diferenciada también permite dotar a las medidas cautelares de la autonomía necesaria para su trasvase a la jurisdicción civil en el supuesto del art. 58.4 ALECRim a tenor del cual las medidas cautelares reales acordadas en el proceso penal se mantienen cuando el ofendido acuda a aquella jurisdicción a ejercitar las acciones correspondientes contra los que resulten responsables declarados en rebeldía.

Aunque el art. 289.1 ALECRim indica que acordada la medida cautelar se exigirá su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que sean necesarios “incluso los previstos para la ejecución de sentencias”⁵⁰, es dudoso que pueda amparar el reenvío al art. 589 LEC, o al menos a la totalidad de las previsiones que contiene, pese a la supletoriedad expresa afirmada por el art. 277.2 ALECRim. Sí, entiendo, cabría aplicar aquí lo que

⁴⁸ Se trata de un precepto cuya redacción propone corregir la Asociación de fiscales (2021) en sus *Alegaciones al ALECRim* (op. cit., p. 40), sugiriendo que el precepto solamente señale que contra el auto que dicte puede interponerse recurso de reforma.

⁴⁹ Así PAVIA CARDELL, J. (2016), “Medidas cautelares y recuperación de activos”, cit., p. 9.

⁵⁰ Adviértase que su redacción es idéntica a la del art. 738.1 LEC.

se indica en el apartado primero de dicho precepto procesal civil; esto es, que salvo que el encausado haya hecho manifestación de bienes en la cuantía fijada en el auto judicial para el aseguramiento cautelar, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá, mediante diligencia de ordenación, al encausado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir dicha cuantía, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, de ser inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título. Sin embargo, no cabrá efectuar apercibimiento de sanción alguna ni mucho menos imponer multas coercitivas, como prevén los apartados 2 y 3 del art. 589 LEC.

El art. 289 ALECrim en sus apartados 2º a 4º se encarga de precisar algunas cuestiones de interés con relación a determinadas medidas, si bien conviene no olvidar la supletoriedad en esta materia de la LEC y de la LH afirmada en el art. 277.2:

- respecto a la caución (apartado 2º) actualiza acertadamente las formas en que puede constituirse (en metálico, mediante aval bancario o por cualquier medio que garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate).
- respecto al embargo (apartado 3º), afirmando su carácter subsidiario con respecto a la caución pues únicamente se procederá a embargar bienes cuando la persona encausada o el tercero civilmente responsable no hubiese atendido debidamente el requerimiento de constitución de la caución. Ahora bien, pese a este carácter subsidiario de la caución el embargo debe acordarse expresamente por el Juez; por tanto, en el propio auto en el que se acuerde la caución se deberá disponer que en caso de que ésta no se preste o lo haga en un importe inferior al exigido, se llevará a cabo el embargo.
- respecto a las anotaciones registrales (apartado 4º) destaca la posibilidad de que, a requerimiento del fiscal, se extienda a la anotación preventiva del decreto de incoación del procedimiento de investigación y la precisión sobre el contenido (limitado) que debe tener la anotación registral practicada para cumplir con los fines de la publicidad registral (STC 28/2020, FJ 5) en armonía con las exigencias derivadas de la presunción de inocencia como regla de tratamiento (Directiva UE 2016/343).

De los aspectos enunciados en el art. 289 constituye una auténtica novedad la anotación preventiva del decreto de incoación del Ministerio Fiscal si bien, tal y como está redactado el precepto no parece conciliarse debida-

mente con las exigencias de la Ley Hipotecaria (art. 42) y de la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) que no permite reflejar registralmente por vía de anotación preventiva la mera interposición de querella (y entendemos, tampoco permitiría la del decreto de incoación del Fiscal), salvo que en la misma se ejercite una acción civil de trascendencia real inmobiliaria⁵¹.

Se echa en falta en cambio en el art. 289 ALECRim algunas normas sobre el modo en que llevar a cabo la ejecución de otras medidas tan relevantes como las contenidas en los arts. 295 y 296, lo que exigirá no perder de vista las disposiciones contenidas en la Ley de Propiedad intelectual (art. 141), en el Código Penal (art. 270.3) o en la Ley 34/ 2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, siendo de utilidad asimismo a este respecto la Circular 8/2015 de la Fiscalía General del Estado de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015. (apartado 3.3.). Asimismo, el Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 (aplicable a partir del 7 de junio de 2022) sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea.

