

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXX

■ Núm. 2186

■ Febrero de 2016

MONOGRÁFICO



**I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia:
«Las reformas del proceso penal»**



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767
NIPO: 051-15-001-5
www.mjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la Propiedad
y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor Titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excma. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

**I Jornada del Boletín del Ministerio
de Justicia:
«Las reformas del proceso penal»**

5 de noviembre de 2015



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Madrid, 2016

Sumario

	<u>Págs.</u>
Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal	7-60
Nicolás Cabezado Rodríguez	
El sistema de impugnación frente a sentencias penales. Algunas notas tras la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	61-126
M. ^a Pía Calderón Cuadrado	
El reforzamiento de las garantías procesales del imputado a la luz del sistema acusatorio inglés	127-180
Juan Damián Moreno	
El derecho de defensa en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015	181-206
Nicolás González-Cuéllar Serrano	
La reforma del Proceso Penal: retos y objetivos	207-238
Antonio del Moral García	

Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

(Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre,
de modificación de las garantías
procesales y la regulación de las
medidas de investigación tecnológica)

NICOLÁS CABEZUDO RODRÍGUEZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid
y Vocal Asesor del Ministerio de Justicia*

Resumen

Las singulares características del cibercrimen (gran impacto económico, extraterritorialidad, altos índices de impunidad, etc.) exigen una respuesta apropiada por parte de los Poderes Públicos tanto desde un punto de vista preventivo como represivo. La prueba electrónica es esencial para la investigación y persecución de las diversas modalidades de cibercrimen y los medios tradicionales de investigación no son suficientes para afrontar este desafío. Jueces, Fiscales y Fuerzas de Seguridad deben disponer de recursos humanos y materiales adaptados a tal fin, pero también de un sustrato legal que posibilite su uso. La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en virtud de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica proporciona un basamento normativo adecuado para hacer frente a estos nuevos retos.

Palabras Clave

Ciberdelincuencia. Prueba electrónica. Intervención de las comunicaciones electrónicas. Registro de dispositivos electrónicos. Otras diligencias de investigación para la obtención de informaciones y datos relevantes.

Abstract

The singularity of Cybercrime characteristics (huge economic impact, extraterritoriality, a high level of impunity, etc.) requires an appropriate response by the Governments both from a preventive point of view as repressive. The electronic evidence is central to the investigation and prosecution of different forms of Cybercrime and the traditional investigation methods are not enough to confront this problem. Judges, Prosecutors and Law Enforcement Authorities must be provided with the adequate human and material resources, but also with the proper legal grounds. The latest reform of the Criminal Procedure Act under the Organic Law 13/2015, of October 5, to strengthen procedural guarantees and regulation of technological research measures, provides an adequate legal foundation to address these new challenges.

Key words

Cybercrime. Electronic evidence. Surveillance of electronic communications. Searches and seizures of electronic devices. Other new research methods to gather relevant information and data.

Sumario

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. EL LADO PERVERSO DE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA
- II. NUEVOS RETOS: LA CIBERDELINCUENCIA
- III. NUEVOS RECURSOS: MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA Y PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES
- IV. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (CIBERINTERVENCIÓN)
- V. EL RASTREO DE LAS REDES PÚBLICAS POR LOS CUERPOS POLICIALES (CIBERPATRULLAJE) Y EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

VI. EL REGISTRO DE SISTEMAS Y DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS
(CIBERREGISTRO)

VII. LA CESIÓN DE DATOS Y ARCHIVOS INFORMÁTICOS

VIII. LAS MEDIDAS ASEGURATIVAS. IX. CONCLUSIONES

Hoy las ciencias adelantan, que es una barbaridad

La Verbena de la Paloma. Zarzuela
con música de Tomás Bretón sobre el libreto de Ricardo de la Vega
(estrenada el 17 de febrero de 1894 en el Teatro Apolo de Madrid)

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. EL LADO PERVERSO DE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA

La generalización del uso de las denominadas Nuevas Tecnologías¹ en la administración de la Justicia es un proceso naturalmente expansivo, pujante en su implantación e irreversible a medida que se va consolidando; una manifestación más, acaso algo tardía en comparación con otros poderes del Estado, del fenómeno social conocido como revolución tecnológica.

Así es cuando se trata del aprovechamiento de los avances técnicos para la realización de actuaciones procesales de tramitación ordinarias. Dentro de esta vertiente infraestructural se mueven la mayor parte de los programas oficiales de modernización infotelemática, resultado de los cuales ha sido el desarrollo de sistemas y aplicaciones de gestión y comunicación procesales (MINERVA, LEXNET, INTER-IUS,...), así como otras actuaciones relacionadas con la conectividad y el acceso a informaciones (Punto Neutro Judicial)². Sin embargo, la situación varía al abordar la misma cuestión desde la vertiente funcional, atinente a la consideración de esos avances como elementos de convicción judicial, donde descubrimos hasta ahora una apatía legislativa difícilmente justificable.

El progreso de las ciencias aplicadas y, en especial, la digitalización de las informaciones en orden a facilitar su gestión, la interoperatividad de los sistemas y las bases de almacenamiento de datos y la difusión imparable del fenómeno de Internet, suscitan preguntas que requieren su puntual respuesta; cuestiones, no tan nuevas en sí mismas, como originales en su configuración actual.

¹ Aunque ya no sean tan «nuevas» si nos atenemos al ritmo cronológico que impera en esta rama del conocimiento. Utilizamos la expresión en sentido genérico, comprensivo no tan sólo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC's) sino también de otras posibilidades tecnológicas que en puridad no estarían cubiertas por estas últimas, como puede ser la videograbación de las vistas o el brazalet electrónico, entre otros mecanismos.

² Una visión crítica acerca de la desigual implantación de los nuevos sistemas y aplicaciones info-telemáticas puede verse en mi trabajo «Las nuevas tecnologías en las actuaciones judiciales», Gobierno, Derecho y Tecnología: Las actividades de los poderes públicos (Director F. Galindo Ayuda), Pamplona, 2006, pp. 615-640. Un paso trascendental en la modernización de la Administración de Justicia se ha dado con la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, y la prevista presentación telemática de documentos (art. 135 LEC).

Este entorno tecnológico se nos presenta como una fuente de conflictos de notable trascendencia habida cuenta de la dimensión constitucional de los intereses que eventualmente pueden entrar en colisión: de un lado, el ejercicio de la libertad, en términos generales, y las expectativas de privacidad de los sujetos que se mueven en este medio virtual; de otro, el interés público en la salvaguarda de otros bienes jurídicos igualmente relevantes. Desterradas, por utópicas, las tesis abstencionistas que conciben Internet como espacio libre de toda intervención pública³ y siendo, como en realidad es, una vertiente más del comportamiento humano, este fenómeno requiere un tratamiento jurídico particular y consecuente con sus reseñables peculiaridades.

La incidencia de las nuevas tecnologías en el enjuiciamiento penal es susceptible, cuando menos, de un doble análisis: como objeto, en cuanto a la eventual represión de determinadas conductas vinculadas a su uso; y como instrumento, en relación con la aplicación de los recientes instrumentos tecnológicos en la persecución penal.

En cuanto al primer aspecto, los mismos avances previstos para desarrollar actividades lícitas, han servido de apoyo al surgimiento de una nueva forma de criminalidad, tanto en lo que respecta al modo de perpetración de los ilícitos tradicionales⁴, como también a la aparición de nuevos tipos penales⁵. Es la denominada ciberdelincuencia, que podemos definir como aquella actividad criminal que comporta el uso de dispositivos o sistemas informáticos, bien como herramienta para la comisión del delito, bien como objeto material sobre el que se proyecta la acción típica. Desde un punto de vista sustantivo y sin ánimo de exhaustividad aquí se incluirían conductas muy heterogéneas, tales como el acceso no autorizado a sistemas informáticos (*hacking*), la alteración, modificación o eliminación de datos de un sistema informático (*cracking*), el acoso sexual

³ No podemos obviar textos «bienintencionados» como pueden ser la «Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio», de 2 de noviembre de 1997, redactada por Robert B. GELMAN.

⁴ Así, los arts. 186 (difusión de material pornográfico entre menores), 189 (pornografía infantil o con víctimas incapaces), 211 (difusión de mensajes injuriosos o calumniosos), 248.2 (estafas informáticas o electrónicas), 270 (delitos contra la propiedad intelectual), 278 (espionaje empresarial), 282 (publicidad engañosa) o 390 y ss. (falsedad documental).

⁵ De este modo, el Código Penal regula determinados tipos específicos de rasgos info-telemáticos, a saber: en general, los arts. 197 a 201 (interceptación de correo electrónico, apoderamiento, utilización, modificación o acceso a datos reservados de carácter personal, acceso a sistemas informáticos, etc.); además de los arts. 256 (uso no autorizado de terminales de comunicación) y 264 a 264 quater (daños informáticos).

a menores a través de internet (*child grooming*), la suplantación de identidad con fines fraudulentos (*phising* o *pharming*), el abuso de dispositivos (fabricación, importación, venta, facilitación u obtención de dispositivos destinados a la comisión de ciberdelitos), la difusión de mensajes xenófobos o racistas o de pornografía infantil, la ciberpiratería intelectual, las estafas informáticas, la interceptación ilícita de datos, y un largo etcétera⁶.

Desde la segunda perspectiva, el uso de esas innovaciones en la persecución penal, las ciencias aplicadas nos han proporcionado nuevas herramientas para luchar contra el delito (análisis del ADN, intervención de conversaciones a distancia, sistemas de localización e interceptación, acceso a datos personales, etc.); pero, más importante aún, es que la utilización de esos, hasta hace poco, desconocidos recursos tecnológicos se ha convertido en algo imprescindible en orden a una efectiva persecución de los crímenes y no sólo aquéllos que tienen una base eminentemente tecnológica.

Tanto la legislación penal como la procesal deben adaptarse a esta nueva realidad. Este reto pasa por conocer en profundidad qué comporta la cibercriminalidad y cuáles son las técnicas de investigación más adecuadas para combatir semejante fenómeno delictivo. La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, pretende ser la respuesta legislativa esta situación. A lo largo de estas páginas se comprobará si esta nueva normativa es verdaderamente satisfactoria.

Al margen de esta exposición, quedarán aspectos de notable actualidad, como la progresiva devaluación de los derechos fundamentales en el ámbito de las telecomunicaciones, consecuencia de una creciente actitud invasora que en aras de la seguridad nacional viene siendo protagonizada por los poderes públicos, a fin, se nos dice, de conseguir mayor eficiencia en la represión de los delitos, en especial en la lucha contra el terrorismo⁷.

⁶ Para un estudio pormenorizado esta materia véase MIRÓ LLINARES, F., «Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio», Madrid, 2012.

⁷ Los luctuosos sucesos acaecidos en los EE.UU. de Norteamérica el día 11 de septiembre de 2001 y su continuación en los atentados integristas de Madrid y Londres, el 11 de marzo de 2004 y 7 de julio de 2005, respectivamente, constituyen en punto de inflexión en el recrudescimiento de esa postura.

Toque de queda digital» como algunos lo han calificado⁸, que nos recuerda –no podemos evitar mencionarlo a pesar de tratarse ya de un cliché– al GRAN HERMANO Orwelliano. El espionaje masivo de las comunicaciones de la Agencia de Seguridad Nacional estadounidense revelado por Snowden, y otras redes tradicionales de espionaje internacional de las comunicaciones como ECHELON; programas para la interceptación de mensajes transmitidos por correo electrónico, como el CARNIVORE del FBI norteamericano; o el proyecto europeo ENFOPOL, son productos de una promovida, en otros casos sólo consentida por los Gobiernos, globalización de la vigilancia electrónica, a la que el individuo no puede sustraerse. Esta situación, aunque nos preocupe, no será objeto de este estudio pues excede su finalidad y porque, en definitiva y a pesar de su eventual proyección penal, los resultados que se obtengan carecerán de eficacia directa en el proceso⁹.

II. NUEVOS RETOS: LA CIBERDELINCUENCIA

El aprovechamiento por los delincuentes de ese escenario virtual para el desarrollo de sus actividades ha dado paso a lo que se conoce como **CIBERDELINCUENCIA**. Esta modalidad delictiva presenta algunos rasgos específicos que le atribuyen una cierta singularidad, a saber:

1. La magnitud de los daños que origina y su incidencia sobre la economía y el desarrollo tecnológico global
2. La facilidad comisiva.
3. Su carácter transfronterizo.
4. El alto grado de impunidad.
5. La necesidad de obtener la implicación/colaboración de entidades públicas y privadas diversas.

Analicemos cada una de estas características más detenidamente:

⁸ <http://www.baquia.com/tecnologia-y-negocios/entry/emprendedores/internet-bajo-sospecha-y-ii>.

⁹ A nadie puede escapar su utilización, si bien secreta, como fuente de información, de modo que, al menos indirectamente, sea factible su incidencia en el proceso.

1. La magnitud de los daños derivados por la ciberdelincuencia y su incidencia sobre la economía y el desarrollo tecnológico global.

Cada ciberdelito puede causar daños a gran escala, afectando a una multiplicidad de usuarios de áreas geográficas diversas. Sin perjuicio de la amplitud de la «cifra negra» de la ciberdelincuencia, esta actividad, como cualquier otra actividad ilícita, tiene un coste económico directo y mensurable en atención a los perjuicios que ocasiona a las víctimas conocidas. Desde esa perspectiva, se viene a admitir que el daño en la economía mundial se situaría entre los 100.000 y 500.000 millones de dólares.

Pero esa cantidad, a pesar de su importancia, no refleja el impacto real derivado del cibercrimen, al quedar al margen otros efectos, si bien indirectos, de tal actividad. Más correcta nos parece la metodología aplicada en el estudio realizado por el Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales (CSIS)¹⁰, que atendía también a algunas de esas otras derivaciones, tales como los costos de oportunidad, entre ellos la interrupción de los servicios y la disminución de los índices de confianza en las actividades en línea; el costo adicional en la protección de las redes, en seguros y en la recuperación de los ataques cibernéticos; o el daño en la reputación de la empresa atacada, para concluir, con reservas, que esa pérdida real sólo para Estados Unidos debería cifrarse al menos en 100.000 millones de dólares¹¹.

Las nefastas consecuencias para el desarrollo global de las actividades con base tecnológica se evidencian en el Eurobarómetro de 22 de noviembre de 2013. Entre los datos contenidos en esta encuesta se desvela que a pesar de que el 70 % de los usuarios de internet en toda la UE confiaban en su capacidad para realizar operaciones bancarias o compras en línea, únicamente en torno al 50 % optaban realmente por hacerlo, avisando de dos principales motivos de inquietud respecto a esas prácticas: el uso indebido de datos personales (mencionado por el 37 %) y la seguridad de los pagos en línea (35 %)¹². Esta desconfianza en el

¹⁰ *The economic impact of Cybercrime and Cyber Espionage*, Julio, 2013 (http://csis.org/files/publication/60396rpt_cybercrime-cost_0713_ph4_0.pdf). El informe se realizó por encargo de Mc Affee. Acerca de esta organización y sus actividades de consultoría internacional véase <http://csis.org/about-us>.

¹¹ Para Alemania el coste se cifraba en 60.000 millones de dólares, mientras que para China ascendía a 45.000 millones. *Ibidem*.

¹² http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_404_en.pdf.

mercado digital, como también indica la propia Comisión Europea, se encuentra estrechamente vinculada a la ciberdelincuencia¹³.

En espera de un segundo informe del CSIS, donde se analizarán las ramificaciones en cuanto a la ralentización en la velocidad de innovación, el flujo del comercio y los costos sociales asociados a este fenómeno delictivo, debemos ser plenamente conscientes de la trascendencia del daño producido y de su más que previsible crecimiento en los próximos años paralelamente al aumento de las comunicaciones de carácter digital¹⁴.

En España, la creciente preocupación por este fenómeno ha impulsado la creación del Consejo Nacional de Ciberseguridad, con funciones de coordinación en esta materia a nivel estatal¹⁵.

2. La simplicidad comisiva del ciberdelito

No merece mayores comentarios que poner de relieve la facilidad de acceso a los materiales necesarios para perpetrar esta clase de infracciones. En realidad, basta con disponer de un dispositivo o sistema informático con acceso a Internet. Aún en el caso de que por tratarse de acciones más concretas o especializadas (*hacking, cracking, phising o pharming*) se requirieran elementos complementarios (malware, troyanos, virus, etc.), éstos también serían perfectamente accesibles en la Red. Para más, el general de los usuarios, potenciales víctimas del ciberdelito, desconocen las amenazas que existen, cuando no las medidas a adoptar para prevenirlas¹⁶, con lo que en su mayoría se encuentran inermes ante las mismas.

¹³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1130_es.htm.

¹⁴ Desde otra perspectiva, el Comité del Convenio sobre Ciberdelitos del Consejo de Europa se hace eco de la incidencia de este fenómeno delictivo sobre la privacidad, la dignidad e integridad de las personas, la libertad de expresión, las instituciones, la estabilidad democrática, etc. Vid. «Criminal Justice access to data in the cloud: challenges», Discussion paper, T-CY (2015)10 –documento provisional-.

¹⁵ Constituido el día 26 de febrero de 2014.

¹⁶ Más grave es que aun conociendo esos protocolos preventivos, como es la mera actualización del software antivirus, se evidencie cierta dejadez en cumplir una acción tan simple.

3. El carácter transfronterizo de la ciberdelincuencia

Para las redes de comunicaciones como Internet las fronteras nacionales, simplemente, no existen. La United Nations Office on Drugs and Crime¹⁷ en su Borrador de Informe sobre Cibercriminalidad de 2013¹⁸ pone de relieve que más de la mitad de los Estados cuestionados reconocieron que entre el 50 y el 100 % de los cibercrímenes que llegaban a conocimiento de la policía involucraban algún elemento transnacional. El carácter transfronterizo de la ciberdelincuencia incidirá notablemente en la persecución de esta modalidad delictiva, no sólo porque va a ser fuente de conflictos competenciales entre los Estados, sino también porque dificultará el acceso a los elementos probatorios y la propia captura del delincuente.

En cuanto a lo primero y como regla general, el criterio más común en orden a fijar los límites de la competencia jurisdiccional de los Estados no es otro sino el principio de territorialidad determinado por el *forum commissi delicti* o lugar de comisión del hecho delictivo, esto es: cada Estado es competente para la persecución de los delitos perpetrados dentro de su territorio. La cuestión es que, tratándose de cibercrimen, es muy posible que sus resultados se manifiesten en lugares diversos. En esta tesitura, la aplicación de esa regla competencial tendrá a menudo como efecto la convergencia de varios Estados en la persecución de un mismo hecho. En relación con lo segundo, resulta lógico suponer que las pruebas pueden encontrarse fuera del territorio del Estado interesado, lo mismo que el o los infractores, lo que hará más complicada su búsqueda y aprehensión, tanto de las unas como de los otros.

Una efectiva prevención y persecución del cibercrimen exige de la cooperación entre los Estados, y ello aboca a la consecución de instrumentos internacionales destinados a ese fin¹⁹. Esos convenios deberán prever mecanismos de resolución de controversias, entre ellas, las competenciales, y habrán de ser ágiles en su aplicación, por cuanto el éxito o fracaso de la lucha contra esta clase de criminalidad dependerá en

¹⁷ Sobre esta agencia de las Naciones Unidas véase se web oficial en <http://www.unodc.org/unodc/about-unodc/index.html?ref=menutop>.

¹⁸ «Comprehensive Study of Cibercrimen» (Draft), Febrero, 2013, p. 117.

¹⁹ Soluciones *unilaterales*, como la patrocinada por los tribunales norteamericanos en *United States v. Gorshkov*, 2001 WL 1024026 (W.D. Eash. 2001), donde se admitieron las pruebas obtenidas mediante el registro policial de un equipo informático radicado en Rusia, a pesar de su efectividad, no se consideran admisibles.

gran medida de la rapidez de la respuesta procesal. El grado óptimo de eficiencia se conseguirá si al regular la asistencia inter-estatal tales convenios no se limitan a aquellas actuaciones de carácter meramente reactivo, aunque fuera su eje fundamental, esto es, en orden a la obtención de elementos de convicción o para la detención de los presuntos delincuentes; y comprenden también medidas de naturaleza preventiva, que permitan adelantar las medidas de protección frente a futuras amenazas.

Esa colaboración internacional se verá allanada si los Estados implicados comparten un sustrato normativo común, en el sentido de cercano o armonizado o, cuando menos, compatible, que facilite tal cooperación. Esa armonización de sistemas no implicará la identidad absoluta en el contenido de las normas reguladoras, pero sí un núcleo de principios generales compartido y, en la medida de lo posible, un lenguaje unificado, siempre respetando las particularidades propias de cada Estado.

Hace ya bastantes años, el 23 de octubre de 2001, se aprobó en Budapest el Convenio sobre Ciberdelincuencia, primer intento internacional de afrontar este nuevo fenómeno delictivo²⁰. Tras él y con carácter fundamentalmente regional han aparecido un número considerable de acuerdos internacionales en esta materia²¹.

En el ámbito europeo ha cobrado una fuerza creciente la asistencia inter-institucional, de lo que es buena muestra la creación del Centro Europeo

²⁰ Aunque el Convenio sobre la Ciberdelincuencia nació bajo los auspicios del Consejo de Europa su firma está abierta a cuantos Estados quieran sumarse a él, ya fuera porque participaran en su elaboración, ya porque fueran invitados expresamente a ello (art. 36).

²¹ De este modo y más recientemente, dentro del contexto iberoamericano, destaca el Convenio Iberoamericano de Cooperación sobre investigación, aseguramiento y obtención de pruebas en materia de cibercriminalidad de 2014, impulsado por la Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos (COMJIB). Aunque sin la fuerza vinculante de un Acuerdo Internacional de estas características, esta Organización Internacional ha evidenciado un notable esfuerzo de armonización legislativa en esta materia a través de la Recomendación relativa a la tipificación y sanción de la ciberdelincuencia, también abierta a la firma de los Estados Partes desde esa fecha. Otros instrumentos de cooperación internacional en materia de cibercriminalidad son los siguientes: el Commonwealth of Independent States (CIS) Agreement on Cooperation in Combating Offences related to Computer Information (2001), el Shanghai Cooperation Organization Agreement on Cooperation in the Field of International Information Security (2009), la League of Arab States Convention on Combating Information Technology Offences (2010) o el proyecto africano, African Union Convention on the Establishment of a Legal Framework Conducive to Cybersecurity in Africa (2012).

de Ciberdelincuencia (EC3) dentro de Europol²², operativo desde el 11 de enero de 2013, con tareas de coordinación en la lucha extraterritorial contra el cibercrimen y apoyo tecnológico. Amén de lo anterior, resultan especialmente útiles las redes policiales, como la Red de contacto 24/7 del art. 35 del Convenio de Budapest, el Subgrupo de Delitos de Alta Tecnología del G-8 o la Red I-24/7 de Interpol.