VII. MODIFICACIÓN, CAUCIÓN SUSTITUTORIA Y EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS

La **modificación de las medidas**, intrínseca a su nota de variabilidad y obedecer a la cláusula *rebus sic stantibus*, se prevé en el art. 285 ALECRim.

Aunque su rúbrica comprende tanto la modificación de la medida como la mejora y reducción, lo cierto es que su contenido no es un ejemplo de claridad pues más parece estar pensando en una ampliación o reducción de una específica medida (v.gr. importe de una caución o ampliación de bienes

⁵¹ Y es que es doctrina reiterada de ese Centro Directivo, que no es posible la constatación registral de la mera interposición de querella pero, sin embargo, ello no obsta a que cuando en la querella se haga valer no sólo la acción penal sino también la civil, pueda extenderse anotación preventiva para reflejar el ejercicio de ésta, porque, conforme al artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, el objeto de la anotación de demanda es el ejercicio de una acción de trascendencia real inmobiliaria, siendo indiferente el procedimiento a través del cual ésta se hace valer y, consiguientemente, el vehículo formal que para ello se emplee, demanda o querella. Será necesario pues, en todo caso, que del mandamiento judicial resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjunte al mismo el texto de la querella en que se recoja el correspondiente suplico (Resolución de 28 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, BOE nº 228 de 21 de septiembre de 2016 con cita de las precedentes Resoluciones de 13, 14 y 15 de noviembre de 2000, 9 de septiembre de 2004, 19 de diciembre de 2006 o 25 de noviembre de 2014).

objeto de embargo) que en la posibilidad de acordar adicionales y distintas medidas ante el incremento de las responsabilidades pecuniarias inicialmente estimadas o bien su alzamiento parcial o su sustitución por otras medidas diversas y de menor entidad para el caso contrario.

Sí queda claro que, en todo caso, la modificación, ampliación o reducción requieren petición de parte y acordarse por auto judicial siguiendo el procedimiento contradictorio del art. 280 ALECrím ya analizado.

Se incorpora de modo expreso en la nueva regulación procesal penal (art. 284) la **sustitución de la medida** por caución ofrecida por la parte obligada por la medida cautelar en cantidad suficiente para asegurar la efectividad de la futura sentencia y evitar bien la adopción de la propia medida cautelar solicitada (deduciéndose la petición en las alegaciones escritas o en la vista a que alude el art. 280) bien el alzamiento y sustitución de la ya acordada (mediante petición escrita y posterior trámite contradictorio del art. 280).

La **extinción de la medida** se regula en el art. 290 incorrectamente ubicado en el capítulo que se dedica a las Medidas cautelares específicas, precepto que indica tres supuestos diversos que conducen a dicha situación:

a) cumplimiento del plazo de duración previsto sin haberse acordado prórroga, supuesto que tiene sentido únicamente para determinadas medidas que además de provisionales son “temporales” como la clausura temporal de locales comerciales, prohibiciones de continuar realizando determinadas actividades o para aquéllas que tienen un plazo máximo de duración como el decomiso provisional fijado en seis meses —art. 292— o las medidas acordadas por el Juez de garantías en la pieza se parada de decomiso autónomo abierta por el Fiscal que una vez dictado decreto concluyendo dicha pieza separada permanecerán vigor durante los 30 días posteriores en espera de la presentación de la demanda —art. 855.2—.

b) por archivo, sobreseimiento o sentencia absolutoria. Si bien en el caso del archivo hay que matizar que pese a ser ésta la regla general (art. 588.2) presenta una excepción: el caso de que el encausado haya sido declarado en rebeldía (art. 58.4), en que al reservarse a la parte ofendida o perjudicada por el delito la acción para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios para que pueda ejercitarse frente a sus responsables por la vía civil, se mantendrán las medidas cautelares reales que se hayan adoptado hasta tanto pueda pronunciarse sobre su procedencia el tribunal civil competente.

c) por “su ejecución”, expresión algo equívoca que lejos de referirse a las actividades para materializar la medida cautelar a que se refería el art. 289

ya analizado, alude a la ejecución de las medidas de contenido patrimonial acordadas en la sentencia y que se regula en el Título V del Libro IX (arts. 951 y siguientes). A este respecto recuérdese que el art. 220.d) ALECrím confiere a la caución en garantía de la libertad provisional (antigua *fianza carcelaria*) una función cautelar real secundaria y subsidiaria cuando el condenado se presente voluntariamente para cumplir condena.