El objetivo último en este proceso no puede ser otro sino la superación del principio de cooperación en favor del mutuo reconocimiento de las decisiones²³ adoptadas en estas materias, a imagen de lo que sucede con la Orden europea de Detención y Entrega²⁴.

4. Alto índice de impunidad

La ciberdelincuencia registra un elevado índice de impunidad, producto de la combinación de diversas causas, entre otras las siguientes:

- 4.1 Porque la *notitia criminis* no llega a las autoridades o lo hace tardíamente teniendo en cuenta el tiempo que rige estas materias. Y es que, frecuentemente, se desconoce la propia existencia del delito. Algunos estudios estadísticos sitúan en un 80 % el porcentaje de víctimas que no presentan denuncia tras haber sufrido un cibercrimen. Las razones de este comportamiento son variadas: la falta de confianza en la capacidad de la policía en su

²² Véase <https://www.europol.europa.eu/ec3>.

²³ Cuando menos jurisdiccionales.

²⁴ Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden europea de detención y entrega (transpuesta al ordenamiento interno en virtud de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega). Sin profundizar en los problemas que el principio de reconocimiento mutuo viene suscitando en el materia penal, deseamos tan sólo hacer hincapié en la inoportunidad de su implantación sin la previa armonización de un mínimo de garantías procesales (debido proceso) y materiales, en cuanto a la tipificación de los delitos, y, acaso más importante, sin fijar unos criterios de atribución competencial entre los Estados cuando un asunto penal tenga connotaciones transnacionales. También se manifiesta en un sentido crítico, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y el mutuo reconocimiento de pruebas», *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (Directores: M.T. Armenta Deu, F. Gascón Inchausti, L. Bachmaier Winter, M. Cedeño Hernán), Madrid, 2006, pp. 50 a 53, plantea objeciones similares como las dificultades prácticas de implantación de este principio en materia penal, la devaluación de los derechos del imputado o acusado o la ignorancia que comporta de la diversidad en la configuración de los procesos penales en Europa.

persecución; la ignorancia de su propia victimización; el desconocimiento de los mecanismos para formular esas denuncias; la vergüenza o ciertos riesgos de carácter corporativo, fundamentalmente, en relación con esto último, la pérdida de prestigio si se hace pública su condición de perjudicado²⁵.

A fin de revertir esta situación los Estados vienen desarrollando diversas políticas públicas muy aconsejables, entre las que se encuentran las campañas de información sobre el problema, la creación de sistemas on-line para la presentación de denuncias, estrategias de cooperación con el sector privado o la mejora de los sistemas de intercambio de información policiales²⁶. Los efectos de estas medidas no han sido aún evaluados, aunque en lo que respecta a aquellos casos que comprometen intereses corporativos, se aprecia cierta resistencia, relacionada con la mencionada pérdida de reputación de la entidad afectada, que deviene en la búsqueda y el establecimiento de sistemas preventivos y reactivos de carácter interno, sobre todo en el marco de sociedades de implantación internacional.

En la persecución de esta clase de ilícitos resulta crucial una reacción temprana de las autoridades, y ello viene condicionado por la propia actitud del perjudicado por el delito. No se nos debe escapar que los rastros que dejan esta clase de delitos suelen ser especialmente inestables dada su falta de corporeidad²⁷ y, por consiguiente, también lo son los elementos probatorios. Esa volatilidad²⁸ se acentúa en determinados casos, bien por la propia naturaleza del dato o información²⁹, bien por la posibilidad de que

²⁵ «Comprehensive Study of...», op.cit., p. 119.

²⁶ «Comprehensive Study of...», op.cit., p. 120. Véase en documento de Presidencia del Gobierno español, «Estrategia sobre Ciberseguridad Nacional» (https://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/national-cyber-security-strategies-ncss/ES_NCSS.pdf), 2013, donde se contempla en su conjunto las acciones institucionales en esta materia.

²⁷ A archivos, ficheros logs, etc.

²⁸ Se sigue el concepto de «volatilidad» recogido en el documento «Electronic Evidence Guide. A basic guide for police officers, prosecutors and judges» del Consejo de Europa: «Volatile Data are data that are digitally stored in a way that the probability is very high for their contents to get deleted, overwritten or altered in a short amount of time by human or automated interaction» (EU/OE Joint Project on Regional Cooperation against Cybercrime – 18 de marzo de 2013).

²⁹ De forma general, todos aquellos datos cuya pervivencia exige que el sistema informático esté en funcionamiento: conexiones a la red, procesos y servicios en ejecución, cachés, etc.

se tornen inaccesibles³⁰, o, meramente, por la facilidad para ser eliminados o alterados, si no se aprehenden de inmediato. Precisamente, los últimos avances en materia de telecomunicaciones tienen que ver con ese rasgo y la seguridad de los datos³¹. Incluso, en la rara hipótesis de que se pudiera acceder inmediatamente al dispositivo o sistema informático donde se aloja material relevante a efectos penales, hemos de tener en cuenta que normalmente esa información constituirá una pequeña parte del total almacenado, siendo su selección un factor más que retrasa la obtención de los elementos probatorios en detrimento de ulteriores investigaciones.

Ello ha incidido en los protocolos de actuación de los Cuerpos Policiales en la investigación del delito. Desde una perspectiva meramente operativa, ha cobrado gran transcendencia la fase previa o de planificación de la diligencia de investigación en cuestión, que parte de la comprensión de la variedad de situaciones ante las que puede encontrarse el personal encargado materialmente de su realización. Así y en relación con el registro de equipos informáticos en sentido lato no será lo mismo que se practique sobre un sistema en funcionamiento o apagado, que los datos estén alojados en el dispositivo intervenido, de la clase que sea³², o en servidores externos; o, en otros casos, cuál sea el medio de comunicación utilizado y sus características³³, por poner algunos ejemplos.

4.2 Íntimamente relacionado con el anterior esa impunidad se deriva de la dificultad de obtener pruebas, aspecto sobre el que, además de la volatilidad de las fuentes, inciden diversos factores, como son los que se examinan a continuación:

³⁰ Como los documentos encriptados o los alojados en servidores externos.

³¹ Por ej. los Chats secretos que facilita «Telegram», que proporciona el cifrado de los mensajes enviados de móvil a móvil, ofreciendo la posibilidad de que se destruyan automáticamente en ambos dispositivos, y, además, garantiza que ningún dato de la comunicación será almacenado en sus servidores

³² CPU o cualquier otro algún tipo de memoria externa o, incluso, en periféricos, como una impresora

³³ Comunicación mediante telefonía fija o móvil, WhatsApp, Telegram, correo electrónico, etc.

- a. La obtención de elementos probatorios situados fuera del territorio del Estado interesado puede chocar con intereses nacionales legítimos (defensa de la soberanía) o, menos legítimos (paraísos de impunidad tecnológica). Esa extraterritorialidad de las pruebas puede devenir en su total deslocalización cuando se trate de archivos o programas alojados en «La Nube». Ambas circunstancias atinentes a la ubicación física de los elementos probatorios serán fuente de graves problemas logísticos.

- b. A pesar de la opinión general relativa al anonimato inherente a Internet, para el común de los usuarios, quienes utilizan navegadores convencionales para moverse por la Red Superficial («Surface Net» o «Web»), y dada la existencia de sistemas de identificación lo suficientemente desarrollados³⁴, ese sentir general no es cierto. Diferente valoración merece la denominada Red Profunda («Deep Net») o, una parte de la misma, la Red Oscura («Dark Net»), una trama superpuesta a Internet a la que no es posible acceder a través de buscadores ordinarios tales como Google o Yahoo y que, además, suele requerir un determinado software, como «The Onion Router» (conocido como «Tor»)³⁵, u otros canales privados protegidos por registro de usuario y contraseña (canales IRC), cuya razón de ser es, precisamente, asegurar el anonimato³⁶. La ciberdelincuencia utiliza estas redes, donde el acceso y la identificación de los operadores son más complicados.

- c. La creciente complejidad de las organizaciones dedicadas a la ciberdelincuencia, superada ya la fase en que esta clase de delitos eran cometidos fundamentalmente por individuos o pequeños grupos³⁷. Estas organizaciones disponen de

³⁴ Bases de datos WHOIS, verificación sobre la cabecera de los mensajes de e-mail, listines públicos como listín.com, almacenamiento de registros –logs- por los proveedores de servicios, etc.

³⁵ Además de la Red Tor, la más conocida, existen otras como la Red I2P, Freenet o GNUnet.

³⁶ No obstante, incluso estas son vulnerables, vid. FILVIDA, D., «Red Tor: anonimato y vulnerabilidades» (http://www.inteco.es/blogs/post/Seguridad/BlogSeguridad/Articulo_y_comentarios/red_tor_anonimato_vulnerabilidades).

³⁷ Así se pone de relieve por INTERPOL: <http://www.interpol.int/Crime-areas/Cybercrime/Cybercrime>.

mayores y mejores recursos para ocultar sus actividades, así por ejemplo mediante el establecimiento de contramedidas, barreras y protecciones³⁸, que pueden retrasar o incluso frustrar la obtención de resultados.

- d. Porque la propia obtención de pruebas requerirá un elevado nivel en la formación técnica, amén de herramientas de investigación adecuadas, y las autoridades no siempre disponen de estos recursos. Ello no quiere decir que tengamos que olvidarnos de los métodos tradicionales de investigación, pero sí que se han de incorporar otras técnicas de naturaleza tecnológica que permitan a las fuerzas policiales igualarse en la medida de lo posible a los ciberdelincuentes. En el ámbito de la ciberdelincuencia la disposición de recursos humanos y materiales especializados resulta también decisiva.

En España se han dado importantes pasos en orden a la especialización de los recursos humanos para la prevención y persecución del cibercrimen, ya fuera en el seno de los Cuerpos Policiales, con la creación de la Brigada, hoy Unidad, de Investigación Tecnológica (BIT) de la Policía Nacional o el Grupo de Delitos Telemáticos (GDI) de la Guardia Civil; ya en el marco del Ministerio Fiscal, con la Fiscalía de Sala de Criminalidad Informática, a nivel estatal, y las Secciones de Criminalidad Informática de las Fiscalías Provinciales³⁹.

Pero esa disponibilidad de recursos debe ser no sólo personal o material sino también normativa.

5. La indispensable implicación/colaboración de entidades públicas y privadas diversas

Con carácter general, la obtención de elementos probatorios en orden a una efectiva persecución del delito pasa por la colaboración de diversos sujetos ajenos a la Administración de Justicia, ya sea en condición de testigos o peritos, ya como depositarios de informaciones relevantes, ya

³⁸ Encriptación de sistemas, anonimato real, bombas lógicas, etc.

³⁹ Instrucción 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las Secciones de Criminalidad Informática de las Fiscalías

como víctimas. En el marco del cibercrimen, podemos identificar dos esferas de actividad cuya implicación y cooperación en la lucha contra este tipo de delitos se torna imprescindible por diversos motivos:

5.1 La pluralidad de entes públicos y privados⁴⁰ que actúan en el mercado de las telecomunicaciones; sujetos que gestionan servicios o mantienen, en exclusiva, datos o informaciones esenciales a efectos de la represión del cibercrimen⁴¹. El ordenamiento jurídico debe contemplar expresamente su deber de colaborar con la Administración de Justicia cuando sean requeridos para ello con arreglo a la Ley, si fuera necesario bajo sanción penal. Sin perjuicio de las garantías que se reconozca a estos sujetos en orden a salvaguardar derechos o intereses de trascendencia constitucional de que fueran titulares, el interés público en la persecución del delito prevalecerá sobre aquéllos.

5.2 Otras instituciones también de naturaleza pública o privada integradas en sectores críticos para los Estados, por otro lado, absolutamente dependientes de que los sistemas informáticos que utilizan funcionen correctamente (energía, infraestructuras, sector financiero o bancario, etc.). Estas entidades, sobre todo aquellas de implantación internacional y de mayor tamaño, habitualmente comparten información acerca de ataques padecidos directamente o por otros sujetos asociados, estableciendo redes de alerta muy eficientes. Respecto de estos sujetos, amén de una colaboración reactiva, esto es, aquella que se materializa una vez cometido el hecho delictivo, va a adquirir cada vez mayor protagonismo el establecimiento de mecanismos de colaboración de carácter preventivo, integrados a nivel nacional e internacional, sin perjuicio de que los ordenamientos jurídicos regulen también los requisitos exigibles y el modo en que esa asistencia debe materializarse.

Debe tenerse en cuenta que estos entes pueden encontrarse domiciliados fuera del territorio nacional y su colaboración solo podrá obtenerse a través de los instrumentos de cooperación internacional antes mencionados, lo que nos lleva, de nuevo, a poner de relieve la importancia de tales acuerdos.

⁴⁰ Agencia de Protección de Datos, Comisión del Mercado de las Comunicaciones, etc.; y de otro lado, los operadores y proveedores de servicios en Internet.

⁴¹ IP, datos personales de usuarios, IMSI, servidores, etc.

Ninguna de tales características puede obviarse en el tratamiento procesal de las diligencias de investigación contempladas por la Ley. En las páginas siguientes se analizará si ello es así a la luz de la nueva normativa que introduce la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. NUEVOS RECURSOS. MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA Y PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES

El proceso penal, entre otras particularidades, se estructura en el ordenamiento procesal español en dos fases: una primera de investigación del hecho delictivo, dirigida por el instructor⁴², y una segunda de enjuiciamiento, que transcurre ante el órgano sentenciador.

Los medios de investigación que se desenvuelven en las fases incipientes del proceso penal no son otra cosa sino los útiles o recursos con que cuentan las autoridades, principalmente, o los particulares, residualmente, para obtener la información necesaria que les permita comprobar la realidad de unos hechos presuntamente delictivos y, cuando proceda, determinar su autoría⁴³. Una vez verificados positivamente los anteriores extremos, los medios de investigación sirven para preparar la prueba que habrá de plasmarse en el juicio oral, pues a ellos corresponde la función el descubrimiento y aseguramiento de las fuentes probatorias.

⁴² El predominio del instructor durante la fase de investigación de los hechos se ha visto notablemente atemperado como consecuencia del reforzamiento de las facultades de la Policía Judicial a raíz de la reforma procesal penal de 2002, producto de sendas Leyes, la Ordinaria 38/2002 y la Orgánica 8/2002, ambas de 24 de octubre, particularmente, en el denominado «procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos» (arts. 770 a 772 y 796 LECrim), cuya virtualidad exige, sin excusa, un comportamiento especialmente activo por parte de la Policía. La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, atribuye también un papel más activo del Ministerio Fiscal en la tramitación de las causas, tanto en el desarrollo de la instrucción judicial -como proyección de las competencias que ya tenía reconocidas en los arts. 306, 309 bis y 319 LECrim-, al reconocerle en exclusiva o de modo compartido con el resto de las partes personadas la facultad de interesar la conversión del procedimiento de «simple» a «complejo» o las prórrogas ordinaria y excepcional de los plazos (art. 324); como en orden a la terminación anticipada el procedimiento a través del nuevo incidente por aceptación de decreto (nuevo Título III bis LECrim).

⁴³ Fines específicamente concretados en la Ley, en el art. 299, para el procedimiento ordinario, y el art. 777.1, respecto del abreviado.

Esa actividad indagatoria se encuentra acotada legalmente, como también lo está la actividad probatoria a desarrollar en la fase plenaria. En otras palabras: el descubrimiento de la verdad a que debe encaminarse el proceso no puede alcanzarse a cualquier precio. Estas reglas del juego toman como principal referencia los derechos fundamentales. Algunos de estos derechos, los de contenido procesal, integran propiamente el derecho al debido proceso (juez ordinario predeterminado por la ley, defensa, asistencia letrada, presunción de inocencia, etc.); mientras otros, si bien no operan directamente en el proceso, condicionarán su resultado (libertad ambulatoria, intimidad, inviolabilidad domiciliaria, secreto de las comunicaciones personales). Obviamente, sobre la investigación de los delitos incidirán tanto los primeros como los segundos y la sanción por la vulneración de alguno de ellos es de extrema gravedad a los fines del proceso: la nulidad de todas las informaciones obtenidas directa o indirectamente a raíz de la actuación prohibida (art. 11.1 LOPJ).

Hasta la última reforma, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española regulaba con una precisión dispar aquellos medios de investigación que podemos considerar tradicionales, tales como el examen del imputado (arts. 385 a 409), el interrogatorio de los testigos (arts. 410 a 455), los informes periciales (arts. 456 a 484), la entrada y registro de lugar cerrado (arts. 545 a 572), el secuestro de libros y papeles (arts. 573 a 578), la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (arts. 579 a 588) o la toma de muestras biológicas del sospechoso (art. 326.II).

Esos medios de investigación pueden resultar útiles en la persecución del cibercrimen, pero no son suficientes. En este contexto delictivo el punto de atención se centra en dos fuentes de prueba: los procesos comunicativos, por un lado, y los dispositivos y sistemas informáticos de almacenamiento de datos, por otro; sin perjuicio de que los últimos puedan servir como instrumento de comunicación⁴⁴. Existen dos técnicas de investigación que recaerán sobre los primeros: la intervención de las comunicaciones sostenidas a través de las tecnologías de la información y la comunicación (*ciberintervención*), una modalidad de interceptación de comunicaciones personales efectuadas a través de servicios hasta hace poco no convencionales (correo electrónico, WhatsApp y similares o redes sociales en general); sin olvidar la vigilancia policial del semillero de información que es la propia red pública que sustenta esas comunicaciones

⁴⁴ Sin perjuicio de que esos mismos dispositivos sirvan también para la llevar a cabo las referidas comunicaciones.

(*ciberpatrullaje*). Mientras que en lo que refiere a dispositivos y sistemas informáticos y en orden a la obtención de los datos que puedan alojar, encontramos el acceso y registro de los mismos para la aprehensión de datos e informaciones relevantes en ellos contenidos (*ciberregistro*), y la orden de entrega a los depositarios de esos datos, cuando se trate de informaciones retenidas en poder de terceros. Precisamente, las medidas de investigación tecnológica previstas en el Convenio sobre el Cibercrimen, que España se comprometió a implementar al ratificarlo el 20 de mayo de 2010⁴⁵.

La adecuación de esas diligencias de investigación de base tecnológica para la investigación del cibercrimen no significa que no resulten también valiosas en la prevención y persecución de las infracciones tradicionales, la particularidad reside en que son absolutamente imprescindibles para la represión de la ciberdelincuencia.

Todas las diligencias de investigación mencionadas, las tradicionales y las de base tecnológica, inciden en el libre ejercicio de los derechos fundamentales a que hemos aludido más arriba, aunque las últimas comportarán una más grave intromisión por el carácter pluriofensivo de alguna de ellas. Partiendo de este dato y como regla general, la utilización de cualquiera de los recursos mencionados pasará por su previa habilitación legal:

*«la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad»*⁴⁶.

Pero en lo que se refiere a las medidas de investigación tecnológica esa habilitación legal o bien era incompleta o simplemente no existía. Ese déficit de nuestro ordenamiento jurídico se ha venido supliendo a través de una laboriosa acción integradora protagonizada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, que ha tenido como resultado la consolidación de un cuerpo doctrinal donde se fijan los requisitos que legitiman la injerencia del Estado en los derechos fundamentales de los ciudadanos, con la que durante años se ha salvado esa injustificable laguna legal, sin perjuicio de las reseñables llamadas de atención sobre tal problema por parte de esos Altos Tribunales y otros⁴⁷.

⁴⁵ Arts. 16-21 y 29.

⁴⁶ STC 169/2001, de 16 de julio, FJ. 6.

⁴⁷ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en interpretación del art. 8 CEDH, ha

Es más, con ese endeble andamiaje España ha venido haciendo frente no sólo a las necesidades domésticas sino también a los compromisos internacionales asumidos con otros países, prestando su colaboración en la investigación de crímenes cometidos fuera de nuestras fronteras, entre otros, en virtud del Convenio de Budapest, cuyo cumplimiento se veía dificultado por la carencia de un adecuado soporte normativo. La situación distaba de ser la ideal.

condenado a España en dos ocasiones, previa [SSTEDH de 30 de julio de 1988 (Caso Valenzuela-Contreras c. España)] y posteriormente a la reforma operada sobre el art. 579 LECrim en virtud de la LO 4/1988, de 25 de mayo [SSTEDH de 18 de febrero de 2003 (Caso Prado Bugallo c. España)], considerando en ambos casos que la reglamentación española de la intervención de las comunicaciones no satisface los requisitos que se desprenden de la jurisprudencia de este Tribunal (ya establecidos en las sentencias Krustin c. Francia y Huvig c. Francia), en particular, porque ese precepto no regula aspectos tan relevantes de esta clase de actuaciones como la determinación de las infracciones penales susceptibles de dar lugar a las escuchas, el límite máximo de ejecución de la medida, el procedimiento de transcripción de las conversaciones intervenidas o el control sobre la integridad de las grabaciones por parte del juez y la defensa.

Esa insuficiencia legal también ha sido ponderada por el Tribunal Constitucional, que como sabemos ha desarrollado junto al Tribunal Supremo una labor de exégesis del precepto comentado a fin de corregir tales deficiencias y acomodar la norma a las exigencias constitucionales (respectivamente, véase las SSTC 96/1996, de 30 de mayo o la 49/1999; así como, el Auto del TS de 18 de junio de 1992 y las SSTS de 22 de enero de 1998, 14 de junio de 1993, 2 de febrero de 1988), sin perjuicio de instar al Poder Legislativo a *poner término* (a esa situación) *en el plazo más breve posible* (por todas la STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ. 5).

Esta supuesta unanimidad es rota por el TEDH quien parece haber cambiado de criterio, asumiendo las tesis españolas, al entender que tras la reforma de 1988 *«completada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, (se) establecen reglas claras y detalladas... (que) precisan a priori con suficiente claridad la extensión y modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en la materia considerada»* [Auto de inadmisión de 25 de septiembre de 2006 (Caso Abdulkadir Cobán c. España)]. En el mismo sentido, Decisión del TEDH de 7 de septiembre de 2010, Caso Fernández Saavedra c. España.

De cualquier modo, la doctrina jurisprudencial referida ha servido hasta el presente para sustentar la constitucionalidad de las intervenciones telefónicas a pesar del papel meramente *complementario* del ordenamiento jurídico que se reconoce a la jurisprudencia, de acuerdo con sistema de fuentes vigente en España (art. 1.6 CC). Una anomalía que se nos presenta como solución provisional, que, no obstante, subsiste en el tiempo, pues, como sostiene el Tribunal Constitucional en la oscura y paradójica STC 219/2006, de 3 de julio, FJ. 2:

«la carencia de cobertura legal suficiente constituye una vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE autónoma e independiente de cualquier otra, si bien hemos puesto de relieve que sólo el legislador puede remediar tal situación, que no se resolvería adecuadamente con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7), y que sólo puede tener efectos sobre las resoluciones impugnadas si la actuación de los órganos judiciales que autorizaron las intervenciones es constitucionalmente ilegítima, a la luz de los parámetros fijados por la doctrina de este Tribunal (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6)»....

Como quiera, y es bien conocido, aquella encomiable tarea exegética llevada a cabo por los tribunales de justicia permitió identificar los dos requisitos constitucionales que deberían satisfacer tales medidas de investigación cuando incidieran en el libre ejercicio de los derechos fundamentales: la reserva jurisdiccional en su adopción y la motivación de las resoluciones por las que se acuerden con sujeción a los principios de especialidad y proporcionalidad⁴⁸.

La nueva (o, más bien, primera) regulación de esas técnicas de investigación⁴⁹ que se lleva a cabo en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre (que afecta a los art. 282 bis 6 y 7 y nuevos Capítulos III a X del Título VIII del Libro II de la LECrim), reproduce fielmente el núcleo de la doctrina jurisprudencial al respecto dentro del Capítulo IV donde se concretan las disposiciones comunes aplicables a todas esas medidas⁵⁰, completándose su régimen legal en las reglas específicas enunciadas en los sucesivos capítulos.

De este modo, la reserva jurisdiccional que establece la propia Constitución (art. 18.3) y la jurisprudencia⁵¹ se enuncia entre los denominados

⁴⁸ SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ. 4; 25/2005, de 14 de febrero, FJ. 6; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ. 4; entre otras muchas.

⁴⁹ Además de la captación y grabación de las comunicaciones orales (arts. 588 quater a a 588 quater e), la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y localización (arts. 588 quinquies a a 588 quinquies c) y la orden de conservación de datos (art. 588 octies).

⁵⁰ La previsión de un capítulo que regulara estas Disposiciones comunes fue sugerido por el Consejo de Estado en su dictamen de 5 de marzo de 2015 al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que después, y también a propuesta de este órgano consultivo, se desgajó en dos dando lugar a esta Ley Orgánica 13/2015 y a la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Las Disposiciones comunes este nuevo Capítulo IV comprende los principios rectores (art. 588 bis a), los requisitos de la solicitud (art. 588 bis b) y resolución judicial (art. 588 bis c), el secreto automático de estas actuaciones (art. 588 bis d), la duración de las medidas (art. 588 bis e), prorroga (art. 588 bis f), su control (art. 588 bis g), la afectación de derechos de terceras personas (art. 588 bis h), la utilización de la información obtenida otros procedimientos y los descubrimientos casuales (art. 588 bis i), el cese de la medida (art. 588 bis j) y la destrucción de los registros (art. 588 bis k), regulando las particularidades de cada una de las diligencias de investigación en los capítulos subsiguientes.

⁵¹ SSTC 37/1999, de 15 de febrero, FJ. 7; y 32/1994, de 31 de enero, FJ. 3. Básicamente porque la intervención del juez y su posición en el sistema como garante de esos derechos (arts. 17.4 CE) asegura el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos sin desbordar los límites a esa injerencia. Aunque descubriremos alguna excepción a esta regla, ni el Ministerio Fiscal ni la Policía podrán acordar este tipo de actuaciones cuando comprometan

«Principios rectores», junto a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, *stricto sensu* (art. 588 bis a), componentes del principio de proporcionalidad, en su lectura más amplia. Al igual que el deber de motivación se regula también con una precisión meridiana (art. 588 bis c).

La continuidad de la Ley de reforma respecto de la construcción jurisprudencial se evidencia al desgranar cada uno de los elementos mencionados en el párrafo precedente. Así, mientras los tribunales exigían la identificación precisa del hecho delictivo que se está investigando como manifestación del principio de especialidad, de manera que no era posible acordar una medida de esta naturaleza con carácter predelictual o de prospección, ni en el marco de las denominadas «diligencias indeterminadas»⁵²; la Ley exige literalmente «*que la medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto*», quedando proscritas las «*que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva*» [art. 588 bis a.2)]. El principio de proporcionalidad, *lato sensu*, que según la doctrina constitucional comportaba un triple examen: si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, era necesaria, en el sentido de que no existiera otra medida menos gravosa para la consecución de tal propósito y con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma era 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), se plasma en la Ley a través de esos mismos componentes con ligerísimos matices. A saber: el principio de idoneidad, que «*servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad*» (art. 588 bis a.3); los principios de excepcionalidad y necesidad, que determinan que la medida adoptada deberá ser la «*menos*

el libre ejercicio de derechos fundamentales. Régimen legal bastante similar al vigente en Alemania (§§ 100a y 100b de la StPO, para la intervención de las comunicaciones), con ligeros matices en los EE.UU. de Norteamérica [Electronic Communication Privacy Act (1986) y Communications Assistance Law Enforcement (1994), 18 U.S. Code Chapters 119 y 121], Canadá [Criminal Code (1985), § 184] o Portugal (arts. 187 y ss. del Código de Proceso Penal), exigiéndose autorización judicial; no así en el modelo británico por las amplias facultades que se reconocen a las altas autoridades administrativas –Secretary of State– o determinados órganos policiales –Senior Officer– [Interception of Communications Act (1985), reformada por la Regulation of Investigación Powers Act (2000), §§ 5, 6 y 65].

⁵² Se exige pues la existencia de un proceso ya abierto, aunque cabe que la incoación del referido proceso se incorpore en la misma resolución por la que se acuerde la intervención de que se trate. Por todas véase la STS 301/2013, de 18 de abril, FFJJ. 8-10, y la jurisprudencia citada en ella.

gravosa» de las posibles, debiéndose valorar si la investigación podría verse «*gravemente dificultada sin el recurso a esta medida*» (art. 588 bis a.4); y, proporcionalidad, «*cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros*» (art. 588 bis a.5).

Esos principios, en particular los de excepcionalidad y necesidad en su significado como mínima lesividad, se proyectan sobre otros aspectos de la nueva reglamentación como son el plazo de duración de la medida de investigación o en la preceptiva modulación del alcance de la misma. Respecto de lo primero, y como regla general, las medidas de investigación duraran «*el tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos*» (art. 588 bis e) y se ordenará su cese inmediato en cuanto «*desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que...no se están obteniendo los resultados pretendidos*» (art. 588 bis j). Ambas condiciones resolutorias operarán con preferencia sobre los plazos máximos específicos contemplados al desarrollar cada una de las medidas⁵³. En relación con lo segundo, «*la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance*» se recoge como contenido preceptivo de la resolución judicial habilitadora [art. 588 bis c.3.c)], y, previamente, del escrito de solicitud (art. 588 bis b.2.4º), gravitando también sobre la regulación concreta de cada medida⁵⁴.

El instructor deberá ponderar en su decisión la concurrencia de cada uno de tales extremos, amén del modo en que debe ser ejecutada, comprendidos su duración, la rendición de cuentas ante él, la unidad investigadora encargada y el sujeto obligado (art. 588 bis c).

⁵³ Los plazos máximos serán de duración se acomodarán a cada medida. Y así serán de 3 meses, prorrogables por iguales períodos hasta los 18 meses, en la interceptación telefónica y telemática (art. 588 ter g) y el uso de dispositivos técnicos de seguimiento y localización (art. 588 quinquies c.1); mientras que tratándose de registros remotos se limita a 1 mes, prorrogable a 3. El resto de las medidas no tienen previsto un plazo máximo, bien porque se agotan en sí mismas, como es el caso del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, bien porque su uso viene acotado por la previsibilidad de encuentros concretos del investigado, en la captación y grabación de comunicaciones orales (art. 588 quater b). El Consejo de Estado avaló en su Dictamen esta delimitación de los plazos de duración (pp. 88 y 89). No puede sino valorarse muy positivamente este tratamiento diferenciador habida cuenta la gravedad de la injerencia y la diversidad de los derechos que pueden verse afectados en cada medida.

⁵⁴ Véase infra al analizar cada una de ellas.

En los apartados subsiguientes analizaremos cada una de esas medidas de investigación tecnológica y las consecuencias que se desprenden de su nueva reglamentación.

IV. A INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (CIBERINTERVENCIÓN).

Consiste en la captación en tiempo real del contenido de dichas comunicaciones sin interrupción de las mismas, así como de los datos de tráfico anejos, comprendiendo pues tanto las comunicaciones telefónicas (fijas y móviles), el correo electrónico o cualquier otro tipo de comunicaciones a través de Internet, como foros o chats cerrados.

Esta clase de intervención constituye un caso excepcional, por cuanto en el propio acto es posible reconocer diversos componentes, perfectamente diferenciables, sobre los que podrá recaer la medida de intervención. Estos elementos son: el contenido del acto de comunicación, los denominados datos de tráfico⁵⁵, individualmente considerados o en su conjunto, o la información personal del usuario/abonado que, supuestamente, efectúa la transmisión. Ello permite que a efectos analíticos distingamos entre «interceptación», dirigida a captar el contenido de la comunicación intervenida junto con los datos de tráfico, y «observación», ordenada exclusivamente a determinar la procedencia e identidad de los interlocutores o, en su caso, alguno de esos datos de tráfico anexos al proceso comunicativo.

La utilidad de cualquiera de esas fuentes de información en orden a la persecución de conductas delictivas que lleven aparejado el uso de dispositivos informáticos resulta evidente y no merece mayores comentarios. Por otra parte, hemos de tener presente el que cada uno de los elementos del proceso comunicativo pueden tener un carácter dinámico, cuando se captan en el mismo proceso de transmisión, o estático, al poder tratarse de información almacenada por el prestador del

⁵⁵ Según el art. 1 del Convenio sobre Ciberdelincuencia serán los relativos al «origen de la comunicación, el destino, la ruta, el tiempo, la fecha, el tamaño, la duración el tipo de servicio de que se trate». La Ley Orgánica 13/2015, acertadamente, contempla un concepto más amplio y orientado hacia el futuro de lo que ha de entenderse por datos electrónicos de tráfico o asociados: «todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga» (art. 588 ter 1.III).

servicio telemático o en el propio dispositivo utilizado. Cuando hablamos de ciberintervención nos referiremos exclusivamente a la interceptación de comunicaciones activas, esto es, en tránsito. En tales circunstancias, todos los elementos del proceso comunicativo gozan de la protección que les depara el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3). La otra hipótesis será analizada al tratar el ciberregistro y la cesión de datos y archivos informáticos.

Hasta la presente reforma y por expresa remisión legal (art. 39 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones⁵⁶), la observación o intervención en tiempo real de las comunicaciones en tránsito efectuadas a través de redes telemáticas seguía el régimen de las intervenciones telefónicas previsto en el art. 579 de la LECrim⁵⁷. La Ley Orgánica 13/2015 mantiene el mismo tratamiento unificado y, de este modo, se habla de «interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas» (Capítulo V, Título VIII del Libro II de la LECrim)⁵⁸.

Uno de los aspectos más destacables de la nueva reglamentación es el haber concretado el ámbito material de aplicación de esta medida acudiendo para ello a dos criterios que operan independientemente: uno cuantitativo, en atención a la gravedad de la pena prevista para el delito investigado, y otro cualitativo o nominativo, en atención al tipo de delito. La ausencia de una acotación similar en la reglamentación anterior dejaba también este aspecto abierto a la interpretación jurisprudencial poco proclive a ir más allá de confirmar que la intervención de las comunicaciones sólo sería posible cuando se tratara de la persecución de un delito grave, aunque esa gravedad no vendría exclusivamente determinada por la pena que llevara aparejada la infracción, sino también en atención al bien jurídico protegido y a su relevancia social⁵⁹. El Legislador ha puesto fin a esta indeterminación; y, así, en virtud del primero de los criterios

⁵⁶ Transcribe lo ya dispuesto en el art. 33 de la derogada Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

⁵⁷ Sin perjuicio de que las actuaciones promovidas por el Centro Nacional de Inteligencia en el ejercicio de las funciones que le son propias, se regulen de acuerdo con lo dispuesto en el artículo único de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia. Por lo que no parece que al Legislador le incomodara la explícita descalificación de este precepto.

⁵⁸ Aunque se reconozca sustantividad propia a ambas formas de intercomunicación, como celebra MARCHENA GÓMEZ, M., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015» (con GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.), Madrid, 2015, p. 201

⁵⁹ Véase las SSTC 104/2006, de 3 de abril, FJ. 3; 82/2002, de 22 de abril, FJ. 4; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ. 2; o 166/1999, de 27 de septiembre, FJ. 3.a), entre otras muchas.

mencionados, podrá acordarse la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas cuando la investigación tenga por objeto delitos dolosos castigados con una pena cuyo límite máximo sea de, al menos, tres años de prisión (art. 588 ter a)⁶⁰. Ello permite la cobertura de todos los delitos graves y buena parte de los menos graves con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal. Mientras, en atención al segundo criterio, tales intervenciones también podrán acordarse cuando se trate de «*delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, delitos de terrorismo*» o «*delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación*»⁶¹ (art. 588 ter a). La inclusión precisamente de esas infracciones comporta el reconocimiento de la utilidad de semejante medida de investigación en la represión de las mismas, aunque en el último supuesto indicado más que útil resulte imprescindible, como venimos sosteniendo. Por otro lado, la opción de política criminal que evidencia esta delimitación del ámbito material de aplicación es plenamente respetuosa con los principios jurisprudenciales preestablecidos al ser esta una función que compete al Legislador⁶², aunque fuera largamente olvidada, consolidando el principio de seguridad jurídica al hacer previsible para el justiciable las situaciones en que el Estado puede limitar su derecho al secreto de las comunicaciones⁶³, que podría verse en riesgo de incorporar otras cláusulas más genéricas⁶⁴.

Si en el anterior apartado se ponía de relieve la regla general que obliga a que tanto en el escrito de solicitud del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial como en la resolución judicial habilitante se especifique la extensión de la

⁶⁰ El Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de 5 de marzo de 2015 reconoció la adecuación de esta delimitación al principio de proporcionalidad (p. 83). Conviene, asimismo, señalar que todo parece indicar que en virtud de las recomendaciones formuladas en este Dictamen (p. 82) se unificó el tratamiento de estas intervenciones y la detención y apertura de las comunicaciones escritas, postales o telegráficas (art. 579.1) al incidir ambas en el secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18.3 CE.

⁶¹ Véase la conceptualización de estas tres categorías que lleva a cabo MARCHENA GÓMEZ, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015», pp. 218-224.

⁶² Como sostiene el Tribunal Constitucional: «Es igualmente indudable que es al legislador al que compete en primer término realizar el juicio de proporcionalidad efectuando «la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación puede acordarse» (STC 104/2006, de 3 de abril, FJ. 3)

⁶³ Véase supra nota 47 sobre la posición jurisprudencial al respecto.

⁶⁴ Como se promovió durante la tramitación legislativa entre otros por el Consejo Fiscal en su Informe (pp. 59 y ss.) y el Propio Consejo de Estado (pp. 83 y 84).

injerencia interesada y acordada⁶⁵, respectivamente, como manifestación de los principios de excepcionalidad y necesidad, en la nueva regulación de las interceptaciones telefónicas y telemáticas este requerimiento se precisa en lo relativo a la primera al establecer que la solicitud podrá tener por objeto distintos tipos de datos: el contenido de la comunicación con indicación «*de la forma o tipos de comunicaciones a que afecta*», su origen o destino, la localización geográfica del origen o destino u otros datos de tráfico «*asociados o no asociados*» (art. 588 ter d.2). Con ello se pone término a la práctica forense de proceder a la intervención indiferenciada de todas las comunicaciones, sin parar en el medio utilizado, y de los datos adjuntos o asociados con ocasión de cualquier interceptación⁶⁶, debiendo optarse por aquellos que supongan un sacrificio menor de los derechos del afectado siempre que resulte idónea para la consecución del fin pretendido. Los solicitantes habrán de justificar tales extremos y el instructor ponderar esas razones antes de acordar la intervención.

El que, como regla general, se siga el principio de reserva jurisdiccional en estas medidas de investigación no es óbice para que los Códigos Procesales autoricen al Ministerio Público, o incluso a la Policía, a restringir los derechos fundamentales del interesado en determinadas circunstancias de carácter excepcional⁶⁷. Así se contemplaba en la anterior redacción del art. 579 (apartado cuarto) y se conserva con ligeros retoques en el vigente para la correspondencia escrita o telegráfica (apartado tercero) y en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 ter d.3), en ambos caso caracterizadas porque deben tratarse de actuaciones «*urgentes*» en el marco de la investigación de «*delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas*»⁶⁸ y porque además «*existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida*». Si bien postramente, esa reserva jurisdiccional se mantiene en la misma medida de que de la ulterior convalidación por el instructor dependerá la validez de los resultados obtenidos. A tal fin, la intervención deberá ser comunicada «*inmediatamente*

⁶⁵ Evidentemente, la intervención también podrá ser acordada de oficio por el juez, como se desprende de lo previsto en el art. 588 bis b.1.

⁶⁶ Situación criticada también por MARCHENA GÓMEZ, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015», pp. 202 y ss.

⁶⁷ Así sucede en Alemania, en que el Ministerio Público podrá acordar esta medida en circunstancias excepcionales (§ 100 b).

⁶⁸ Adviértase que desaparece la referencia a elementos «rebeldes», incluida en el apartado 4 del art. 579.

al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas», un importante matiz respecto a la anterior redacción al fijar un límite temporal cierto; con expresión *«de las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado»*, otro más, pues al acotar el contenido del *«escrito motivado»* que ya se contemplaba en el precepto reformado se da sentido al control jurisdiccional, en que el juez habrá de verificar tanto la concurrencia de los presupuestos de esta actuación como el modo en que se desarrolló de acuerdo con los principios que informan esta clase de intervenciones. El juez revocará o confirmará esta actuación en el plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada.

Al margen de esas situaciones excepcionales, existen otros motivos que dispensarán a la Policía de la necesidad de obtener la correspondiente autorización aunque se trate de datos adjuntos a eventuales procesos comunicativos: ya sea porque no se ven comprometidos los derechos del interesado al no aportar información alguna que lleve a su identificación, como en el caso de la captación mediante escaneados o barridos de los códigos IMSI o IMEI de un dispositivo⁶⁹; ya por encontrarse vinculados a acciones que no generan expectativa de privacidad alguna, como en el supuesto de direcciones IP conseguidas en un medio público o proporcionadas por el perjudicado por el delito. Obtenidos tales datos, la posterior intervención del dispositivo o servicio pasará por la autorización judicial. Así se contemplaba jurisprudencialmente⁷⁰ y se ha plasmado en la reforma (arts. 588 ter k, 588 ter l LECrim, respectivamente).

⁶⁹ Se trata de códigos identificativos del dispositivo de telefonía móvil. Véase las STS 676/2012, de 26 de julio, FJ. 8, donde se vinculan estas facultades policiales a la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas previstos en los arts. 22 y 23 de LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos. En el mismo sentido la 249/2008, de 20 de mayo, FJ. 4, entre otras muchas. Si bien hemos de advertir que la herramienta tecnológica utilizada para interceptar el IMSI o el IMEI de un dispositivo de comunicación móvil, los simuladores de estación base BTS (Cell Site Simulators), tiene en realidad una potencialidad intromisiva muy superior siempre que el dispositivo cuente con el «módulo BDI», pues es capaz también de capturar tanto el contenido de la comunicación como los datos adjuntos a la misma si es usada en el curso de un proceso comunicativo.

⁷⁰ Véanse las SSTS 16/2014, de 30 de enero, FJ. 2; 739/2008, de 12 de noviembre, FJ. 4; 292/2008, de 28 de mayo de 2008, FJ. 9, 236/2008, de 9 de mayo, FJ. 1. El Borrador del Código Procesal Penal español sancionaba también ese tratamiento selectivo por lo que se refiere a los escaneados o barridos en orden a la captación de «los códigos de identificación del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes» bajo el control del Ministerio Fiscal (art. 312.1), o en su caso, de las direcciones IP que fuera aprehendidas por la Policía «en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet» (art. 311.1), manteniéndose la reserva jurisdiccional en lo que

Sosteníamos en el apartado anterior que uno de los rasgos caracterizadores de la «ciberdelincuencia» es que se proyecta sobre un sector donde confluye una diversidad de entidades públicas y privadas con distinta clase de responsabilidad. Pues bien, la colaboración de alguna de estas, los operadores y prestadores de servicios de telecomunicaciones, para la represión de esta clase de ilícitos es tan esencial que ya antes de la reforma nuestro ordenamiento contemplaba ese deber de auxilio⁷¹, comprendido en el general de cooperación con la Administración de Justicia⁷². Desde luego, tal deber se regula expresamente en la Ley de reforma, junto con la obligación de guardar secreto sobre las actividades requeridas por las autoridades, bajo apercibimiento incurrir en un delito de desobediencia en caso de incumplimiento (art. 588 ter e).

La nueva reglamentación de esta materia tiene en cuenta también la diversidad de situaciones que pueden surgir en el uso de un dispositivo o servicio de comunicación sometido a intervención. Nos estamos refiriendo a circunstancias tales como los descubrimientos o hallazgos casuales o la intervención de dispositivos o medios de comunicación de terceros.

El tratamiento de los denominados descubrimientos casuales tiene mucho que ver con el principio de especialidad a que antes hemos aludido, y supone la aparición en el ejecución de una determinada intervención de indicios acerca de la comisión de otras infracciones no contempladas en

respecta a la intervención de las comunicaciones o a la orden a la operadora para «la cesión de los datos que permitan la localización del terminal y la identificación del sospechoso», respectivamente (arts. 312.2 y 3 y 311.2).

⁷¹ De este modo, ya la derogada Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, establecía la obligación de facilitar a los órganos de la Administración General del Estado o, de modo general, a cualquier organismo público, los algoritmos o cualquier procedimiento de cifrado utilizado para garantizar la seguridad de las comunicaciones (art. 36.2). La vigente Ley 9/2014, reproduce esta previsión (art. 43). También el RD 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, se especificaban esos deberes (art. 85 a 89), comprendiendo el de suministrar las informaciones previas a la interceptación necesarias para la identificación del sujeto intervenido (art. 89). En virtud del Convenio sobre Cibercrimen los Estados signatarios se comprometen a promover las iniciativas legislativas que sean necesarias en orden a facultar a las «autoridades competentes» para obtener de forma genérica su colaboración, tanto en labores de asistencia en la recogida y grabación de información (art. 21), como para requerir a los sujetos que posean esos datos informáticos su remisión o exigirles su conservación (arts. 16, 17 y 20 del Convenio).