VIII. ALGUNAS CUESTIONES QUE SE DEBERÍAN INCLUIR EN EL TÍTULO III

Conforme a una sistematización más adecuada, el Título IV ALECrím debería pasar a ser un Capítulo (Especialidades en los delitos contra la Hacienda Pública) dentro del Título III que regula las medidas cautelares reales.

Esta en realidad parece ser la inicial pretensión del prelegislador pues en la Exposición de Motivos las menciona en el apartado XXXIV (recordemos, el único dedicado a las cautelares reales) aunque luego por el contrario las sitúe en el articulado fuera de él, en un Título separado, a modo de *tertium genus*.

Obviando de nuevo esta falta de sistemática, una lectura de los preceptos que integran este título IV revela que su contenido recoge de manera mejor estructurada el de los arts. 614 bis, 621 bis y 621 ter de la vigente LECrím.

El art. 299 ALECrím —equivalente al art. 614 bis de la vigente LECrím— mantiene el régimen hoy existente introducido por la Ley 7/2012 de 29 de octubre en el art. 81 de la Ley General Tributaria (y posteriormente en la LECrím por ley 34/2015) que confiere a la administración tributaria la facultad de adoptar directamente, pendiente una instrucción penal, medidas cautelares de naturaleza real en garantía de los eventuales pronunciamientos civiles que puedan llegar a declararse por parte de los órganos judiciales penales. El reconocimiento de esta facultad supone la alteración de exclusividad jurisdiccional en la adopción *ab initio* de las medidas sustituida por un control *a posteriori* de los órganos judiciales penales que es el que establece el art. 614 bis LECrím (y art. 299 ALECrím).

La finalidad perseguida por esta normativa es, por un lado, sustraer la competencia de adopción y ejecución de las medidas cautelares en los procesos penales por delitos contra la hacienda pública al orden jurisdiccional penal en favor de la administración tributaria y, por otro, en atención a que esas medidas lo son en garantía de eventuales responsabilidades pecuniarías que se deriven de la comisión de un ilícito penal, garantizar de manera

inmediata el control último por parte de los órganos judiciales penales sobre la adopción, mantenimiento y modificación de dichas medidas cautelares. Esas medidas pueden adoptarse antes o después de incoarse el procedimiento penal, pero deben notificarse al Juez para que el mismo decida sobre su levantamiento o su conversión en medida cautelar jurisdiccional, como disponen dichos preceptos (299 ALECrím y art. 614 bis LECrím). Este régimen es igualmente aplicable al delito de contrabando de conformidad con el número 3 de la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

Aunque la redacción del nuevo precepto (art. 299 ALECrím) es correcta y sustancialmente equivalente a la del art. 614 bis LECrím, convendría incluir en él por razones de legalidad/previsibilidad la referencia al art. 81 de la Ley General Tributaria, precepto en el que se enuncian las medidas cautelares. Entre tales medidas cautelares que la Administración tributaria puede adoptar y que deberán ser posteriormente convalidadas por el Juez o tribunal se encuentran (art. 81.4 LGT) la retención del pago de devoluciones tributarias o de otros pagos que deba realizar la Administración tributaria; el embargo preventivo de bienes y derechos, del que se practicará, en su caso, anotación preventiva; la prohibición de enajenar, gravar o disponer de bienes o derechos; la retención de un porcentaje de los pagos que las empresas que contraten o subcontraten la ejecución de obras o prestación de servicios correspondientes a su actividad principal realicen a los contratistas o subcontratistas, en garantía de las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación⁵².

Además, esas medidas cautelares, una vez judicializadas en el proceso penal, quedan sustraídas del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa por declararlo así la Disposición adicional décima de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, también reformada al efecto por la ley 34/2015 anteriormente citada⁵³. La especialidad del régimen radica en la posibilidad que tiene el

⁵² Véase STC 141/2020, de 19 de octubre de 2020 que al analizar esta facultad de la administración tributaria indica que la previsión normativa del art. 614 bis LECrím se extiende a (i) cualquier medida cautelar del art. 81 LGT y no solo a las del art. 81.8 LGT —incluyendo, por tanto, las adoptadas con anterioridad a la propia iniciación del proceso penal—; y (ii) en coherencia con ello, a cualquier pretensión sobre dichas medidas cautelares incluyendo, por tanto, las de modificación o levantamiento de cualquiera de las medidas del art. 81, con independencia de que no sean las del art. 81.8 LGT.

⁵³ Concretamente por disposición final 3.2 de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Juez de suspender las actuaciones administrativas de ejecución que sigan su curso en paralelo al procedimiento penal para el cobro de la deuda tributaria —conurrencia que permite el art. 305.5 CP— a cambio de que el encausado preste una “garantía” suficiente en un plazo determinado —dos meses como regla general— durante el cual las medidas cautelares preexistentes mantienen su vigencia y pueden llegar a convertirse en medidas judiciales, sin perjuicio de la enajenación anticipada de los bienes en casos determinados.

Los arts. 300 a 304 ALECrím se ocupan de esa situación y sistematizan correctamente el contenido de los arts. 621 bis y 621 ter de la vigente LECrím regulando el procedimiento para la suspensión judicial de las actuaciones dirigidas al cobro por la administración tributaria.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

El ALECrím ha hecho un loable esfuerzo para mejorar el tratamiento dispensado a las medidas cautelares reales en el proceso penal, acorde con la intrínseca relevancia de las medidas cautelares tanto personales como patrimoniales, cuya dimensión dogmática como una de las diversas vertientes de la potestad jurisdiccional así lo demandaba.

Su regulación en el seno de un Libro específico viene a dotarles de la imprescindible sistematización y pone fin a la dispersión con que aparecen reguladas en la vigente legislación, no sólo en distintos libros de la LECrím, sino en los más variados textos procesales y sustantivos; señaladamente, en el Código Penal⁵⁴.

Resulta especialmente destacable el intento de sistematización llevado a cabo sobre la base de una teoría general, al modo en que lo acometió en 2000 nuestro legislador procesal civil. Sale al paso así del claro déficit del que adolece la vigente LECrím, caracterizada por una escasa previsión legislativa de sus presupuestos formales, en la que no se exige todavía una justificación (ni teleológica ni racional) a todas las medidas que nombra, como tampoco prevé un procedimiento relativamente uniforme para imponerlas⁵⁵.

⁵⁴ Así por ejemplo las medidas cautelares para el aseguramiento del decomiso, recogidas en el art. 127 octies CP [vid. sobre este punto la crítica de GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales”, cit. p. 57].

⁵⁵ En este sentido ARMENTA DEU, T., “Prólogo” a la monografía de Pujadas Tortosa, V. (2008) *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

El resultado final no ha sido, sin embargo, todo lo acertado que debiera puesto que, junto a una loable simplificación y unificación de su régimen procedimental, se incurre en una serie de deficiencias sistemáticas a corregir de las cuales he dado cuenta puntualmente en los correspondientes apartados de estas páginas y algunas omisiones de cierto calado que se deben colmar; entre ellas, y muy relevante, la imprecisión en la formulación de los presupuestos a que se condiciona la adopción de toda medida cautelar.

Pero, en cualquier caso, y esto es lo importante, se ha avanzado notablemente en la mejora de la regulación, en la sistematización de las medidas conforme a una auténtica teoría general y en la simplificación y armonización del procedimiento, poniendo fin al actual estado de cosas que en función del tipo de medidas adoptadas, del sujeto gravado por ellas y del cauce procesal (ordinario o abreviado) en el que se insertaran, las soluciones son diversas, coexistiendo adopción de oficio junto a condicionamiento a petición de parte y modos dispares (comparecencia previa o adopción *inaudita parte*) para su acuerdo. Lo que se ha hecho, según se ha expuesto, tomando básicamente como ejemplo el modelo de la LEC incorporando así las líneas maestras a las que se ajusta la regulación de las homólogas cautelares reales civiles: condicionamiento a petición de parte, adopción previo trámite contradictorio y posibilidad de enervar la medida mediante caución sustitutoria. Extremos, algunos de ellos, ya avanzados en su día en el texto de la LECrim tras la modificación del art. 764 LECrim por ley 38/2002, pero que, al margen de limitar su proyección al cauce del procedimiento abreviado, suscitaban incluso en su seno serias dudas en cuanto a su alcance.