⁷² Véase los arts. 118 CE y 17 de la LOPJ, 575 de la LECrim. y art. 4.1 de la Ley Orgánica 2/1986.

la resolución habilitadora inicial, cuya persecución deberá ser autorizada expresamente por el juez⁷³, postura jurisprudencial que se traslada a la ley sin reservas (art. 579 bis.3 por remisión del art. 588 bis i). La regulación legal añade un plus al control judicial de estas hipótesis cuyo objetivo no es otro sino evitar investigaciones prospectivas, para lo cual se exige que el juez verifique *«la diligencia de la actuación, evaluando el marco en que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento»*⁷⁴. Ello no significa que deba exigirse a los agentes actuantes una diligencia especial, pero sí la ordinaria en el desempeño de sus tareas investigadoras como garantía frente a una utilización fraudulenta de los recursos que les proporciona la ley.

En cuanto a la eventual afectación de derechos de otras personas, prevista con carácter general en las disposiciones comunes (art. 588 bis h), se traduce en este contexto en la intervención de terminales o medios de comunicación telemática de sujetos distintos del investigado, cuya legalidad viene condicionada a que se dé alguna de las tres siguientes circunstancias: que *«el sujeto investigado se sirva de aquellos para transmitir o recibir información»*; que el titular de la terminal o el medio de comunicación colabore con el investigado *«en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad»*; o que el dispositivo o servicio esté siendo *«utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular»* (art. 588 ter c). La intervención de teléfonos sustraídos debe considerarse comprendida en esta misma previsión⁷⁵.

Una modalidad especial de intervención de terminales o medios de comunicación de terceros es aquella que tiene por objeto los de la víctima

⁷³ Véase el ATC 400/2004, de 27 de octubre, FJ. 2. También las SSTS 740/2012, de 10 de octubre, FJ. 2 818/2011, de 21 de julio, FJ. 2, y 372/2010, de 29 de abril, FJ. 7.

⁷⁴ El Borrador de Código Procesal Penal sólo contemplaba los denominados hallazgos casuales en relación con los registros domiciliarios (art. 344), obviando esta posibilidad en el resto de diligencias de investigación.

⁷⁵ El Borrador del Código Procesal Penal contemplaba también la posibilidad de intervenir *«las comunicaciones emitidas desde terminales pertenecientes a una tercera persona»* (art. 296.2), aunque no se parara en el hecho de que lo verdaderamente relevante es la comunicación en sí misma no el dispositivo físico que se utiliza para ello (ej. utilización de la cuenta de correo electrónico de un tercero no investigado desde un dispositivo titularidad de este último). Al regular tanto la intervención de terminales como medios de comunicación la reforma salva este escollo. MARCHENA GÓMEZ, *«La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015»*, p. 228, considera que la extensión a terceros no investigados de la interceptación exigirá un reforzamiento del deber de motivación, opinión que suscribo totalmente.

(art. 588 ter b.2.II), una absoluta innovación en nuestro sistema, cuya utilidad en situaciones de grave riesgo para la vida o la integridad personal resulta innegable⁷⁶.

El resto de incidencias ordinarias en la ejecución de la medida de intervención, tales como el control de la medida, su duración y eventual prórroga y acceso de las partes a las grabaciones aparecen también incorporadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma (arts. 588 ter f – 588 ter i).

Desde hace unos años, la intervención de las comunicaciones telefónicas en España se lleva a cabo por medio de SITEL (Sistema de Interceptación de Telecomunicaciones), configurado con un sistema de enlaces punto a punto con las operadoras de telefonía, que transmiten directamente las intervenciones autorizadas, las cuales son almacenadas de manera automática, íntegramente y bajo firma digital, en el mismo formato remitido, esto es, sin intervención alguna de los agentes facultados. El proceso culmina con el volcado de estos archivos en un soporte físico (DVD o CD), para su entrega al órgano jurisdiccional.

Sin embargo, determinados servicios de comunicación (WhatsApp, Gmail, etc.) gestionados por entidades domiciliadas fuera de España no podrán ser intervenidos por esta vía, debiendo acudir a los mecanismos de cooperación internacional cuya lentitud restará eficacia a la diligencia. Ello abre camino a otros recursos más ágiles y provechosos como el acceso remoto a dispositivos, que será analizado más adelante.

V. EL RASTREO DE LAS REDES PÚBLICAS POR LOS CUERPOS POLICIALES (CIBERPATRULLAJE) Y EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado desarrollan habitualmente rastreos o sondeos de contenidos en la Red con fines preventivos o investigativos. Siempre que estos rastreos se lleven a cabo dentro en la Red pública no requiere ninguna garantía adicional más que su previsión legal, que se viene a considerar comprendida dentro de las facultades propias de estos Cuerpos Policiales (art. 282 LECrim y 11.1 LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁷⁷), con el sustento que

⁷⁶ Y no sólo por medio de la intervención de sus comunicaciones en sentido estricto, sino por el aprovechamiento de otras operatividades técnicas como la localización de la terminal.

⁷⁷ Acerca de la conveniencia de este tipo de cláusulas generales véase en texto y nota 46.

proporciona el Convenio sobre Cibercrimen de 2001 (art. 32). Esta actuación se ve auxiliada por un software específico, cuyo uso ha despertado algunas críticas en el universo internauta⁷⁸, como por ejemplo Hispalis o Nautilus de la Guardia Civil para el rastreo de direcciones IP en las comunicaciones P2P.

Como ya hemos adelantado, la legalidad de la captación policial de direcciones IP por la policía con ocasión de un intercambio de archivos en redes P2P ha suscitado cierta polémica. Evidentemente, la respuesta habría de ser negativa de considerar esa operación también procesos comunicativos y, por consiguiente, sometidos al régimen legal de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha rechazado esa lectura con base en un único argumento: que el ámbito constitucionalmente protegido por el art. 18.3 CE exige que las comunicaciones se realicen «*con voluntad de excluir toda injerencia de terceros en esa relación comunicativa*»; nota de privacidad que no resultaría aplicable al intercambio de archivos P2P donde «*el operador asume que muchos de los datos que incorpora a la red pasen a ser de público conocimiento para cualquier usuario de Internet*», de donde, y concluyentemente, desprende que «*no (sería) precisa autorización judicial para conocer lo que es público*»⁷⁹.

A efectos dialécticos es factible otra línea interpretativa poniendo en conexión la caracterización como dato de tráfico de la dirección IP de un dispositivo cuando está asociada a un proceso comunicativo ordinario (ej. correo electrónico) y la naturaleza formal de la tutela constitucional que se depara al derecho al secreto de las comunicaciones, con independencia de «*cual sea el contenido de lo comunicado y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado*»⁸⁰. Desde esta perspectiva resulta paradójico un tratamiento tan desigual como el que propugna el Tribunal Supremo, sobre la única base de que en el caso del intercambio de archivos a través de programas como EMULE o EDONKEY los sujetos que intervienen en la comunicación son anónimos, en el sentido de personas no identificadas entre sí a priori, aunque puedan serlo después⁸¹.

⁷⁸ Véase <http://www.teknoplof.com/2010/08/23/el-software-hispalis-de-la-guardia-civil-cada-vez-genera-mas-controversia/>.

⁷⁹ STS 292/2008, cit., FJ. 9.

⁸⁰ Por todas la conocida STC 114/1984, de 29 de noviembre. También la STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ. 3.

⁸¹ LLORIA GARCÍA, P., «El secreto de las comunicaciones: su interpretación en el ámbito de

Un avance reseñable de la ley de reforma es la regulación del agente encubierto informático, ampliando el ámbito de actividad de esta figura al mundo digital, cuya eficacia en la persecución de actividades propias de la delincuencia organizada es justo destacar. De acuerdo con las nuevas previsiones el juez podrá autorizar a funcionarios de la Policía para intervenir bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación, si bien determinadas actuaciones como el intercambio o envío de archivos ilícitos por razón de su contenido requerirá de una nueva autorización expresa (art. 282 bis 6).

Por la propia naturaleza de esa actuación, el intercambio o envío de archivos ilícitos se sitúa en un punto intermedio entre las facultades del agente encubierto, por así distinguirlo, ordinario para «*adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos*» y las entregas vigiladas reguladas en el art. 236 bis de la LECrim como técnica de investigación policial; sin embargo en el caso de la actuación del agente encubierto informático se ha optado por reforzar las garantías al someter esta actuación a la previa y expresa autorización judicial.

Aunque no exista remisión expresa en la ley, al agente encubierto digital le será aplicable la previsión relativa a la exclusión de conductas que «*constituyan provocación del delito*», que se predica del infiltrado ordinario (art. 282 bis.5), con las consecuencias contempladas jurisprudencialmente determinantes de la impunidad del comportamiento seguido por el sujeto provocado en caso de incumplimiento⁸².

Habida cuenta las ramificaciones internacionales de la delincuencia organizada y la ausencia de fronteras para las comunicaciones digitales es preciso que la adopción de esta clase de medidas de investigación en que puede comprometerse el agente encubierto informático, especialmente

los delitos cometidos a través de Internet. Algunas consideraciones», Protección jurídica de la intimidad (Director. J. Boix Reig), Madrid, 2010, pp. 271-198, para quien la captación del número IP en el marco de un intercambio de archivos P2P debería tener la misma protección que se depara a los datos adjuntos de cualquier otro proceso comunicativo.

⁸² El delito provocado requiere la instigación del agente provocador a efectos de crear en el sujeto provocado una voluntad delictiva que no albergaba con anterioridad. Sin perjuicio de lo cual debe distinguirse entre «delito provocado», propiamente dicho, con las consecuencias relatadas, y «comprobado», habitual en delitos de tracto sucesivo, como puede ser el tráfico de drogas o, en el ámbito que los ocupa, el «child grooming», en que ya existe en el sujeto provocado una «previa ideación criminal» o «bien se dedica a una permanente actividad criminal». Por todas, véase la STS 1114/2002, de 12 de julio.

en cuanto al intercambio de archivos ilícitos, vaya acompañada de la activación de los instrumentos de cooperación policial a nivel internacional.

VI. EL REGISTRO DE SISTEMAS Y DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS (CIBERREGISTRO).

Esta diligencia de investigación consiste en la entrada en sistemas electrónicos activos o inactivos, incluyendo los accesos remotos, y la aprehensión de los datos e informaciones relevantes que se descubrieran.

Hasta ahora, en el marco de la legislación española, la carencia de normas específicas al respecto se venía supliendo por vía analógica mediante la aplicación de las normas que rigen el registro de libros y papeles (arts. 573 a 578 LECrim). Ciertamente existe alguna correspondencia respecto del objeto sobre el que recae la diligencia, esto es, en términos generales, datos almacenados, pero hemos de tener muy claras las particularidades de este tipo de actuación, como se exponen a continuación:

1. En primer lugar, debemos considerar el elevadísimo grado de afectación de la privacidad que puede suponer esta medida, habida cuenta las diversas funcionalidades de los sistemas y dispositivos electrónicos: de un lado, por su capacidad de almacenaje, independientemente de que se dediquen a un uso estrictamente personal⁸³, profesional o empresarial⁸⁴; se trate de informaciones que el usuario introduce voluntariamente en el dispositivo o datos que el dispositivo crea automáticamente; de otro, por su operatividad, pues los equipos informáticos normalmente estarán destinados tanto al tratamiento y administración de datos como a la gestión de las comunicaciones.

Esas circunstancias singularizan el registro de sistemas o dispositivos informáticos como potencialmente pluriofensivo, por cuanto puede incidir en el libre ejercicio de diversos derechos fundamentales, a saber: el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE), a los datos personales (art. 18.4 CE)⁸⁵, al derecho al secreto de las comunicaciones (art.

⁸³ Incorporando habitualmente documentos de texto, fotos, videos, claves privadas, etc.

⁸⁴ En este caso, se sumarán documentos contables, relaciones de clientes, borradores y originales de contratos, claves bancarias, etc.

⁸⁵ Hace algunos años, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO se manifestaba favorable a «anclar» esta diligencia investigativa en el art. 18.4 CE. Vid. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N.,

18.3 CE) o al propio derecho al secreto profesional [arts. 20.1.d) y 24.2, *in fine*, CE]. A modo de aclaración de la posible afectación del derecho al secreto de las comunicaciones debe ponderarse que en determinadas modalidades de ciberregistro, como el acceso remoto al sistema, materialmente, el objeto de control pueden ser las propias comunicaciones en curso.

2. En segundo lugar, la información que pretendemos aprehender puede encontrarse tanto depositada en un soporte material con pretensión de permanencia (disco duro, diskette, pen-drive, tarjeta de memoria, etc.), como pervivir efímeramente en un estado electrónico o virtual, y ser sólo accesible cuando los sistemas informáticos estén en funcionamiento (datos acumulados en la memoria RAM, alojados en servidores externos o encriptados, etc.); pero si algo le caracteriza es su extrema fragilidad e inestabilidad, la «volatilidad» de esos datos a que aludíamos en anteriores incisos. El creciente alojamiento de materiales en sistemas virtuales como «La Nube», introduce un factor más a tener en cuenta en la elección de los métodos de investigación.
3. En tercero, y como también sosteníamos más arriba, esos sistemas suelen encontrarse conectados a redes informáticas, circunstancia que posibilita el acceso remoto a los mismos sin que se requiera la incautación material del soporte para obtener los datos pretendidos. La eficacia de este tipo de actuación clandestina puede ser muy superior a otros tipos de registro, dado que el sujeto pasivo desconoce que está siendo objeto de una modalidad de vigilancia electrónica.

Ese acceso remoto a sistemas de información se lleva a cabo mediante la implantación de «programas espía», ya fueran «registros de teclado» (*Keyloggers*), programas Troyanos o cualquier otro software o hardware que permita la apertura de una «puerta trasera» («*backdoor*») en el mismo. A través de este procedimiento se toma el control del dispositivo anfitrión, posibilitando el descubrimiento y captura de cualquier información alojada físicamente en él o, en su caso, virtualmente (en «La Nube») con ocasión de su acceso al repositorio correspondiente, o incluso la propia intervención de sus comunicaciones, obviando

«Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital», Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado (Director: J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2008, p. 154.

los problemas que podrían surgir a raíz de la utilización por el sujeto investigado de algún tipo de tecnología de seguridad o cifrado. Como es obvio, la dilación temporal de esta intervención comportará una gravísima intromisión en cualquiera de los derechos fundamentales afectados; de ahí que deban extremarse las cautelas al respecto en su reglamentación.

4. En cuarto lugar, las posibilidades de registro del dispositivo no se agotan en la incautación física del soporte o en el acceso remoto al mismo, siendo que, en ocasiones, puede resultar más conveniente una tercera vía, el volcado selectivo de informaciones en un dispositivo periférico⁸⁶. Este procedimiento se encuentra en consonancia con el hecho de que es muy posible que la información requerida a efectos de la investigación constituya una mínima parte del volumen total de datos almacenados en el equipo intervenido, máxime tratándose de un sistema informático más complejo que un simple ordenador personal cuyo funcionamiento no puede verse interrumpido sin causar graves perjuicios a terceros.
5. Y finalmente, hemos de tener presente la eventual extraterritorialidad de la medida en cuestión en un doble sentido: porque el sistema investigado se encuentre ubicado físicamente fuera del territorio del Estado investigador; o porque, meramente y tratándose de sistemas virtuales («La Nube»), no sea posible determinar la localización física de los datos e informaciones; circunstancias que pueden aparecer combinadas. En el primer supuesto y aunque técnicamente sea posible la penetración en los dispositivos cualquiera que sea su ubicación, la legalidad internacional impone que se acuda a la correspondiente comisión rogatoria o al mecanismo de cooperación que corresponda de acuerdo con los tratados. En relación con lo segundo y sin perjuicio de que el sujeto investigado utilice habitualmente el mismo equipo y éste pueda ser monitorizado mediante alguno de los programas espía en los términos que acabamos de relatar, una segunda vía de acceso puede encontrarse en la obtención de las correspondientes claves al prestador del servicio de «*cloud computing*» (*Dropbox*, *Google Drive* de Google, *iCloud* de Apple,

⁸⁶ Tanto el Convenio sobre Ciberdelincuencia de 2003 (art. 19) como el Acuerdo del COMJIB (art. 2.8 y 9 y art. 7.3 y 4) regulan las tres modalidades de registro de sistemas y dispositivos informáticos, y lo mismo ocurría con el Borrador del Código Procesal Penal de 2013 (arts. 347 y ss.).

OneDrive de Microsoft, etc.), con lo que perdería relevancia la identificación del dispositivo o sistema utilizado por el investigado.

De lo anterior se sigue que, a pesar de que las normas procesales mencionadas al comienzo de este apartado puedan constituir un sustrato legal «suficiente», era inevitable que se acomodaran a esa realidad.

Los Tribunales españoles hasta hace muy poco obviaban las particularidades del registro de sistemas informáticos, y en una línea jurisprudencial muy discutible sostenían que la ocupación y análisis de equipos informáticos hallados en el curso de una entrada y registro domiciliario no exigía que el mandamiento judicial contemplara expresamente tal eventualidad⁸⁷. Esta posición cambió recientemente, requiriéndose a partir de entonces una expresa resolución judicial habilitante⁸⁸.

Esa nueva línea jurisprudencial tiene numerosos puntos en común con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional alemán, institución que en 2008 examinó la constitucionalidad de una Ley del Estado de Renania del Norte-Westfalia que permitía el acceso remoto a equipos informáticos como diligencia de investigación policial. En su Sentencia de 27 de febrero de ese año⁸⁹, amén de declarar la inconstitucionalidad de esa reglamentación por resultar incompatible con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 en relación con el 1.1 Ley Fundamental de Bonn -LFB-), y de constatar la insuficiencia de la protección que para el sujeto se desprende de otros derechos constitucionales como el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 10.1 LFB) y la inviolabilidad del domicilio (art. 13.1 LFB), el derecho a la intimidad o a la libre determinación de la información, configuró un nuevo derecho dimanante del propio derecho general a la personalidad (como los dos últimos citados) identificado como «*el derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad e integridad de los grupos informáticos*». Según este Tribunal, esta nueva garantía, tendría por objeto «*protege(r) la vida privada y personal de los sujetos de los derechos fundamentales contra el acceso por parte del Estado en el ámbito de las tecnologías de la información, en la medida en que el Estado posea acceso al sistema de*

⁸⁷ Véase la STS 256/2008, de 14 de mayo, FJ. 2.

⁸⁸ Véase la STS 342/3013, de 17 de abril, FJ. 8.

⁸⁹ Una versión traducida de dicha sentencia puede consultarse en http://www.larioja.org/upload/documents/686369_REPD_N_05-2008.Sentencia_del_Tribunal_Constitucional_Aleman.pdf.

*tecnologías de la información en su conjunto y no sólo a los acontecimientos de comunicación individuales o a los datos almacenados»*⁹⁰. Partiendo de ese recién estrenado derecho se fijan los requisitos que habría de cumplir la Ley habilitadora de tales registros: la existencia de datos o indicios relativos a una amenaza concreta para un bien jurídico «*predominantemente importante*», la reserva jurisdiccional y la incorporación de las disposiciones que fueran precisas para proteger el núcleo esencial de la vida privada⁹¹.

Precisamente, en términos muy similares, la STS 342/2013, de 17 de abril, habla de un «*derecho al propio entorno virtual*», que vendría a salvaguardar «*toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos*». Indiscutiblemente esta sentencia ha pesado en la definitiva superación en España del desfase normativo tradicional en estas materias.

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, asume las singularidades de esta diligencia de investigación separando la reglamentación del registro genérico de dispositivos de almacenamiento masivo de información mediante la incautación física del dispositivo o la copia de la información en ellos contenida (Capítulo VIII del renovado Título VIII LECrim) del más agresivo registro remoto de equipos informáticos (Capítulo IX), respecto del cual limita el ámbito material de aplicación a determinadas categorías delictivas graves o cuya efectiva persecución exige acudir a esta clase de medidas⁹².

⁹⁰ § 135.

⁹¹ Sobre esta sentencia y sus efectos véase ORTIZ PRADILLO, J.C., «El registro on-line de equipos informáticos como medida de investigación contra el terrorismo (online durchsuchng)», Terrorismo y Estado de Derecho (Directores: J.M. Serrano-Piedecasas Fernández y E. Demetrio Crespo), Madrid, 2010, pp. 475-478; también en «Problemas procesales de la ciberdelincuencia», Madrid, 2013, pp. 182-185.

⁹² Respecto a los primeros: delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente y delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la seguridad nacional [art. 388 septies a.1, letras a) a d)]. En cuanto a los segundos, delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquiera otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación [art. 388 septies a.1, letra e)]. Véase los comentarios de MARCHENA GÓMEZ, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015», pp. 386-390, acerca de estas categorías delictivas. Este enfoque parece más adecuado al que se contemplaba en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 donde se aludía meramente a la «especial gravedad» del delito investigado (art. 350.1), lo que planteaba la duda de qué habría de entenderse por infracciones «especialmente graves», toda vez que el

Otros aspectos destacables de esta nueva regulación son los siguientes:

1. En lo que se refiere a los registros ordinarios de dispositivos de almacenamiento masivo de la información, la necesidad de una autorización explícita e individualizada con independencia de que los dispositivos sean aprehendidos en el curso de un registro o no (arts. 588 sexies a y b)⁹³; a lo que se suma en el caso del acceso remoto la particularidad de que se deberán identificar los dispositivos objeto de la medida, lo cual requerirá una actividad previa de investigación y planificación policial [art. 588 septies a.2, letras a) y e)]. La resolución judicial deberá expresar el alcance del registro y, en su caso, si se autoriza a realizar copias, fijando las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y su preservación a fin de que sea posible la práctica de un informe pericial sobre los mismos [arts. 588 sexies c y 588 septies a.2 letras b), d) y e)]⁹⁴. En los accesos remotos, además, deberán contemplarse las medidas precisas para la inaccesibilidad o supresión de los datos intervenidos en el sistema informático si fuera preciso [art. 588 septies a.2, letra e)].
2. De la expresa mención al alcance del registro entre los contenidos de la resolución habilitadora cabe deducir que la autorización habrá de acotar la clase de información a la que se puede acceder⁹⁵. Esta interpretación se acomodaría a la perfección a los principios de excepcionalidad y necesidad que han de presidir este tipo de intervenciones, en particular, en cuanto a la elección

Código Penal no contempla esta categoría.

⁹³ El texto de la Ley reproduce los arts. 347.1 y 348 del Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal. Adviértase también que es posible que la autorización se otorgue simultáneamente a un registro domiciliario o una vez consumado el registro, «sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente» (art. 588 sexies a.2 in fine)

⁹⁴ Sugiere MARCHENA GÓMEZ, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015», p. 375 que aunque no se prevea en la norma el instructor podrá ordenar que ese volcado de datos se lleve a cabo en presencia del Letrado de la Administración de Justicia.