El prelegislador, eso sí, ha obviado condicionar la adopción de las medidas cautelares reales en el marco del proceso penal a la prestación por el solicitante de una contracautela para hacer frente a los eventuales daños derivados de la adopción de la medida para el caso de que el proceso concluya con una eventual sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre⁵⁶. Las razones para ello, no explicitadas, pueden ser de muy diverso tipo; por una parte, que en la mayor parte de los casos será el Ministerio Fiscal quien solicite las medidas, con la imposibilidad de exigirle caución alguna. Pero también, y por otra, el hecho de que resultaría poco acorde con la debida tutela a las víctimas del delito y con el derecho a la reparación que hoy reconoce la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima exigir caución a alguien que

⁵⁶ Tampoco hoy se contempla en la LECrim y ello aun habiendo trasladado en 2002 a su seno por mor de la reforma del art. 764 buena parte de los presupuestos a que también se condiciona su adopción en el proceso civil.

ha sufrido en su persona o en su patrimonio una conducta presuntamente delictiva⁵⁷.

Partiendo de la base de que existen razones que abonan la opción de prescindir de la exigencia de contracautela como condición para la adopción de medidas cautelares reales el problema, no resuelto en el ALECRim, es qué hacer en aquellos casos en que el proceso termina de manera anticipada mediante un auto de sobreseimiento libre o, finalmente, por sentencia absolutoria y el encausado ha tenido que soportar medidas cautelares reales que han generado graves consecuencias en su situación económica; amén de repercusiones en la esfera persona y familiar, de las cuales difícilmente puede recuperarse con posterioridad. No resulta de recibo que mientras que en caso de prisión provisional se prevea la posibilidad de una reparación a través del procedimiento especial recogido en el libro VIII ALECRim, no se contemple una solución similar tratándose de medidas cautelares reales⁵⁸. Pese a que en un supuesto el bien jurídico afectado y lesionado sea la libertad y en el otro la propiedad, la justificación de la solución indemnizatoria sería válida para ambos supuestos. En el ámbito comparado esta es la solución acogida en el ordenamiento alemán⁵⁹ que podía haber sido tomado como ejemplo para introducir una regulación más avanzada en este punto, habiendo desaprovechado el prelegislador la ocasión de oro que propicia la gestación de un nuevo texto procesal penal⁶⁰.

Tiempo hay, todavía, durante la tramitación parlamentaria de subsanar esta y otras omisiones y lograr ese nuevo texto de enjuiciamiento criminal, largamente deseado y tantas veces pospuesto.

⁵⁷ Vid. en este sentido SÁNCER PELEGRINA, J.A. (2002) “Análisis comparativo de las medidas cautelares en los procesos civil y penal”, *Economist & Jurist*, número 65 (noviembre).

⁵⁸ Que como mucho, habrán de conformarse con la posibilidad de solicitar la indemnización de los daños que la medida le haya ocasionado, al amparo de la normativa sobre funcionamiento anormal de la Administración de Justicia [Así, y en lo relativo al decomiso, GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales ...”, cit., p. 55].

⁵⁹ En ese ordenamiento la reparación de la prisión provisional y de los perjuicios que puedan causar las “medidas de persecución penal” al que finalmente resulta absuelto —entre ellas el aseguramiento de bienes, el embargo y la congelación de activos, se regula en los §§ 467 y 467 a) de la Ordenanza Procesal Alemana —Strafprozessordnung (StPO—, y en la Ley sobre indemnización por medidas adoptadas en una persecución penal, de 8 de marzo de 1971 (última modificación, de 13 de abril de 2017) —Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen (StEG) —. Véase sobre dicha regulación DE HOYOS SANCHO, M. (2020), *Efectos “ad extra” del derecho a la presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 96-102.

⁶⁰ Para lo cual además de incorporar esta solución de modo expreso en el texto del ALECRim habría que modificar otras normas directamente conectadas; señaladamente la LOPJ cuyo tenor actual, es bien sabido, sólo se refiere (art. 294 LOPJ) a la prisión provisional.

X. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2011) *La reforma del proceso penal* (Asencio Mellado, J.M^a y Fuentes Soriano, O. directores), La Ley, Madrid, 2011.
- AA.VV. (2015), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el Borrador de nuevo Código Procesal Penal* (Moreno Catena, V. director; Ruiz López, C. y López Jiménez, R. coordinadoras), Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (2021) *Abogacía y proceso penal*, Tirant lo Blanch. Valencia.
- ARANGÜENA FANEGO, C., (1991), *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, J.M Bosch, Barcelona.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “Reforma procesal penal. Algunas cuestiones urgentes”, Madrid, 2021.
- ARMENTA DEU, T. (2003), *El nuevo proceso abreviado. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de octubre de 2002*, Marcial Pons, Madrid.
- ARMENTA DEU, T. (2008), “Prólogo” a Pujadas Tortosa, V. (2008) *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- Asociación de Fiscales (2021), *Alegaciones que presenta la Asociación de Fiscales al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (19 de marzo de 2021).
- DE HOYOS SANCHO, M. (2020), *Efectos “ad extra” del derecho a la presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (2009), “Medidas cautelares reales en el proceso penal”, en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de formación continuada, nº 46, pp. 547-564.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2004), “El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 6059, de 12 de julio de 2004.
- Fiscalía General del Estado (2003), *Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado*.
- Fiscalía General del Estado (2010), *Circular 4/2010 de 30 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*.
- Fiscalía General del Estado (2015), *Circular 8/2015, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por ley orgánica 1/2015*.
- Fiscalía General del Estado (2020), *Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles*.
- GARRIDO CARRILLO, F.J. (2019), *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de *decomiso total*: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal* nº 38.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GÓMEZ SOLER, E. (2007), “Medidas cautelares reales en el nuevo procedimiento abreviado”, *Revista General de Derecho Procesal* nº 11.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2004), “El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5 (septiembre-diciembre), pp. 191-215.
- GUARINIELLO, R. (1966), “La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di libertà provvisoria”, *Rivista di Diritto Processuale*.

- JUAN SÁNCHEZ, R. (2004), *La responsabilidad civil en el proceso penal (Actualizado a la Ley de Juicios Rápidos)*, La Ley, Madrid.
- LÍBANO BERISTAIN, A. (2020), *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda*, JM Bosch, Barcelona.
- LORENTE PABLO, L. (2018) “La investigación patrimonial y las medidas cautelares”, ponencia del Curso de formación del Centro de Estudios Jurídicos *Delitos contra la Administración Pública. Prevaricación, cohecho, tráfico de influencias y malversación. Novedades tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015*.
- MARCHENA GÓMEZ, M. (1998), “Algunos aspectos de las medidas cautelares reales en el proceso penal”, *Diario La Ley*, Ref. D-229, tomo 5.
- MARCHENA GÓMEZ, M. y González-Cuéllar Serrano, N. (2015) *La reforma de la Ley d Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ed. Castillo de Luna, Madrid.
- MORENO CATENA, V. (2014), “La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8331.
- NEGRI, D. (2004), *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giapichelli, Torino.
- PAVIA CARDELL, J. (2016), “Medidas cautelares y recuperación de activos”, ponencia del Curso de formación del Centro de Estudios Jurídicos *Investigación y prueba en los delitos de corrupción*.
- PÉREZ DAUDI, V. (2012), “Las medidas cautelares civiles en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 28.
- PINTO PALACIOS, F. (2021), “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Diario La Ley*, nº 9843, de 5 de mayo de 2021.
- PUJADAS TORTOSA, V. (2008) *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2016), *El decomiso de activos ilícitos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- SÁNCER PELEGRINA, J.A. (2002), “Análisis comparativo de las medidas cautelares en los procesos civil y penal”, *Economist & Jurist*, nº 65 (noviembre).

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com

Requisitos procesales para la admisión de recursos de casación contencioso-administrativos:
principales criterios jurisprudenciales
Felipe Alonso Murillo

O novo estatuto do maior acompañado no sistema portugués. algúns cuestións processuais
Lourdes Varregoso Mesquita

Víctimas vulnerables: especial referencia al estatuto del menor a la luz de la lo 8/2021 de
protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia
Ana Beltrán Montoliu

El arbitraje marítimo en Londres tras el brexit
Leticia Fontestad Portalés

La estructura y fases del proceso en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de
2020
Julio Muerza Esparza

Comentarios al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Parte general de las
medidas cautelares. La detención
José María Asencio Mellado

La orden de protección en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
Raquel Castillejo Manzanares

El estatuto de la persona encausada en el anteproyecto de Lecrim
Alicia Armengot Villaplana

Las partes acusadoras en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de Noviembre de
2020
José Martín Pastor

El estatuto de la víctima y las partes civiles en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento
Criminal de 2020
Ricardo Juan-Sánchez

La prisión provisional en el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
Marién Aguilera Morales

El procedimiento de medidas cautelares personales en el anteproyecto de Ley de
Enjuiciamiento Criminal de 2020
Alicia Bernardo San José

Medidas cautelares reales en el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
Coral Arangüena Fanego