⁹⁵ No tanto el objeto físico y/o virtual sobre el que recaerá el registro, bastando en este caso con una mención genérica dada la variabilidad de los soportes físicos o virtuales que pueden ser localizados con ocasión de un registro domiciliario o, en su caso, de forma sobrevenida. Cuando el registro se practique a instancia del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial este extremo vendrá previsto en la solicitud donde se concretará «la extensión de la medida con especificación de su contenido» (art. 588 bis b.2.4º).

de la opción menos lesiva para el interesado o para terceros afectados por la medida.

La información almacenada en un dispositivo se puede discriminar en atención a su titularidad y a la clase de dato. Como regla general, el registro afectará a datos relativos al sujeto investigado, siendo irrelevante donde se encuentren alojados, esto es, si el dispositivo le pertenece, como será lo habitual, o es de un tercero, salvo que existan razones que justifiquen que el registro recaiga sobre la totalidad de los datos almacenados con independencia de su titularidad. Por otro lado y habida cuenta de las distintas clases de datos que pueden encontrarse almacenados en un dispositivo esa especificación puede extenderse también a este aspecto, concretándose el tipo de información a que se puede acceder⁹⁶.

Ese registro selectivo no excluye la posibilidad de que se produzcan descubrimientos casuales que se reconducirán a la regla general (art. 579 bis, por remisión del art. 588 bis i)⁹⁷.

3. La accesibilidad a datos e informaciones alojados en otros dispositivos informáticos viene condicionado a que *«los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este»*, previa autorización judicial (arts. 588 sexies c.3 y 588 septies a.3). En otras palabras, la reforma

⁹⁶ Desde una perspectiva comparada, el grave riesgo que para la privacidad suponía el registro indiscriminado de dispositivos y sistemas informáticos llevó al Tribunal Federal de Apelación del Noveno Circuito a establecer en *United States v. Comprehensive Drug Testing, Inc.* (CDT IV), 621 F.3d 1162 (9th Cir. 2010) varias reglas atinentes al contenido del mandamiento judicial y a la práctica material del mencionado registro (p. 1189). Respecto a lo primero, la orden deberá acotar el alcance de la inspección desde un punto de vista subjetivo y objetivo de acuerdo con la solicitud formulada por las autoridades y siempre que esa información estuviera sustentada por indicios bastantes («probable cause»). En cuanto a lo segundo, la selección del material debería ser realizada por un equipo técnico independiente, salvo que el mandamiento autorizara expresamente a agentes oficiales, en cuyo caso éstos estarán obligados a poner a disposición de los investigadores sólo la información comprendida en la orden. El resto de los datos obtenidos serían destruidos o, en su caso, devueltos a su titular. No obstante la incidencia de esta doctrina ha sido muy limitada fuera del Noveno Circuito. Vid. COX, H.W., «Recent Developments and Trends in Searching and Seizing Electronic Evidence», en *United States Attorney's Bulletin*, Noviembre, 2011, pp. 72 y ss.

⁹⁷ El Borrador del Código Procesal Penal sólo regulaba los hallazgos o descubrimientos casuales en el curso de la entrada y registro (arts. 289 y 344, respectivamente), pero no se preveía explícitamente para el ciberregistro.

contempla la posibilidad de que el registro se amplíe a datos almacenados en una red informática privada o, en su caso, en «La Nube».

4. Al objeto de asegurar el éxito de la diligencia se prevé la posibilidad de que las autoridades o agentes encargados de su realización puedan requerir la colaboración de quienes puedan contribuir a ello -prestadores y operadores, titulares y responsables de sistemas, etc.-, quienes, como se disponía en el caso de la intervención de las comunicaciones, tendrán la obligación de guardar secreto y estarán obligados a cumplir con lo interesado bajo responsabilidad penal (arts. 588 sexies c.5 y 588 septies b).
5. La previsión de situaciones de urgencia en lo que se refiere al registro ordinario de equipos informáticos, que permitirán el examen directo por la Policía de los datos contenidos en el dispositivo incautado o, en su caso, la ampliación del registro a otros sistemas que resultaran accesibles desde el investigado, siempre que se *«aprecie un interés constitucionalmente legítimo que haga imprescindible la medida»*⁹⁸. De la ulterior convalidación judicial de esta actuación policial dependerá la validez de los resultados obtenidos (art. 588 sexies c.3 y 4). De manera similar a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en supuestos de urgencia se establecen varias reglas: que la información al instructor deberá llevarse a cabo inmediatamente, *«y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas»*; y que en este trámite el sujeto actuante deberá exponer las razones

⁹⁸ La urgencia y el carácter imprescindible de la medida no suscitan ninguna duda interpretativa y sitúan la cuestión dentro de un marco de absoluta excepcionalidad: la medida es inaplazable y, además, no existe ninguna otra menos gravosa para alcanzar el fin que se pretende. La expresión «interés constitucionalmente legítimo», por su naturaleza indeterminada, requerirá su integración por los tribunales, aunque podría aventurarse una línea interpretativa similar a la que sigue el Tribunal Constitucional al referirse a los «fines constitucionalmente legítimos» que justificarían una actuación policial limitativa del derecho a la intimidad sin autorización judicial. Entre estos «fines constitucionalmente legítimos» se encontraría «el interés público propio de la investigación de un delito y el descubrimiento de los delincuentes» [SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ. 3 a), y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ. 9], aunque no puede excluirse a priori una mayor concreción del mismo (evitar un concreto delito o alguno de sus efectos). Así debería ser en relación con eventuales datos protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones (ej. mensajes no abiertos), en cuyo caso ese «interés constitucionalmente legítimo» podría acotarse en el sentido de que el delito objeto de investigación sea alguno de los que autorizan la intervención administrativa de las comunicaciones de acuerdo con el artículo 588 ter d.3, esto es: delitos relacionados con bandas armadas o elementos terroristas.

para adoptar esa medida, amén de la actuación llevada a cabo, la forma en que se realizó y su resultado. El juez deberá verificar la concurrencia de los presupuestos para la adopción de la medida y la justificación de la ejecución anticipada.

Adviértase que se reproduce la norma ya analizada al abordar la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, siendo pues trasladables las conclusiones allí vertidas en relación con el establecimiento de un límite temporal y el control judicial.

Evidentemente estas situaciones no son valorables en el caso de accesos remotos pues como se mencionaba más arriba esta diligencia exige de la realización de ciertas actividades previas de planificación», como es la implantación del correspondiente «programa espía», por su propia naturaleza incompatibles con esas «razones de urgencia».

VII. LA CESIÓN DE DATOS Y ARCHIVOS INFORMÁTICOS.

Se trata de la transferencia de informaciones y documentos en formato electrónico que obren en poder de particulares, entidades públicas o privadas.

Las autoridades encargadas de la persecución deben contar con herramientas legales que permitan conminar a las personas físicas o jurídicas a ceder datos que obren en su poder. Con carácter general, la eventual asistencia y suministro de datos relevantes por los sujetos obligados tiene la debida cobertura en el ordenamiento procesal al subsumirse dentro del deber general de colaboración con la Justicia (arts. 118 CE y 17 de la LOPJ) y con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 4.1 de la Ley Orgánica 2/1986), y el específico de exhibición de objetos y papeles que pudieran tener relación con una causa penal (art. 575 LECrim.). Esta reglamentación se completa con la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal⁹⁹, donde se legitima al

⁹⁹ No debemos confundir la «cesión» con la «recogida» de datos, anterior a su eventual tratamiento, que puede llevar a cabo la propia Policía bajo ciertas condiciones: los datos especialmente protegidos del art. 7.2 y 3 de la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LO 15/1999, de 13 de diciembre –LOPDGP-), cuando «sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta» (art. 22.3 LOPDGP); o «que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales» en el resto de los supuestos (art. 22.2 LOPDGP).

Ministerio Fiscal para requerir los referidos datos al depositario de esa información [art. 11.1.d)].

Singularmente en el ámbito de las comunicaciones, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, establece la obligación de los operadores del servicio de comunicaciones «*de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación*», así como el deber de cesión de dichos datos a las autoridades (art. 1)¹⁰⁰.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014 ha generado ciertas dudas sobre la validez de la reglamentación española al declarar la nulidad de la Directiva 2006/24/CE, de 13 de marzo, del Parlamento Europeo y el Consejo¹⁰¹, norma comunitaria que subyace en la regulación de esta materia en el espacio europeo. El Tribunal de Justicia parte de reconocer la existencia de un interés general en la prevención y persecución de los delitos graves e, incluso, confirma la adecuación de la medida en orden a la consecución de ese fin (ap. 49), pero, al mismo tiempo, sostiene que la gravedad de la injerencia que comporta la retención y eventual comunicación a las autoridades de los datos de tráfico de las comunicaciones objeto de la mencionada Directiva, exige la satisfacción de varios requisitos: que esa intrusión sea «*estrictamente necesaria*»; que las normas que regulan la medida en cuestión sean «*claras y precisas*» en cuanto a su alcance y aplicación; y, finalmente, que se establezcan las debidas salvaguardas («*minimum safeguards*») que protejan al sujeto titular de los datos frente a los riesgos de uso abusivo o de acceso y utilización ilegal de los mismos (ap. 54). Para el Alto Tribunal, la normativa cuestionada no cumple tales presupuestos. Los argumentos contenidos en la sentencia pueden ordenarse como sigue.

1. En primer término y de singular importancia es que el Tribunal de Luxemburgo critica la retención indiscriminadas de todos los datos

¹⁰⁰ Si bien hemos de advertir que, en ocasiones, el conocimiento de esos datos condicionará la realización de otras diligencias de investigación (por ej.: datos del abonado, dirección IP, numeración IMSI o IMEI con carácter previo a la intervención de sus comunicaciones electrónicas) y con ese y otros fines se regula en el art. 588 ter m.

¹⁰¹ Titulada «sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones».

de tráfico generados en cualquier proceso comunicativo dentro del territorio de la Unión, sin que a cambio la Directiva establezca criterio alguno distintivo en cuanto a esos datos, el tipo de comunicación o las personas afectadas, como sería su implicación en alguna actividad delictiva o cuando, por cualquier otro motivo, la retención de esos datos pudiera contribuir a la prevención o persecución de los delitos (aps. 56-59). En verdad, al censurar la universalidad de la retención de datos prevista en la Directiva, el Tribunal ataca su razón de ser, eminentemente preventiva. El TJUE vincula esta objeción a *«la cuestión de si la injerencia que supone la Directiva 2006/24 se limita a lo estrictamente necesario»*, pero no culmina su argumento, con lo que suscita el problema de cómo hemos de interpretar ese reproche. En otras palabras, no queda claro si para el Tribunal el hecho de no contemplar la Directiva ningún criterio discriminador de los datos como se apunta constituiría suficiente motivo para declarar su invalidez o, si, por el contrario, no produce efectos tan taxativos, y hemos de poner esa censura en relación con el resto de las reconvenções expuestas en la resolución.

Para contestar a este interrogante debemos recurrir a una lectura sistemática del texto, y, en particular, de las conclusiones contenidas en tres de sus principales incisos con los numerales 54, 65 y 69. En esos apartados se resume la posición del Tribunal acerca de la Directiva. En el primero, se establecen los criterios generales de una intervención de estas características ya enunciados. En los otros dos se justifica la declaración de nulidad literalmente por *«no establece(r) reglas claras y precisas que regulen el alcance de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta»* (ap. 65) y por *«sobrepas(ar) los límites que exige el respeto del principio de proporcionalidad en relación con los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta»* (ap. 69). La ubicación de estos últimos apartados en el texto también es relevante, por cuanto no siguen al argumento general al que aludíamos en el párrafo anterior, respecto del que se omite cualquier clase de juicio, sino que se sitúan después de analizar las otras deficiencias observadas atinentes a la cesión y comunicación de los datos retenidos y a las salvaguardas frente a la utilización abusiva o el acceso ilegal a los datos. De las reflexiones precedentes se desprende que es la valoración conjunta de todos los incumplimientos que se constatan la que

determina la nulidad de la Directiva¹⁰². De otra forma, si el Tribunal estimara que la ausencia de límites deslegitimaría *per se* la norma comunitaria, se habría manifestado en ese sentido, resultando estériles otras consideraciones. Esta conclusión tiene un efecto derivado relativo a la trasposición de esta Directiva al ordenamiento español *ex Ley 25/2007*, toda vez que excluida que la declaración de nulidad se deduzca sin más de la universalidad de la retención de datos de las comunicaciones, la normativa española al respecto, que también incurriría en ese «vicio» salvaría un primer obstáculo.

Abundando críticamente en los argumentos que esgrime el TJUE, resulta evidente la confusión en la que incurre al tratar una actuación de naturaleza preventiva como una técnica investigativa, vinculada a la comisión de unos hechos delictivos determinados. La retención de datos no supone *per se* una vulneración de los derechos fundamentales afectados. Se trataría de una mera anotación electrónica sin efecto alguno hacia el exterior, siempre que se tomaran las oportunas precauciones (medida preventiva). La injerencia se produce a raíz del acceso de terceras personas a esos datos; y que ello sólo es posible con el fin, ahora sí, de obtener información relevante sobre la comisión de un delito concreto (medida investigativa).

2. En segundo término, el Tribunal acusa a la Directiva de falta de precisión, al regular la cesión de tales datos a las autoridades. Esa ambigüedad sería predicable de la determinación del supuesto de hecho en que resultaría procedente esa cesión, «*para garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves*», dejando en manos de cada uno de los Estados la definición de ese último concepto (ap. 60). Y otro tanto sucedería con las condiciones materiales y procedimentales de tal comunicación, cuya regulación concreta también se remite a las legislaciones nacionales, sin que se imponga ninguna clase de control judicial previo o por parte de alguna autoridad administrativa independiente (aps. 61-62); y el plazo de retención, que se fija entre un mínimo de 6 meses y un máximo de dos años, cuya especificación más concreta también

¹⁰² En este mismo sentido RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «Sobre la incidencia de la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE en la ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones», *La Ley*, núm. 8308 (ed. Digital), p. 4.

se delega en los Estados, sin establecer ningún criterio orientativo en atención a su utilidad o a las personas afectadas (ap. 63).

3. Finalmente, según el Tribunal, la Directiva no proporciona suficientes salvaguardas contra la utilización abusiva o el acceso ilegal a los datos retenidos al admitir que el nivel de seguridad proporcionado por las operadoras se base en consideraciones de índole económica (ap. 67) y que no se requiera que los datos retenidos se mantengan dentro del territorio de la UE, privándoles de la protección que les depara la legislación comunitaria (ap. 68).

La incidencia de esta sentencia en la normativa española no parece clara en términos generales. Convenimos en que la Ley española no comparte ni la falta de precisión relativa a las condiciones materiales y procesales, cuando menos respecto a la exigencia de mandamiento judicial (art. 7)¹⁰³; ni las postreras objeciones relacionadas con la seguridad frente al uso abusivo o el acceso ilegal a los datos retenidos, toda vez que se someten a lo dispuesto en la en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo (art. 8)¹⁰⁴. No obstante lo cual, el establecimiento de un plazo general de conservación de 1 año (art. 5) sin distinción alguna entre las diferentes clases de datos, algunos extremadamente agresivos con la vida privada de las personas (ej. los datos de localización geográfica), suscita algunos recelos¹⁰⁵.

La Ley Orgánica 31/2015 regula en términos similares la cesión datos obrantes en archivos automatizados, aunque se da cabida no sólo a los datos retenidos por los operadores o «*personas de faciliten la comunicación*» en aplicación de la vigente Ley 25/2007, sino también a otra clase de informaciones conservadas por los anteriores por «*motivos comerciales o de otra índole*», cuya transmisión requerirá de autorización judicial siempre que estén «*vinculados a procesos de comunicación*» (art.

¹⁰³ Criterio confirmado por Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010.

¹⁰⁴ Y en todo ello coincidimos con RODRÍGUEZ LAINZ, op.cit., pp. 5-6.

¹⁰⁵ Que no disipa el autor supracitado (p. 6), quien confía ya en la delegación reglamentaria prevista en el art. 5.1 para modular este plazo, sin pararse en que, en sus propios términos, esa posibilidad atiende al «coste del almacenamiento y conservación de los datos, así como el interés de los mismos para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave» y no al su grado de afectación de la vida privada de los datos en cuestión; ya en la cautela del propio peticionario, argumento que no podemos compartir por la su falta de previsibilidad y la discrecionalidad que comporta.

588 ter j.1)¹⁰⁶. Esta última precisión consiente que distingamos entre estos datos, generados en un proceso comunicativo e interceptados con ocasión del mismo, de otros, de naturaleza estática que, aunque pueden asociarse a una comunicación determinada, tienen sustantividad propia y así constan en los archivos de los prestadores por cuanto condicionan la prestación del servicio de comunicación de que se trate (ej. identidad del titular de un número de teléfono, el número de teléfono de una determinada persona), no merecedores de ese nivel de protección¹⁰⁷.

De igual modo que en las medidas precedentes, el solicitante de esos datos tendrá que concretar cuáles deben ser requeridos y «*las razones que justifican su cesión*», esto es, aquellas que tornen «*indispensable*» su conocimiento a los fines de la investigación con arreglo a los principios informadores (art. 588 ter j.2); debiendo el juez decidir en consecuencia. La resolución judicial cumplirá con los requisitos previstos en las Disposiciones comunes (Capítulo IV), así como los establecidos en las Disposiciones generales del Capítulo V (Sección 1ª) que les resulten aplicables, entre ellos la previsión relativa al ámbito material (art. 588 ter), concretándose de este modo la vaga referencia a los «*delitos graves*» contenida en la Ley 25/2007 (art. 1).

Sensu contrario, y como ya adelantábamos, se exceptúan de la autorización judicial determinadas actuaciones por cuanto al no estar ligadas a procesos de comunicación suponen una injerencia muy leve en los derechos del interesado, como la obtención de los prestadores u operadores de los datos de identificación del titular de una terminal o medio de comunicación o, a la inversa, de los datos identificativos de las terminales o medios de comunicación de un determinado sujeto (art. 588 ter m).

VIII. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Esos nuevos medios de investigación han de combinarse con medidas asegurativas que garanticen la existencia de los referidos datos e informaciones y su conservación íntegra, amenazada por la volatilidad que les caracteriza, sustrayéndolos a cualquier eventualidad ya fuera

¹⁰⁶ El Borrador del Código Procesal Penal mantenía también la reserva jurisdiccional en lo que respecta a la orden a la operadora para «la cesión de los datos que permitan la localización del terminal y la identificación del sospechoso» (art. 311.2).

¹⁰⁷ Similar criterio distintivo sigue MARCHENA GÓMEZ, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015», pp. 327-328.

incontrolable o deliberada (manipulación). Desde una perspectiva apriorística de nada servirá que el ordenamiento jurídico autorice el acceso a sistemas o la cesión de datos si las informaciones que se pretende recabar no se encuentran cuando se procede a cumplir con el mandamiento.

Las medidas de aseguramiento tienen pues como fin último la preservación de los dispositivos y los datos electrónicos para que el posterior análisis forense o la aportación como medio de prueba no se vea frustrado por su desaparición, alteración o deterioro. Medidas de esta naturaleza deberán poder adoptarse no sólo en relación con datos sobre los que el requerido ejerza un control directo, sino sobre todos aquéllos a los que tenga acceso legítimo aunque se encontraran físicamente en poder de terceros. En este punto, se pone de manifiesto, una vez más, la importancia de obtener la colaboración de sujetos privados, tales como operadoras de telecomunicaciones o prestadores de servicios de Internet, así como los administradores de redes y de sistemas.

Este es el enfoque que se sigue en la reforma procesal, al prever la posibilidad de que el Ministerio Fiscal o la Policía puedan requerir a personas físicas o jurídicas la conservación y protección de datos o informaciones concretas «*que se encuentren a su disposición*», esto es, bien porque sean de su titularidad, bien porque puedan acceder a ellos por otras causas reconocidas, en tanto se obtenga la autorización judicial que habilite el acceso a tales datos por un plazo máximo de 90 días, prorrogable por otros 90 días más (art. 588 octies)¹⁰⁸.

En buena lógica, ese aseguramiento deberá prolongarse más allá del puntual momento de aprehensión o incautación de datos o dispositivos, hasta su revelación en el juicio oral. En definitiva, se debe mantener a lo largo del proceso la denominada «cadena de custodia» o, en otros términos, «la trazabilidad de las fuentes de prueba» desde su recolección en la instrucción de la causa, para lo cual habrán de tomarse las medidas precisas para garantizar tanto la autenticidad de tales materiales como su integridad, sin perjuicio de aquellas situaciones en que resulte inevitable o procedente su destrucción, debiendo procurarse en estas últimas circunstancias la conservación de muestras que permitan su ulterior valoración.

¹⁰⁸ En relación con este plazo se reproduce lo previsto en el art. 16.2 del Convenio de Budapest.

Este conjunto de actuaciones implicará a todos los sujetos que intervienen en la investigación penal, por lo que se refiere al actual modelo español la Policía y el Juez de Instrucción. Hasta la reforma, la LECrim solo contenía una regulación genérica de tales operaciones, como en relación a ciertos aspectos atinentes a la recogida y conservación a cargo del Instructor «*de vestigios o pruebas materiales*» de la perpetración del delito o de «*las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito*», comprendida la descripción de los objetos que se hallen (arts. 326, 328, 330-332, 334 y 335); mientras, en el contexto de otros procedimientos –abreviado y enjuiciamiento rápido–, esta tarea se encomendará a la Policía (art. 770.3ª y 796.1). Esa dispersión normativa y falta de precisión en la determinación del procedimiento a seguir venía subsanada parcialmente mediante la aplicación de ciertas disposiciones reglamentarias de carácter eminentemente sectorial¹⁰⁹.

La LO 13/2015 contempla la adopción de las medidas que sean precisas para asegurar la integridad de los datos e informaciones aprehendidas a fin de hacer posible la práctica de la correspondiente pericia, expresamente, en relación con la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 ter f), el registro de sistemas informáticos ordinario y remoto [arts. 588 sexies c.1 y 588 septies a.2.e)], y se desprende de lo previsto para el control de la medida en el caso de grabación de comunicaciones orales (art. 588 quater d) y utilización de medios técnicos de seguimiento y localización (art. 588 quinquies c.2).

La aplicación a estas acciones de tecnologías de seguridad tales como la firma digital pondrá fin a las habituales dudas forenses al respecto con absolutas garantías para las autoridades y el propio justiciable.

IX. CONCLUSIONES

La Administración de Justicia ha de afrontar los nuevos retos que le plantea la revolución tecnológica, en general, y la concerniente a las telecomunicaciones, en particular. Ello supone un importante cambio de parámetros.

La extraterritorialidad como regla, que torna ineficientes las soluciones meramente nacionales; la urgencia de las propias actuaciones indagatorias, exigiéndose que la respuesta de las autoridades sea

¹⁰⁹ Véase al respecto RICHARD GONZÁLEZ, M., «La cadena de custodia en el proceso penal español», La Ley, núm. 8187, pp. 11-15.

inmediata a riesgo de perder elementos probatorios esenciales; la especialización de los medios personales y materiales requeridos para su persecución, al punto de que su carencia lastrará, sino frustrará las investigaciones sin solución, son características singulares del ciberdelito que han modificado la concepción tradicional de la investigación. Los poderes públicos han de ser conscientes de semejante estado de cosas y adoptar las decisiones que sean oportunas para hacer frente al problema con las debidas garantías.

La tecnología nos proporciona nuevos medios de investigación afines a la lucha contra la ciberdelincuencia, la cuestión radica en que, habida cuenta su potencial agresividad para el libre ejercicio de los derechos fundamentales, es exigible que su previsión legal garantice el cumplimiento de los principios que dimanen de nuestra Constitución y del propio Convenio Europeo de Derechos Humanos. La LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, es la acertada respuesta del Legislador a tales demandas. Esta nueva normativa supera el enfoque marcadamente casuístico que hasta ahora regía en estas materias y traslada definitivamente el foco de atención desde el cómo llevarlas a cabo para que puedan ser valoradas como fuentes de prueba al plano de la apreciación judicial de los resultados obtenidos.

BIBLIOGRAFÍA

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Las nuevas tecnologías en las actuaciones judiciales, Gobierno, Derecho y Tecnología: Las actividades de los poderes públicos* (Director F. Galindo Ayuda), Pamplona, 2006.

CENTRO DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS E INTERNACIONALES (CSIS), *The economic impact of Cybercrime and Cyber Espionage*, Julio, 2013 (http://csis.org/files/publication/60396rpt_cybercrime-cost_0713_ph4_0.pdf)

COX, H.W., *Recent Developments and Trends in Searching and Seizing Electronic Evidence*, United States Attorney's Bulletin, Noviembre, 2011.

EU/OE JOINT PROJECT ON REGIONAL COOPERATION AGAINST CYBERCRIME, *Electronic Evidence Guide. A basic guide for police officers, prosecutors and judges*, 18 de marzo de 2013.

FILVIDA, D., *Red Tor: anonimato y vulnerabilidades* (http://www.inteco.es/blogs/post/Seguridad/BlogSeguridad/Articulo_y_comentarios/red_tor_anonimato_vulnerabilidades)

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital*, Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado (Director: J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2008.

LLORIA GARCÍA, P., *El secreto de las comunicaciones: su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de Internet. Algunas consideraciones*, Protección jurídica de la intimidad (Director J. Boix Reig), Madrid, 2010.

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 2015.

MIRÓ LLINARES, F., *Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid, 2012.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y el mutuo reconocimiento de pruebas*, El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y

perspectivas de futuro (Directores: M.T. Armenta Deu, F. Gascón Inchausti, L. Bachmaier Winter, M. Cedeño Hernán), Madrid, 2006.

ORTIZ PRADILLO, J.C., *El registro on-line de equipos informáticos como medida de investigación contra el terrorismo (online durchsuchng)*, Terrorismo y Estado de Derecho (Directores: J.M. Serrano-Piedecabras Fernández y E. Demetrio Crespo), Madrid, 2010.
Problemas procesales de la ciberdelincuencia, Madrid, 2013.

PÉREZ GIL, J. y GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., *La incorporación de datos personales automatizados al proceso en la propuesta de Código Procesal Penal*, La Ley, núm. 8217.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, *Estrategia sobre Ciberseguridad Nacional*, 2013 (https://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/national-cyber-security-strategies-ncsss/ES_NCSS.pdf).

RICHARD GONZÁLEZ, M., *La cadena de custodia en el proceso penal español*, La Ley, núm. 8187.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Sobre la incidencia de la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE en la ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones*, La Ley, núm. 8308.

SÁNCHEZ YLLERA, I., *La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (inédito)

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Comprehensive Study of Cybercrimen* (Draft), 2013 (http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf).

El sistema de impugnación frente a sentencias penales. Algunas notas tras la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 41/2015, de 5 de octubre)

M.^a PÍA CALDERÓN CUADRADO

Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Valencia. Magistrada, Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Resumen

La aprobación de las reformas contenidas en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales ha generado un intenso debate. Sin embargo, en la discusión no han entrado los cambios introducidos en el régimen de impugnación de las sentencias penales. Dichos cambios venían siendo reclamados desde instancias internacionales e internas y han dotado de contenido real a previsiones legales anteriores que precisaban para su efectividad del correspondiente desarrollo procesal.

El texto aprobado generaliza en el ámbito penal, con dos únicas salvedades en procesos seguidos contra aforados, la apelación de sentencias dictadas en primera instancia y al mismo tiempo establece, con alguna excepción también, la posibilidad ulterior de recurrir en casación.

Este trabajo pretende acercarse a la reforma realizada. Partiendo de una visión histórica y de sus actuales justificaciones, vinculadas sin duda al derecho fundamental del condenado a la revisión de su condena por un tribunal superior, se analizan las principales claves de las modificaciones dispuestas. Generalización, de un lado, y previsión de una apelación asimétrica en función de quien fuera el recurrente, de otro. Ello sin olvidar dos cuestiones de indudable trascendencia: la posibilidad real de apertura

de la segunda instancia y la preocupación innegable ante la asunción de esta función por determinados órganos jurisdiccionales especialmente sobrecargados.

Palabras claves

Medios de impugnación. Apelación. Doble grado. Derecho al recurso. Reformas de la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

Sumario

- I. LUGARES COMUNES, UN INEVITABLE PUNTO DE PARTIDA
 1. Doble grado de jurisdicción e instancia única
 2. Garantía esencial de justicia o/y instrumento jurídico técnico
 3. Oralidad, escritura y régimen de impugnación
 - 3.1. Entendimiento inicial y disparidad posterior
 - 3.2. Su puesta en cuestión
- II. LA CRÓNICA DE UN DESENCUENTRO: EL DERECHO AL RECURSO Y LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU
 1. Sobre el derecho
 2. La cuestionada libertad del legislador interno
 3. La íntegra revisión como contenido del mismo
 - 3.1. El origen de la polémica
 - 3.2. Las matizaciones sucesivas
- III. UN INTENTO DE SOLUCIÓN: LA LEY ORGÁNICA 19/2003, DE 23 DE DICIEMBRE.
 1. Modificaciones competenciales únicamente
 2. El resultado, una previsión inacabada
- IV. LA LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE Y LAS CLAVES DE UNA REFORMA INAPLAZABLE
 1. La construcción del proceso con dos fases enjuiciadoras y casación. Generalización y excepciones
 2. Dualidad de apelaciones y apertura de la segunda instancia
 3. Una preocupación última
- V. BIBLIOGRAFÍA –CITADA Y DE REFERENCIA–

I. LUGARES COMUNES, UN INEVITABLE PUNTO DE PARTIDA

Hay reformas que no se pueden explicar partiendo de cero. Ésta es una de ellas.

Me permitirán entonces que comience con dos, tres tópicos. Aunque muy probablemente y *stricto sensu* no lo sean, se podría afirmar que en derecho procesal existen también esos lugares comunes que la retórica antigua – diríamos mejor, la doctrina y la jurisprudencia- ha convertido en fórmulas o clichés fijos por todos aceptados o, al menos, por una gran mayoría.

Precisamente, son esos lugares comunes los que posibilitan la aproximación a un aspecto de la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que tiene en su haber -y seguramente a título único- el logro de una aceptación sin excepciones, y no solo en la esfera política, igualmente -y no sé dónde pueden presentarse mayores obstáculos- en la comunidad científica. Se trata, ya se imaginarán, de la generalización de la apelación establecida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

1. Doble grado de jurisdicción e instancia única

Por esa condición de lugar común, sin duda es sabido que doble grado de jurisdicción e instancia única se han perfilado siempre -con excepción quizá de ciertos litigios penales de corte anglosajón donde la impugnación parece dirigida a controlar de forma exclusiva aquellas garantías que integran lo que viene denominándose *due process*- como los dos grandes criterios rectores en materia de recursos, como los dos grandes principios en que puede inspirarse el legislador a la hora de construir esa realidad artificial y técnica que es el proceso¹.

¹ CARRERAS LLANSANA, «El Derecho procesal como arte», en *Estudios de Derecho procesal*, con FENECH NAVARRO, Barcelona 1962, pág. 53 a 62. Sin embargo, no estamos propiamente ante principios sino ante criterios constructivos, orientadores o reguladores del proceso (siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, Madrid 1991, pág. 35).

Sobre la doble y la única instancia y la impugnación en el proceso anglosajón puede verse MONTERO AROCA, *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada 1996, pág. 24 a 26; BAUER, *Il regime delle impugnazioni*, en *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, coordinado por AMODIO y BASSIOUNI, Milán 1988, pág. 233 y 247; y ARMENTA DEU, «El recurso de apelación penal ante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista Jurídica de Catalunya* nº 1-2005, pág. 65. Sin embargo, ha de advertirse que en Inglaterra el imputado, que no el acusador, sí puede solicitar la revisión de los errores de hecho

Doble grado viene a significar que las resoluciones definitivas, en este caso sentencias de fondo, pueden ser trasladadas a un tribunal distinto y, en principio, superior para que realice un nuevo enjuiciamiento del objeto litigioso mediante la interposición de un recurso al efecto; recurso que tendrá la consideración de ordinario y que gozará, en principio también, de carácter devolutivo². Única instancia es la regla contraria, no existe posibilidad de un *novum iudicium* por parte de diferente y sucesivo órgano jurisdiccional; ello sin perjuicio de que lleguen a establecerse contra la decisión primera medios de impugnación extraordinarios que permitan examinar la concepción jurídico-causal del fallo y/o la regularidad del procedimiento que haya conducido a él³.

y de derecho de la sentencia. Aunque, como señala GAMBINI, «Il sistema delle impugnazioni penali in Inghilterra», en *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, Torino 2007, pág. 429-444, la apelación no se configura en aquel país como etapa obligatoria pues su preocupación fundamental es la rapidez procedimental (y así y entre otras cosas se llega a condicionar la admisión del recurso a la probabilidad de éxito del mismo -leave to appeal-).

En todo caso, en la descripción del texto no se ha contemplado la posibilidad de revisión por el mismo órgano que dictó la resolución impugnada: remedio para un sector doctrinal, recurso para otro. Hasta este momento, y salvo error u omisión por mi parte, en ninguna de las proposiciones patrias ha sido elemento configurador del sistema de impugnación de sentencias. La doctrina italiana, por el contrario, sí se planteó atribuir competencia funcional para el *novum iudicium* a quien lo tuvo en la primera instancia, así PIZZORUSSO, «Sul principio del doppio grado di giurisdizione. Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali», en *RD Processuale* 1978, pág. 33 a 58. La razón, tal vez, que en aquel ordenamiento el efecto devolutivo no es consustancial a la regla del doble grado o, tal vez, que su definición última resulta ser otra distinta.

² De cualquier modo, nada impide que la segunda instancia sea competencia de un tribunal distinto compuesto de magistrados de igual rango, e incluso, tal y como se dispuso y en cierto modo se dispone en nuestro ordenamiento jurídico, del mismo órgano jurisdiccional integrado por magistrados diferentes. Es más, en estos supuestos y aunque exactamente no se pueda hablar de superioridad desde el punto de vista de la jerarquía administrativa no es insólito pensar en una especie de superioridad funcional desde el momento en que su decisión puede sustituir a la dictada en primera instancia. Es lo que GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1857, calificaban de superioridad accidental. Lo hacían respecto al recurso de súplica o de primera suplicación, recurso ordinario que en aquel entonces procedía frente a sentencias dictadas en apelación por las Chancillerías o Audiencias, y algo similar podría indicarse respecto a la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional competente para conocer de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal de ese mismo órgano jurisdiccional (art. 64 bis LOPJ).

³ A pesar de que la expresión *novum iudicium* se utiliza también para designar una determinada concepción de la apelación, en contraposición a su configuración como *revisio prioris instantiae*, no es éste el sentido que aquí pretende darse. Por consiguiente, no nos hallamos ante un hipotético proceso cuya impugnación permita introducir y evaluar hechos heterogéneos y, en su caso, someter a acusación a sujetos diferentes de los acusados en el

Y en clara relación con lo anterior -y simplificando tal vez en exceso-, los recursos de apelación y casación. Importa recordar entonces que el recurso de apelación tradicionalmente ha funcionado como medio a través del cual se produce la apertura de la segunda instancia. La razón es igualmente conocida: se trata de una impugnación ordinaria, sin motivos legales tasados, y como tal autoriza al apelante para que eleve al órgano competente la controversia en su totalidad. De ahí que se presente como instrumento de protección de los derechos e intereses legítimos de la parte gravada y que se entienda que su finalidad principal es la defensa del denominado *ius litigatoris*.

El recurso de casación, sin embargo -y adviértase que en la actualidad y hasta que no entre en funcionamiento la reforma de 2015 funciona como mecanismo alternativo⁴-, tan solo resulta adecuado para denunciar -y conocer- determinadas infracciones legalmente dispuestas. Los poderes del tribunal *ad quem* no se extienden así a todo lo debatido y resuelto en el grado sino únicamente, y en tanto en cuanto pedido, a los quebrantamientos de normas jurídicas, procesales o materiales, en él cometidos⁵. Además y

juicio oral. Aquí y ahora *novum iudicium* se asimila a nuevo examen, a nuevo enjuiciamiento, pero únicamente en lo que respecta a la cuestión litigiosa ya deducida y resuelta a título interino. Ello implica que la *res in iudicium deducta* no ha variado y, en consecuencia, que el proceso continúa teniendo los mismos elementos identificadores. Sobre él y pese a sus lógicas divergencias recae la pretensión impugnatoria.

⁴ La Disposición transitoria única de la Ley recientemente aprobada determina, en su número 1, que la misma *se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor*. Por su parte, la Disposición final cuarta establece que *la presente ley entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*. Primeros de diciembre, por tanto, será la fecha a considerar y, lógicamente, a la espera de la finalización de la instancia y de la apelación.

⁵ En España, además, tras la reforma de 1933 puede también fundarse en errores en la apreciación de la prueba, aunque siempre bajo ciertas limitaciones: «Basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios» (art. 849.2º LECrim).

Reflexión obligada es entonces aquella que apunta a la supresión de esta causa en el ámbito del proceso civil: desde la reforma del artículo 1692 LEC/1881 y la regulación del recurso de casación en el proceso administrativo, realizadas ambas por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 1992, pasando por el nuevo -ya no tan nuevo- artículo 477 LEC/2000. Y a su cuestionable mantenimiento en el proceso penal: continúa tras la reforma de la casación recientemente efectuada y a salvo de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ahora recurribles en casación pero solo por infracción de ley del motivo previsto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 847.1.b) LECrim en su nueva redacción).

Los temores por su conservación no son infundados. Recientemente, la STS 2768/2015, de 29 de mayo, ha señalado: «La posibilidad de rectificar, a través del cauce del artículo 849.2

de nuevo es sabido, este medio de impugnación aparece unido a reflexiones de índole eminentemente pública. Basta pensar en la originaria función nomofiláctica, en defensa de la ley, o en la más moderna y correlativa para unificación de doctrina. Por tal motivo, la casación se coloca, sin excluir absolutamente el *ius litigatoris*, en posiciones de protección del *ius constitutionis* y en consideraciones más próximas al valor general de seguridad jurídica y al necesario respeto del principio de igualdad. Y ello con el fin último de lograr una recta y uniforme aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico por los tribunales que evite desigualdades de trato de difícil explicación para el justiciable.

2.- Garantía esencial de justicia o/y instrumento jurídico técnico

Asimismo es lugar común la consideración del criterio del doble grado como una de las garantías esenciales de la justicia ante el error humano. Desde luego, así funcionó, herencia quizá del Derecho romano, en nuestra tradición jurídica y en los momentos iniciales de construcción del proceso. También durante la edad media, aunque en aquel entonces la segunda instancia gravitó, siempre bajo el pensamiento último de consecución de resoluciones «justas», en torno a dos ideas: jerárquica, una, y de falibilidad judicial y perjuicio al justiciable, otra. Con todo, conviene no olvidar que, superado el primer planteamiento, derivado de la concepción existente en las sociedades primitivas sobre el Poder y su delegación en terceras personas –concepción jerárquica-autoritaria de la jurisdicción y del Estado-, se mantuvo, reforzado si quieren, el segundo relativo a su condición garantista. Y se mantuvo hasta el punto de permitir, en el ámbito penal al menos, una apertura *ex officio*.

LECrIm, el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que «...demuestren la equivocación del juzgador», ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado artículo 849.2. En él se exige que esos documentos no resulten «...contradichos por otros elementos probatorios». Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional, del TEDH y de esta Sala de valorar pruebas personales, aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado, que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio (entre otras STS 976/2013 de 30 de diciembre ó 146/2014 de 14 de febrero)».

De cualquier modo, se trató de un entendimiento común pero no absoluto. Prueba de ello fueron las dos quiebras que se descubren en nuestra historia jurídica. La primera, se vincula a ese cuerpo normativo de dilatada vigencia que surgió bajo el reinado de Alfonso X. En aquellos momentos, la Ley XVI del Título XXIII de la Tercera Partida llegó a disponer «Como los ladrones conocidos, e los otros que son dichos en esta ley, no pueden tomar alzada del *juyzio* que dieren contra ellos». Y en ese camino se excluyó el doble grado respecto de las sentencias condenatorias por hechos delictivos particularmente penosos. Estos delitos, decía Castillo de Bovadilla, «son tan atrozes y enormes que requieren breve y exemplar castigo»⁶.

La segunda quiebra, acontecida varios siglos después, tuvo un mayor alcance. Se enlaza aquí con la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 de cuyo articulado se deduce que la excepción, la única instancia, se convierte en regla y la apelación frente a sentencias se torna en impugnación extravagante reducida a los juicios de faltas. De esta suerte, las restantes sentencias, por delitos y con independencia de su gravedad, dejaron de ser apelables y su recurribilidad se enunció única y exclusivamente a través de la casación por quebrantamiento de forma y por infracción de ley⁷.

Interesa destacar, no obstante -y antes de entrar en el examen de la regulación decimonónica-, que durante el «interregno» las disposiciones normativas de aplicación fueron otras. Como también es sabido, los postulados de la revolución francesa y los dictados de la Constitución de Cádiz dieron lugar a la generalización de la apelación de las sentencias penales. Conforme a ello, los delitos más graves abandonaron aquel requerimiento de «breve y ejemplar castigo» y los pronunciamientos emitidos al respecto pasaron a ser recurribles en apelación a instancia de parte, exigiéndose incluso su revisión de oficio por el tribunal superior; y todo ello sin olvidar la posibilidad, en ciertos casos, de una tercera instancia.

⁶ Puede verse al respecto, MOMMSEN, *El derecho penal romano*, traducción Dorado, Madrid 1905, pág. 441 a 452; PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, I, Milano 1965, II, pág. 1 a 6, y AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid 1982, a quien pertenece la cita de Castillo de Bovadilla. Igualmente, CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, libro VII, título LXV, 2 (traducción García del Corral, II, Barcelona 1895).

⁷ Asumiendo en el primer caso finalidades propias de la antigua *querela nullitatis*. Piénsese que el tribunal de casación puede declarar la nulidad de todo lo actuado y la reposición de las actuaciones al momento en que se cometió la falta (arts. 850, 851 y, en la redacción dada por Ley de 16 de julio de 1949, 901 bis a) LECrim).

La justificación invocada no extrañará: necesidad de articular mayores garantías procesales en favor del reo⁸.

Pero, según se ha adelantado, a mediados-finales del siglo XIX comienza a cuestionarse el establecimiento de una garantía similar, entrándose en una dialéctica de confrontación fruto de dos líneas de pensamiento distintas. De un lado, la tradicional garantista según la cual el doble grado es una *irrenunciabile garanzia di justizia*, una *garantie fondamentale de bonne justice*, y como tal no sujeta a sustitución ni a derogación. De otro, aquella más novedosa que analizó —y analiza— la institución desde una perspectiva diferente, principalmente como instrumento jurídico-técnico. Como es de imaginar, fue este último enfoque el causante del declive —o del cierto declive— de la regla del doble grado de jurisdicción. Sus partidarios, advirtiendo del anacronismo de la anterior concepción y creyendo que no había motivo alguno para sostener que la segunda sentencia fuera mejor y más atendible que la primera, lo convirtieron en criterio prescindible.

Y así en el ámbito de los intereses privados se fue relegando, o negando, su inicial consideración de garantía procesal para sustentarse, y de forma mayoritaria —aunque no única— además, en su condición exclusivamente técnica. Costaría algo más en el enjuiciamiento penal, influenciado por su vocación pública y por los derechos en juego —«los fueros de la inocencia»—. No obstante, hubo un dato asociado a los principios del procedimiento que se pretendía crear que hizo que Alonso Martínez alterara el sistema de doble instancia hasta entonces vigente.

⁸ La regla decimocuarta del artículo 51 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria, de 26 de septiembre de 1835, disponía: «La sentencia definitiva será notificada a éstas inmediatamente, y, apelen o no, se remitirán desde luego los autos originales a la Audiencia del territorio con previa citación y emplazamiento de las mismas, siempre que la causa fuere sobre delito a que por la ley esté señalada pena corporal. Si la causa fuere sobre delito liviano a que por la ley no se imponga pena de esta clase, sólo se remitirá a la Audiencia con igual formalidad cuando alguna de las partes interponga apelación dentro de los dos días siguientes al de la notificación de la sentencia; la cual causará ejecutoria, y será llevada desde luego a debido efecto por el juez si no se apelare en dicho término». Y lo confirmaba su artículo 72: «En las demás causas criminales que vengán en apelación de juzgado inferior, o en consulta de sentencia definitiva pronunciada por él sobre delito de pena corporal, la Audiencia para determinar en vista o en revista oírá (...)». Sobre ello, ORTIZ DE ZUÑIGA, *Biblioteca Judicial*, II, Madrid 1840, pág. 98 a 100, y GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, III, Madrid 1861, pág. 204 y 213 a 227.

3. Oralidad, escritura y régimen de impugnación

El último lugar común incide, precisamente, en el modelo de proceso nacido con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y, sobre todo, en su justificación vinculada que fue al juicio oral que se instauraba y a la garantía de inmediación que exigía.

Es de atender entonces al diseño procesal establecido, diseño que partía de una instancia única presidida por aquellos criterios y que se concretaba después en la posibilidad de un ulterior recurso extraordinario, casación. Y a las razones de su previsión, razones que se asociaron a la eliminación de la escritura en el grado, en tanto en cuanto enlazaba con procedimientos inquisitivos, y a la consiguiente y necesaria presencia del juzgador en la práctica de las pruebas. Por ello, aquel medio de impugnación extraordinario, un medio cuyo ámbito de conocimiento prescinde de la revisión de la declaración de hechos probados realizada por el juzgador *a quo* para alcanzar a cuestiones únicamente jurídicas, bien procesales bien materiales.

Ahora bien, se faltaría a la verdad si no se adelantara e indicara que aquel modelo ha sido seriamente cuestionado y que su lógica interna ha terminado superada, cuando no sencillamente destruida, por efecto de los sucesivos y no siempre afortunados cambios legales. En este estado de cosas, no puede sorprender la falta de coincidencia doctrinal sobre la influencia de la forma escrita u oral en la previsión del doble grado o la instancia única. Y así y de nuevo el tópico habría dejado de funcionar, matizadamente al menos y como luego se verá.

3.1 Entendimiento inicial y disparidad posterior

En efecto y comenzaríamos por el principio.

En 1882 y como justificación oficial al sistema de impugnación legalmente dispuesto –y con ella a la controvertida supresión de la segunda instancia que hasta finales de siglo había estado presente en la construcción del proceso penal patrio– se indicó la necesidad de cambiar «la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cual más importantes: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la

averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad»⁹.

Semejante motivación, sin embargo, no respondía a su inteligencia última. En realidad, el legislador y la doctrina de la época situaron su fundamento en los denominados principios del procedimiento, más en concreto, en la oralidad -e intermediación- del juicio que se creaba. En ellos radicó la verdadera -e implícita- motivación del cambio anunciado y ordenado. Así concluyó la práctica totalidad de los comentaristas de la época, que contaron además con el aval excepcional del preámbulo de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870. En aquel lugar se decía:

- a. Que la forma oral y pública y de única instancia es siempre «de necesidad absoluta e indispensable cuando el Jurado intervenga».
- b. Que «la segunda instancia no es aplicable al juicio oral» porque éste «no puede repetirse dos veces».
- c. Y que «el legislador que lo acepte (el juicio oral, se entiende) debe aceptarle con todas sus consecuencias» (es decir, con la exclusión del doble grado).

Por estas -y otras- consideraciones no causa desconcierto el sistema de impugnación finalmente acordado y la uniformidad de su configuración legal. Una uniformidad que sólo se vio alterada en faltas -hoy desaparecidas tras la reforma del Código Penal de 2015- donde, con la antinomia que ello entraña, se estableció un recurso ordinario, apelación -inicialmente seguida de casación- como instrumento de revisión de la sentencia definitiva dictada. Tal vez en el origen de esta salvedad se encontrara el carácter lego de sus juzgadores o, incluso, una cierta reminiscencia de anteriores formas inquisitivas. Si se tiene en cuenta el número de recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional, no parece explicación desacertada (aunque, si bien se mira, las quejas de

⁹ Señala ARANGÜENA FANEGO, «Proceso penal y doble instancia», en Justicia 1994, pág. 33, que su lectura «no hace sino poner de manifiesto que la única instancia aparecía en los últimos decenios del siglo XIX como un principio de indispensable acogida para hacer realidad los de publicidad, oralidad, intermediación, libre valoración de la prueba por el Tribunal colegiado y participación popular en la justicia mediante el Jurado, pilares todos ellos básicos del nuevo sistema acusatorio formal rector del proceso penal consagrado por las nuevas leyes».

inconstitucionalidad señaladas pondrían de manifiesto tanto una inadecuada formulación de la primera instancia como un defectuoso funcionamiento de la impugnación). Pero, sea o no así, lo cierto es que desde la perspectiva del autor de la Ley de 1882 se trató de una decisión contradictoria que no hacía sino poner en entredicho su propio planteamiento anterior.

Con todo, la previsión originaria de instancia única y casación, que se enmarcaba en esa nueva visión del proceso -ya claramente acusatorio- y que, como se ha podido apreciar, no se hallaba exenta de meditación, se vio superada por una serie de reformas legales que, sin demasiado orden y concierto, condujeron a un cambio de modelo. Al margen de las razones últimas, resulta de fácil comprobación que del sistema dispuesto por Alonso Martínez solo quedó -queda hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre y su aplicación a los procedimientos iniciados bajo su amparo- el enjuiciamiento por delitos graves, esto es, por ilícitos -y no todos- castigados con pena privativa de libertad superior a cinco años o a diez si fuera de otra naturaleza (bien sea única, conjunta o alternativa). Para el resto, y de nuevo tampoco todos (aunque sí se engloban las multas cualquiera que sea su cuantía), el proceso se estructuró -se estructura de momento- bajo el criterio de doble grado de jurisdicción. Es de observar entonces que la regulación descrita se disponía -dispone- sin importar el procedimiento a seguir y, lo que podía -puede- resultar más discordante y paradójico (como en el caso de las faltas), no obstante el mantenimiento del juicio oral e inmediato en la instancia y la proclamación constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Que la disparidad de régimen que se está comentando rompió con la lógica inicial de la Ley de 1882, amen de carecer de sentido, no requiere de mayores comentarios. Es suficiente con verificar -y tampoco parece preciso extenderse a reformas legales ocurridas con anterioridad¹⁰- lo que dispuso la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal. Porque en el procedimiento abreviado allí establecido se introdujo, expresamente en un caso implícitamente en otro, una distinta posibilidad de recurso en función del órgano que conoció y resolvió definitivamente la instancia (y

¹⁰ Téngase en cuenta que la Ley 3/1967, de 8 de abril, que entró en vigor el 1 de enero de 1968, ya preveía este medio de impugnación y que, con anterioridad a la misma, se había establecido la apelación frente a sentencias dictadas por el magistrado de lo penal en la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, de 24 de diciembre de 1962 (art. 33).

prescindimos del mal llamado recurso de anulación regulado en el art. 793 LECrim, medio de impugnación de la cosa juzgada que procede únicamente frente a sentencias dictadas en ausencia del acusado, y por supuesto del también erróneamente denominado recurso de revisión al que se refiere el precepto anterior). De ahí esa pérdida de coherencia. Si el procedimiento abreviado se desarrolló ante el Juez de lo Penal o Juez Central de lo Penal, lo que implica un delito menor, cabía y cabe interponer apelación frente a la sentencia por él dictada (arts. 89 bis 2 y 3 LOPJ y 14.III y 790 y ss. LECrim), mientras que si se enjuició por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial o Nacional (art. 82.1.1º y 65.1º LOPJ y 14.IV LECrim), o incluso por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en los casos en que tiene competencia para conocer del juicio oral (art. 73.3 a y b LOPJ), el recurso procedente, pese al silencio de la Ley Orgánica 7/1988, era y de momento es casación y ello por aplicación supletoria del régimen general de este medio de impugnación contenido en los artículos 847 y ss. de la LECrim (naturalmente, en su redacción anterior a 2015).

Y a partir de ahí su discutible defensa. Alejándose de los principios del procedimiento, la razón dada se limitó a la carga de trabajo de un determinado órgano jurisdiccional: «Atendida la acumulación de asuntos que se registra en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que en parte se verá paliada por la aplicación de la reciente reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en virtud de la Ley 21/1988, de 19 de julio, se considera procedente mantener la limitación del recurso de casación a las sentencias dictadas por las Audiencias en única instancia, lo que supondrá una importante disminución del número de sentencias susceptibles de ser recurridas en casación»¹¹. Sobran de nuevo comentarios. Tal vez por ello, por esa falta de razonabilidad, las objeciones doctrinales y jurisprudenciales no se hicieron esperar: si el fundamento -además unánimemente aceptado- de los medios de impugnación en sentido estricto es «la posibilidad de errores en la aplicación de las normas procesales y materiales y en los juicios de hecho que el juzgador debe realizar»¹², la

¹¹ En estos términos se pronuncia el Preámbulo de la Ley Orgánica citada, 7/1988, de 28 de diciembre, y con ellos se da soporte al régimen de recursos que, frente a sentencias dictadas en proceso abreviado, recoge su articulado

¹² ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, II-1º, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, y MONTÓN REDONDO, Barcelona 1994, pág. 363. En efecto y como señala SPANGHER, *Per una ridefinizione dei poteri del giudice penale d'appello, en Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni, Democrazia e diritto*, suplemento al número 1 enero-marzo 1992, pág. 130, la atribución a las partes del derecho de impugnación no nace de una supuesta mayor validez o fuerza de la sentencia pronunciada por los órganos superiores, sino más bien

sobrecarga de trabajo del tribunal competente, aunque sí podría motivar una limitación en el número de recursos permitidos, nunca debería convertirse en criterio rector de la configuración de un concreto régimen de impugnación¹³.

3.2 Su puesta en cuestión

En cualquier caso, ha de reconocerse que este camino de excepciones y salvedades (emprendido en 1967 y continuado después en 1988 y en 2002¹⁴) posibilitó el nacimiento de un ambiente crítico y detractor respecto del modelo procesal resultante y al mismo tiempo permitió el resurgir de un sentir favorable a la segunda instancia o, si se quiere, a la apelación en tanto en cuanto recurso ordinario y por ello garantía esencial del proceso.

Al punto que se comenzó a rebatir la inteligencia de la celeridad, quizá no tanto en sí misma considerada como en comparación con el régimen de instancia única y recurso de casación, que ya no resultaba tan clara y esencial: se afirmó así que en uno y otro caso el *iter* procesal resulta cuando menos igual de complejo y prolongado¹⁵.

del reconocimiento de una abstracta posibilidad de errores procesales y de juicio. A esta razón fundamental se añadirían otras como la insatisfacción subjetiva, hoy esencial, o la unificación de jurisprudencia. Obviamente, las cosas cambiarían si la causa principal de la previsión legal fuera esta última.

¹³ Al respecto primer autor, obra y lugar citados nota anterior, quien señala que por motivos de seguridad jurídica debe establecerse un límite razonable a las posibilidades de impugnación. «En la fijación de ese límite, continúa, puede atenderse legítimamente a razones de efectividad de la tutela judicial y a la carga de trabajo en los tribunales de grado superior».

¹⁴ En esta fecha se aprueban la Ley 38/2002 y la Ley Orgánica 8/2002, ambas de 24 de octubre (la última complementaria), de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Para aquel procedimiento especial también se prevé el recurso de apelación (art. 803 LECrim).

¹⁵ La necesaria rapidez en la tramitación de los procesos penales fue, como vimos, una de las razones de la supresión de la segunda instancia pues la misma, se decía –y en ciertos sectores continúa diciéndose–, estimula dilaciones indebidas. Este argumento desde luego queda fuera de lugar si a la única instancia le sigue un recurso extraordinario. Pero además tiene razón ALLORIO, «Sul doppio grado del processo civile», en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milán 1979, pág. 1792, cuando señala que la delicada cuestión de la doble instancia no puede resolverse desde el automatismo del parangón entre la duración del proceso con un grado y con dos.

Hoy la problemática de las dilaciones se ha desplazado fundamentalmente a la fase de instrucción. De ahí la nueva redacción del artículo 394 de la LECrim y su discutida entrada en

Y al punto también que se abrió la discusión a la escritura como condicionante básico del doble grado. En este sentido y en ciertos círculos se llegó a proclamar su compatibilidad con los procesos orales, a partir de 1978 queridos como tales por la propia Constitución. Un ejemplo lo encontramos en Alcalá-Zamora quien, antes incluso (1934), señalaba, refiriéndose a una posible reforma del proceso civil y «para salir del paso de afirmaciones deslizadas con excesiva ligereza y en un tono dogmatizador inadmisibles (...), que el deseo de implantar la oralidad en el enjuiciamiento civil, no era razón bastante para desterrar así porque sí la doble instancia que es perfectamente compatible con aquélla. Quienes creen, continuaba diciendo, por la contemplación de nuestro proceso penal, que instaurado el juicio oral la dualidad de instancias no sólo no es necesaria, sino ni siquiera posible, por la imposibilidad de reproducir aquél, comienzan por no acordarse de algo tan de todos los días como el juicio de faltas, que también es oral, lo que no ha sido obstáculo para consentir en él la apelación, y olvidan la legislación y la doctrina comparada donde se permite y propugna, respectivamente, dicho sistema aún en procedimientos orales»¹⁶.

No obstante y sin perjuicio de volver sobre esta última cuestión más adelante, baste indicar ahora que la misma se convirtió en el principal caballo de batalla de la segunda instancia penal. En el fondo, la apasionada defensa de Alcalá-Zamora siguió tropezando con aquella idea proclamada desde antiguo según la cual el doble grado estaba unido, de manera irremediable y positiva o negativamente, a la forma escrita u oral de los actos procesales y a sus máximas consecuencias, básicamente mediación o inmediatez.

Por eso no puede extrañar que continuaran existiendo disidencias. Por eso no debe sorprender que, al tiempo o casi al tiempo de la aparición de ese parecer científico y normativo propicio a la segunda instancia, surgieran críticas por su funcionamiento que, se dirá, no responde a las expectativas abiertas por el legislador. Por eso no impresiona que la percepción favorable al doble grado llegara a oscurecerse hasta el punto de hacer surgir la temida pregunta de si verdaderamente el segundo examen es más plausible que el primero. En este camino, se recordaron

vigor (Disposición transitoria única, apartado 3, de la Ley 41/2015, de 5 de octubre: este precepto se aplicará a los procedimientos que se hallen en tramitación a la entrada en vigor de esta ley. A tales efectos, se considerará el día de entrada en vigor como día inicial para el cómputo de los plazos máximos de instrucción que se fijan en la presente ley).

¹⁶ ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid 1934, pág. 172 y 173.

las palabras de Ulpiano en el Digesto (XLIX, I, 1). Conforme a ellas no se puede excluir la posibilidad de que el posterior grado sirva a veces para empeorar sentencias bien dadas ya que no siempre va a resolver mejor el que lo hace en el último lugar.

La desaparición del lugar común, sin embargo, no ha impedido que las reticencias expuestas hayan sido objeto de relegación y destierro. Ciertas proclamaciones internacionales y, sobre todo, la interpretación realizada por quien tiene la última palabra al respecto han propiciado la llegada de un clima de consenso en cuanto a la reforma del sistema de impugnación. Ese clima es el recogido por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, y ahora por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que implanta definitivamente el doble grado, apelación, seguido de un recurso extraordinario, casación. A una y otra cuestión se dedican, fuera ya de los tópicos, los dos últimos apartados y, como es natural, las páginas siguientes que comienzan con esa visión internacional.

II. LA CRÓNICA DE UN DESENCUENTRO: EL DERECHO AL RECURSO Y LOS DICTÁMENES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU

Es difícil concluir si en algún momento de la historia de nuestro proceso penal se desvaneció totalmente la idea originaria de la doble instancia como instrumento a integrar en el sistema de garantías del proceso. Incluso en la época de Alonso Martínez es muy posible que se confinara semejante caracterización no por su estricta negación sino más bien por la preponderancia que se dio a otra salvaguarda de importancia trascendental en aquellos momentos: el juicio oral, inmediato y público que se implantaba y que, calificado como «progreso de la ciencia», pretendía romper definitivamente con «el procedimiento escrito, inquisitivo y secreto para sustituirle con los principios tutelares de la libertad, de contradicción, igualdad de condiciones entre partes contendientes, publicidad y oralidad...».

Menos complejo parece colegir que el doble grado de jurisdicción ha ido levantándose de sus cenizas y reconstruyéndose con el paso del tiempo. Tan así es que desde finales del siglo XX podría afirmarse que ha vuelto a asumir esa condición de pieza básica del enjuiciamiento en general y de los delitos y faltas en particular. A ello, evidentemente, ha contribuido la normativa internacional suscrita por España en relación con las atenciones y protecciones básicas del enjuiciamiento criminal y con el sistema de

impugnación de las sentencias allí recaídas (arts. 14.5 PIDCP y 6 y 13 CEDH).

1. Sobre el derecho

Si el condenado en un proceso penal tiene atribuido un derecho al recurso con naturaleza de fundamental es por su proclamación como tal en el artículo 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta normativa fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y en Resolución 2200 (XXI). La misma entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y su ratificación por España se produjo, sin reserva alguna, en instrumento de 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de dicho mes y año), convirtiéndose así en derecho interno por imperativo del artículo 96.1 de la Constitución Española. En aquel precepto se reconoce a toda persona declarada culpable por la comisión de un hecho delictivo el derecho a que la sentencia condenatoria dictada sea revisada por un tribunal superior¹⁷.

A esta disposición, y ya en sede europea, se ha unido el artículo 2 del Protocolo n.º 7 al Convenio de Derechos Humanos. La fecha es ahora el 22 de noviembre de 1984, si bien debe advertirse que la ratificación española tiene un matasellos más reciente, el 28 de septiembre -con entrada en vigor el 1 de diciembre- de 2009, y tras superar el escollo de Gibraltar (BOE de 15 de octubre de dicho año¹⁸). Este artículo, que recoge un derecho similar

¹⁷ Recuérdese entonces que el artículo 2 de ese mismo texto internacional determina que cada uno de los Estados parte se compromete: (i) «a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos» en el mismo, sin distinción alguna; (ii) «a adoptar las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos» en él contemplados; y (iii) a otorgar a toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados la facultad para interponer un recurso efectivo, y ello «aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales». Por tanto, el compromiso adquirido por los países firmantes comporta actitudes en cierto modo pasivas, una especie de obligación de no hacer: abstenerse de vulnerar lo dispuesto en el Pacto. Pero también y sobre todo implica, posturas activas, obligación que sería de hacer: establecer las normas precisas para dar efectividad a los derechos.

¹⁸ Como curiosidad, el escollo se sorteó incluyendo en el instrumento de ratificación el siguiente texto: «España formulará la siguiente Declaración para el caso de que el presente Convenio del Consejo de Europa sea extendido por el Reino Unido a Gibraltar: 1. Gibraltar es un territorio no autónomo de cuyas relaciones exteriores es responsable el Reino Unido y que está sometido a un proceso de descolonización de acuerdo con las decisiones y resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 2. Las autoridades de Gibraltar tienen un carácter local y ejercen competencias exclusivamente internas que

aunque con excepciones, se rubrica como «Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal» y viene a ordenar lo siguiente: «1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, será regulado por la ley. 2. Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución»¹⁹.

No puede, sin embargo, decirse lo mismo de la Constitución Española. A diferencia de otros textos constitucionales -como el italiano, cuyo artículo 111 dispone (...) *Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge (...)*-, nuestra Norma Fundamental no contiene un precepto expreso y similar al respecto. Semejante carencia, que no resulta desmentida por la existencia de distintas referencias constitucionales a la impugnación, que lo son además dispersas y en muchos casos implícitas²⁰, no impide sostener la existencia

tienen su origen y fundamento en la distribución y atribución de competencias efectuadas por el Reino Unido, de conformidad con lo previsto en su legislación interna, en su condición de Estado soberano del que depende el citado territorio no autónomo. 3. En consecuencia, la eventual participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del presente Convenio se entenderá realizada exclusivamente en el marco de las competencias internas de Gibraltar y no podrá considerarse que produce cambio alguno respecto de lo previsto en los dos párrafos precedentes».

¹⁹ Recuérdese aquí también que el Convenio, que se había firmado en Roma el 4 de diciembre de 1950 y por España el 29 de septiembre de 1979, no contenía previsión alguna sobre el derecho al recurso. Pese a ello, la doctrina vino señalando que la falta de mención no debía interpretarse como una exclusión expresa de la impugnación (véase CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano 1982, pág. 184 a 187). Opinión correcta como ha podido comprobarse por el contenido de aquél Protocolo, dedicado precisamente a la integración de la citada Convención tal y como se hace constar figura en sus palabras iniciales: «Resueltos a tomar ulteriores medidas para asegurar la garantía colectiva de algunos derechos y libertades por medio del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950».

²⁰ Tales menciones no permiten concluir, ni en sí mismas consideradas ni en cuanto excluidas del Capítulo Segundo del Título I, en favor de su consideración como derecho fundamental. Nótese que el artículo 118 de la CE tan solo establece la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes; que, por su parte, el artículo 123.I sencillamente determina la superioridad del Tribunal Supremo en todos los órdenes; y que, por último, el artículo 152.1.III, si bien cita a las instancias procesales, lo hace partiendo de su previa existencia sin exigir una u

patria de un derecho fundamental al recurso. Derecho del que sería titular el condenado, esto es, la persona declarada culpable en un proceso de naturaleza penal, y que se integraría en el artículo 24 de la CE. Que dicha confluencia lo sea en su apartado uno, en la faceta del derecho a la tutela judicial efectiva (posición mayoritaria durante algún tiempo), o en el dos, derecho a un proceso con todas las garantías (a mi juicio alternativa correcta en tanto en cuanto se trata de una *irrenunciabile garanzia di giustizia*), o en ambos a la vez es indiferente a los efectos que nos ocupa. Sucede que en cualquiera de las interpretaciones mencionadas aquella existencia y condición se muestran innegables, asegurándose en una y otra hipótesis tanto su protección a través del amparo constitucional, como además y previamente su obligado respeto por parte del legislador y del mismo juzgador –concretándose a través del establecimiento de las condiciones necesarias para su viabilidad normativa, primero, y forense, después²¹-. Y todo ante la aplicación de los artículos 96.1 y 10.2 de la propia Constitución.

Por ello es por lo que resulta incompatible con lo dispuesto en el Pacto –y en el Protocolo o en nuestro Texto Fundamental- cualquier norma procesal interna que excluya absolutamente la presencia de un instrumento de ataque contra la sentencia de condena -no afectaría, pues, ni a las absolutorias ni a los pronunciamientos civiles de la misma²²- o, en su

otra creación. Véase BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona 1992, pág. 593 y 594, y SUAU MOREY, *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Barcelona 1995, pág. 32.

²¹ Para los medios de impugnación en general, civiles, administrativos y sociales, amén de los penales cuando se dirigen frente a decisiones no resolutivas del objeto de dicho proceso, el recurso no es un derecho fundamental y su establecimiento vendrá dado por exclusivos criterios técnico-jurídicos de política legislativa. Por ello el Tribunal Constitucional ha venido señalando, de forma unánime y sin discrepancias, que únicamente cuando la voluntad del titular de la potestad legislativa hace realidad la instauración de un medio de impugnación se entenderá contenido en el derecho a la tutela judicial efectiva. Será entonces y sólo entonces cuando podrá surgir una violación del derecho al recurso -derecho que comprenderá tanto la interposición como el desarrollo y posterior resolución del mismo- con trascendencia constitucional.

²² En el primer caso podría ser matizable como consecuencia del motivo de absolución. En este sentido se pronuncia, y no sin cierta razón, GARBÉRÍ LLOBREGAT, «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución», en AJA 1998 nº 331(BIB 1998/538), para quien la expresión fallo condenatorio no debe «ser interpretada en su sentido literal, sino extendiendo el significado de la misma a los pronunciamientos penales mediante los que se imponga una pena y a aquellos otros que, aunque absolutorios, no declaren expresamente la falta de participación del acusado en los hechos enjuiciados». Y entre estos últimos especificaba antes: «la concurrencia de una eximente, o la prescripción del delito enjuiciado, o la ilicitud de la prueba de cargo practicada...», supuestos en los cuales, si bien

caso, que rechace en un supuesto concreto la «revisión» exigida por el órgano superior. Sería por tales motivos inconstitucional. Y la excepción, que luego se verá, los procesos seguidos contra aforados ante el Tribunal Supremo y ciertas absoluciones seguidas de sentencia de condena firme.

2. La cuestionada libertad del legislador interno

Derecho al recurso, sí. Pero, según expresaba aquella normativa internacional, derecho al recurso «conforme a lo prescrito en la ley». En principio, pues, la única obligación para el titular de la potestad legislativa es ofrecer una posibilidad de impugnación a través de lo que en nuestra terminología sería un recurso devolutivo con suficiente extensión como para permitir la revisión del juicio de culpabilidad efectuado. El compromiso adquirido presenta, por tanto, dos extremos. El primero no parece plantear excesivos problemas y ello aunque la hermenéutica de la superioridad orgánica pueda incluir una doble vertiente, jerárquica y/o funcional. El segundo, sin embargo, ofrece dificultades de concreción en relación con las facultades de conocimiento que se conceden al tribunal *ad quem*: su ámbito de actuación ¿recae sólo sobre el derecho aplicado o incide también en los hechos declarados probados?

La respuesta a esta cuestión no es sencilla. Específicamente, nada dicen los textos internacionales transcritos y menos aún la Norma Fundamental española. Luego el intérprete tiene ante sí la tarea de determinar si el derecho fundamental al recurso lo es a cualquiera dispuesto por el legislador o si, por el contrario, ha de referirse a una tipología definida, aquella, lógicamente, que otorgue las mayores facultades de revisión. Y, pensando en nuestro país, referencia debida sería la apelación en cuanto medio de impugnación de naturaleza ordinaria que permite la apertura de una segunda instancia.

no se impone al sujeto pasivo del procedimiento condena alguna, sí se hace recaer sobre su persona el perjuicio ético y moral inherente a toda declaración judicial solemne en la que se implica a un sujeto en la comisión de un hecho punible, e incluso, más gravemente, una posible indefensión si la persona así absuelta resulta después condenada en vía de recurso interpuesto por las partes acusadoras, no habiendo podido recurrir por sí mismo (por la supuesta ausencia de gravamen), ni habiendo podido oponerse a las razones justificativas de la absolución decretada en esas condiciones (por ocupar el «status» de parte recurrida, incapaz, por tanto, de alegar o invocar cuestiones distintas a la de la mera oposición a la causa concreta de impugnación esgrimida por el recurrente principal)». No obstante, que se le deba presuponer interés no significa que sea titular de un derecho fundamental como el propio.

Aunque, en último término, el silencio se percibe relativo. Si bien se mira, tanto el Pacto como el Protocolo se remiten a la ley para la configuración del recurso, siendo precisamente este reenvío el que permitirá sostener –y con cierto fundamento además– la libertad del detentador interno del Poder Legislativo.

Desde luego, no otra es la tesis del Tribunal Constitucional español que, en sentencias numerosas y constantes, se inclina por subrayar aquella libertad con un primer acento en la determinación de cuál sea el órgano superior funcionalmente competente y uno segundo respecto a la decisión de cómo se someta al mismo la sentencia condenatoria. Así, en su STC 37/1988, de 3 de marzo, ya descubría respecto de la revisión prevista en el artículo 14. 5 «que en nuestro ordenamiento cumple tal función en determinados supuestos el recurso de apelación (...); y permite asimismo que dentro del ordenamiento jurídico en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un tribunal superior».

Y el mismo parecer se encuentra en el resto de órganos jurisdiccionales patrios tal y como se aprecia en la STS 1173/2009, de 17 de noviembre, y ello con independencia del reconocimiento, en su último párrafo, de la necesidad de una modificación legal:

«3.-Como se dijo en el auto de 16 de Febrero de 2004, no se puede discutir, si nos fijamos en la literalidad del artículo 14.5 del Pacto, que el Tribunal Supremo ostenta la condición de Tribunal Superior tanto respecto de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional, por lo que en este aspecto las previsiones están efectivamente cubiertas. Ahora bien, es preciso reconocer que más allá del texto de la Ley lo que pretende el Pacto, no es la simple intervención de un Tribunal Superior, sino que exige que el tipo de recurso, previsto por el sistema, sea efectivo, en cuanto permita unas ciertas expectativas de revisión del material probatorio.

4.- Nuestro sistema procesal puede cumplir con las previsiones del Pacto, si se establecen mecanismos que permitan reinterpretar la decisión del Tribunal de Instancia, revisando la racionalidad de los métodos lógico-inductivos que supone toda actividad judicial de evaluación de las pruebas. Esta actividad tiene que garantizar y extender al máximo las posibilidades de defensa.

- 5.- En todo caso, se debe advertir, que un posible recurso de apelación que ya se ha establecido por el legislador en España, no puede garantizar la plena revisión y reestructuración del material probatorio de la primera instancia, y ni siquiera la grabación videográfica del juicio permite tener un conocimiento idéntico al que permite la percepción sensorial inmediata de las sesiones del juicio oral. Las vivencias así adquiridas son intransferibles, por lo que el Tribunal de Apelación tendría que hacer una valoración aproximada de las pruebas.
- 6.- Es cierto que el Recurso de Casación, en su concepción originaria y en sus modificaciones realizadas antes de la vigencia de la Constitución Española, no satisfacía las exigencias del Pacto, ya que se anclaba en un rígido formalismo, que rechazaba cualquier posibilidad de revisión probatoria que no fuese derivada, con carácter excepcional, del contenido de un documento que evidenciase, sin contradicción alguna, el error en que había incurrido el juzgador de instancia.
- 7.- Podemos afirmar tajantemente que éste no es el modelo actual. La Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 5.4 han abierto una amplia expectativa a la revisión probatoria. La vía de la vulneración de los derechos fundamentales de todo acusado de un hecho delictivo y la prevalencia de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la necesidad de motivar suficientemente cuáles han sido los criterios intelectivos y el juicio lógico que ha llevado al órgano juzgador a dictar una determinada resolución, son suficientes elementos para afirmar que el recurso puede ser efectivo. Como se puede comprobar a lo largo de la lectura de esta Sentencia, este proceso revisorio se ha realizado con profundidad y detalle.
- 8.- La Ley Orgánica de 23 de Diciembre de 2003 que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya anuncia las vías competenciales para generalizar la doble instancia residenciándola en los Tribunales Superiores de Justicia, pero sin haber desarrollado estas previsiones.
- 9.- La petición no puede ser resuelta en el sentido que pretende la parte recurrente. Ahora bien, la implementación de la doble instancia debe ser abordada con urgencia por el legislador, sobre todo, a partir del Instrumento de Ratificación por España del Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos

Humanos y de las Libertades Fundamentales (BOE 15 de Octubre de 2009). Desde que el Plenipotenciario de España lo firmó el 22 de Noviembre de 1984, resultaba, cada más urgente, dar coherencia a las decisiones legales y a los compromisos asumidos por España. Utilizando la fórmula tradicional de los Instrumentos de ratificación, promete cumplir, observar y hacer que se cumpla en todas sus partes. El Instrumento de Ratificación contiene solamente la reserva o cláusula de estilo referida a Gibraltar pero no añade ninguna otra. El Protocolo, en su artículo 2, reitera que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. *El ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.* Se añade, en el apartado 2 que este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad, según las define la ley o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.

- 10.- España, a diferencia de otros países, no ha formulado reservas a este artículo 2 del Protocolo n.º 7. Dinamarca, Francia, Alemania, Italia y Holanda, entre otros países, han formulado algunas reservas, lo que les permite mantener parte de su sistema vigente. En el caso de España, debemos acogernos a la tesis tradicional ya expuesta de que el Tribunal Supremo, Sala Segunda, es incuestionablemente un Tribunal Superior y que el sistema de la casación constitucionalizada cubre las expectativas de la doble instancia».

Mas no ha sido ésta, o no lo ha sido exactamente, la postura de otro de los exegetas cualificados de la normativa en cuestión. Nos referimos al Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano convencional compuesto por dieciocho miembros que se eligen por cuatro años -con posibilidad de reelección- y cuya función es controlar la observancia del Pacto por los Estados firmantes (art. 28 PIDCP)²³. Sus pronunciamientos

²³ Y, antes de continuar, tres datos pueden ser de utilidad:

Ante todo, que desde el comienzo de su actividad -en Ginebra y Nueva York, de forma anual y con tres periodos ordinarios de sesiones-, dicho control ha venido realizándose a través de vías distintas. Entre ellas se encuentran, y al margen dejamos los informes periódicos -que lo son iniciales, en el plazo de un año desde la entrada en vigor para el Estado, y sucesivos cada vez que el Comité lo pide (art. 40)-, las reclamaciones interestatales -alegaciones de un

—a los que luego nos referiremos— sobre la casación española y el artículo 14.5 conducen a entender que el recurso legal necesariamente ha de autorizar la revisión íntegra del fallo condenatorio; y esto, se quiera o no, técnicamente solo se conseguiría con la apelación y siempre, claro es, que no se termine configurando de forma anómala.

Pues bien, el planteamiento anterior fue asumido por el ejecutivo español. Pese a no ser tesis absolutamente compartida por otros órganos supranacionales e incluso nacionales de naturaleza jurisdiccional (acaso por el distinto -¿- tenor del derecho reconocido en el artículo 2 del Protocolo n.º 7 al CEDH²⁴), los responsables políticos manifestaron en

país frente a otro por incumplimiento del tratado (arts. 41 y 42)- y las individuales -reproches ahora de personas concretas y por idéntica razón-, que son verdaderamente las que en estos momentos importan.

Después y enlazáramos con el punto anterior, que, conforme al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la misma fecha y entrada en vigor que este último, adhesión por instrumento de 17 de enero de 1985 (BOE de 2 de abril del mismo año), «todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita» (art. 2). Se trata, pues, de un instrumento «facultativo cuasi-contencioso» que se pone a disposición de cualquier sujeto para denunciar la vulneración, supuestamente realizada por uno de los Estados firmantes, de aquellos derechos y en tanto en cuanto titular de los mismos. De ahí el carácter de reclamación individual: a presentar por la presunta víctima, por su representante o por cualquier otra «persona que justifique que esté capacitada para actuar» en su nombre cuando sea evidente que aquélla no está en condiciones de hacerlo personalmente (art. 90 Reglamento del Comité de Derechos Humanos, de 24 de abril de 2001).

Finalmente, que España ha reconocido «la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto» (art. 1 Primer Protocolo Facultativo del PIDCP). Este reconocimiento, no obstante, tan sólo compromete la responsabilidad internacional del país en cuestión, sin que en modo alguno pueda entenderse como cesión o atribución de potestad jurisdiccional al mencionado organismo de la ONU. Así las cosas, la efectividad del sistema resulta francamente limitada. Se reduce, por un lado, al régimen de publicidad que ordena el artículo 6 del propio Protocolo y que prevé la inclusión de un resumen de las comunicaciones examinadas en el informe anual que sobre sus actividades ha de presentar conforme al artículo 45 del Pacto. Se circunscribe, por otro, a la vía dispuesta en el artículo 95 del RCDH donde se establece la designación de un relator especial para el seguimiento de las observaciones aprobadas, relator que informará periódicamente al Comité de los contactos, recomendaciones y medidas realizados al respecto y que éste nuevamente incluirá en su informe final. No extrañará entonces el exiguo alcance de sus dictámenes condenatorios, su lenta y generalmente mínima influencia en el comportamiento de los poderes públicos correspondientes... Hasta ahora.

²⁴ Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El doble examen en la jurisdicción penal», BICAM 2001 nº 17, págs. 121-123, y las resoluciones del TEDH que allí se recogen, que además lo son

todo momento su disposición favorable para acatar la hermenéutica del Comité señalando incluso como reforma indispensable la generalización de la segunda instancia. Desde esa inclinación positiva llegaron a arbitrar normas competenciales específicas y propusieron distintas reformas orgánicas y procesales dirigidas, al menos en teoría, a hacer realidad la

de inadmisión por no resultar en tales casos vulnerado el Convenio.

A ellas se pueden añadir las Decisiones de 19 de febrero de 2002, caso Ramos Ruiz y de 12 de junio de 2006, caso Jesús Eduardo Romero Martín, ambas contra España y con declaración de inadmisibilidad entre otras razones por considerar que «según su jurisprudencia constante, el hecho de que el «reexamen» al que procedió una jurisdicción suprema como el Tribunal Supremo español esté limitado a las cuestiones de derecho, no es contrario al artículo 6.1 del Convenio». Y la STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González contra España: «En cuanto a la queja del demandante según la cual no pudo discutir los hechos declarados probados en primera instancia debido a su absolución, el Tribunal confirma que el sistema nacional no prevé la posibilidad para los absueltos de discutir dichos hechos. Sin embargo, constata que el proceso ante el Juzgado de lo penal núm. 1 de Barakaldo (Vizcaya) se desarrolló con la celebración de una vista pública durante la cual el demandante tuvo la posibilidad de plantear los argumentos que considerara necesarios para oponerse a los hechos. Respecto al proceso de apelación, el Tribunal señala que al demandante se le notificaron las alegaciones del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado respecto al recurso de apelación y, con la asistencia de un abogado, dispuso de un plazo para responder, cosa que hizo. De esta manera, el demandante pudo beneficiarse de un proceso contradictorio conforme al artículo 6.1». O las SSTEDH, aunque no referidas a España y anterior y posterior a ella, de 13 de febrero de 2001, caso Krombach contra Francia, y de 13 de enero de 2009, caso Taxquet contra Bélgica. En esta última se indica: *La Cour rappelle que ces articles ne garantissent aucun droit à un double degré de juridiction et, de surcroît, la Belgique n'est pas partie au Protocole no 7. La Cour a, du reste, à plusieurs reprises, affirmé que le fait que le réexamen auquel procède une juridiction suprême soit limité aux questions de droit, n'est pas contraire à l'article 6 § 1 (mutatis mutandis, Loewenguth c. France (déc.), no 53183/99, CEDH 2000-VI, Pesti et Frodl c. Autriche (déc.), nos 27618/95 et 27619/95, CEDH 2000-I, Deperrois c. France (déc.), no 48203/99, 22 juin 2000, et Ramos Ruiz c. Espagne (déc.), no 65892/01, 19 février 2002).*

Además, puede verse la STEDH de 25 de mayo de 2010, caso Alberto Cortina de Alcocer y Alberto de Alcocer Torra contra España. O, más recientemente, la Decisión de 24 de septiembre de 2015, caso Dorado Baúlde contra España, donde se insiste: «El Tribunal reitera que los Estados contratantes disponen en principio de un amplio margen de apreciación para determinar en qué forma se ejerce el derecho garantizado por el art. 2 del protocolo núm. 7 del convenio. Por consiguiente, el examen por parte de una jurisdicción superior de una declaración de culpabilidad o condena puede referirse a ambas cuestiones de hecho y cuestiones de derecho o limitarse únicamente a las cuestiones de derecho (ver *Krombach c. Francia*, nº 29731/96, párrafo 96, TEDH 2001-II, y *Shvydka c. Ucrania*, nº 17888/12, párrafo 49, de 30 de octubre de 2014). A este respecto, los Estados contratantes pueden limitar el ámbito del examen por una jurisdicción superior en virtud de la referencia en el párrafo 1 del art. 2 del Protocolo núm. 7 a la legislación nacional (ver *Müller c. Austria* (nº 2), nº 28034/04, párrafo 37, de 18 de septiembre de 2008). En varios Estados miembros del Consejo de Europa dicho examen se limita a cuestiones de derecho o puede estar sujeto a que la persona que desea recurrir deba solicitar previamente la admisión del recurso (ver *Pesti y Frodl c. Austria* (dec.), nº. 27618/95 y 27619/95, TEDH 2000-I (extractos))».

construcción del proceso penal bajo el criterio del doble grado de jurisdicción.

No obstante, no se descubre nada nuevo al indicar que en estos quehaceres predominó sobre todo la voluntad. Las últimas promesas mencionadas no alcanzaron a convertir en ley una apelación que, si bien se generalizaba, dejaba de ser instrumento de introducción del doble grado al alejarse de su concepción tradicional como recurso ordinario. Y los primeros cambios, que sí se hicieron realidad, resultaron cuantitativa y cualitativamente insuficientes. El único «hacer», parcial en todo caso, se produjo como ya se indicó en el año 2003 con la previsión de una Sala de Apelaciones en la Audiencia Nacional (Sala que conocerá «de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal») y con la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Civil y Penal y actuando como esta última, del enjuiciamiento «de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes» (LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En estas condiciones, las competencias referidas no llegaron a entrar en funcionamiento. Requerían para su efectividad de la adecuación de las correspondientes disposiciones procesales y, naturalmente, de las imprescindibles previsiones presupuestarias, y ni una ni otra conciliación se consiguieron hasta la reforma última objeto de este comentario.

De ahí —y sirva de ejemplo— que el Comité de Derechos Humanos, en el 94º periodo de sesiones -13 a 31 de octubre de 2008, concretamente el día 30— y al examinar el informe presentado por España de conformidad con el artículo 40 del Pacto, aprobara, entre sus observaciones finales públicas, la siguiente: «17) El Comité, aunque toma nota de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como de la reforma emprendida por el Estado parte respecto del recurso de casación, observa con preocupación que las medidas provisionales y parciales en vigor, y las previstas en el marco de la reforma, podrían no ser conformes con el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto (arts. 2 y 14, párr. 5). El Estado parte debería tomar medidas necesarias y eficaces para garantizar el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior. El Estado parte debería velar por que la Ley orgánica N° 19/2003 garantice plenamente la doble instancia penal».

Y de ahí que, inmediatamente después, el Plan del Gobierno Español sobre derechos humanos, sancionado por Acuerdo del Consejo de Ministros de

12 de diciembre de 2008, contemplara en el primer ámbito de actuación exterior (ONU) y como tercera medida la introducción de «las reformas procesales necesarias para hacer efectiva la segunda instancia en todos los procesos penales, en cumplimiento de compromisos asumidos a nivel internacional (esencialmente, artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos), y de acuerdo con los dictámenes dictados al respecto por el Comité de Derechos Humanos».

Los años transcurridos desde entonces demuestran, pues, que hemos estado viviendo en la esfera de las intenciones, loables, desde luego, pero sin trascendencia final alguna²⁵. Y antes de entrar en las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recientemente aprobadas interesa acercarse a esos pronunciamientos del organismo de Naciones Unidas que, desde la óptica del Pacto, han enjuiciado el sistema de impugnación patrio con decisiones en muchos casos desfavorables al mismo.

3. La íntegra revisión como contenido del derecho

En una aproximación, como tal sujeta a error u omisión, podría indicarse que han sido más de cien las quejas individuales planteadas contra España por violación de la convención de Nueva York; se llegaron a mencionar ciento cinco hasta el año 2007. De ellas una treintena larga, y se dejan al margen las que pudieran estar en fase de preadmisión, lo fueron por inobservancia, única o entre otros, de su artículo 14.5 (y de nuevo salvo error u omisión). No hace falta resaltar que en términos proporcionales estamos ante un número muy elevado de denuncias, máxime si se tiene en cuenta que el porcentaje de estimación ronda el treinta y cinco por ciento y que la primera data del año 2000. Tal vez la ausencia de fuerza vinculante de dichos pronunciamientos para los Estados parte -ya lo apuntamos, el Comité no es órgano jurisdiccional- o/y el cuestionamiento de sus opiniones como discernimiento auténtico del Pacto -también lo anticipamos, nuestros Tribunales Constitucional y Supremo así lo entendieron en alguna ocasión- haya contribuido, aunque sorprenda, a su proliferación.

Sea o no así, lo cierto es que la pretendida –y parecía que seguida- obligatoriedad de sus recomendaciones no se ha hecho realidad en ninguna de las controversias patrias sometidas a su control. Si recordamos,

²⁵ Y eso que las condenas a nuestro país trascendieron a los medios de comunicación. Así se refleja en la noticia aparecida en el periódico El Mundo el día 15 de marzo de 2010. Lleva por título «España incumple el Derecho internacional» y su autor es Manuel Ollé Sesé.

estas quejas se han venido asociando a una triple problemática que va desde la falta relativa de impugnación (procesos de doble grado con una primera sentencia absolutoria y una segunda condenatoria y firme), hasta la ausencia absoluta de medios similares (procesos de instancia única sin posibilidad de recurso alguno en el caso de ciertos aforados), pasando, claro es, por la previsión de un instrumento de ataque en principio insuficiente a los efectos de cumplir con la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria (procesos de instancia única con recurso extraordinario). A esta última cuestión se dedican las reflexiones siguientes, reflexiones que han de comenzar con la génesis del desencuentro y su posterior relatividad.

3.1. El origen de la polémica

Pues bien, la encrucijada en la que se situó el legislador español tuvo su punto de salida en la Comunicación nº 701/1996, de 29 de mayo de 1995, caso Cesáreo Gómez Vázquez contra España. Dicha reclamación dio lugar a la que podría considerarse primera resolución estimatoria del organismo internacional, el Dictamen de 11 de agosto de 2000. Y ocurre que la misma, ni por las circunstancias del caso ni por el contenido y frecuencia de la alegación subyacente ni incluso por el sentido de la respuesta dada, puede calificarse de rareza²⁶.

Al contrario. La problemática que allí se abrió -y con una única salvedad que se refirió a la apelación y que lo fue de inadmisión (Decisión de 26 de abril de 2006)- tuvo carácter común al enjuiciamiento de los ilícitos penales de mayor gravedad. Es allí donde el proceso se estructuró -y todavía se estructura- bajo la fórmula de instancia única y recurso extraordinario ulterior. En cambio, en los litigios con jurado, y quizá por su caracterización

²⁶ Conviene apuntar la existencia de un Dictamen estimatorio anterior con fecha de 23 de junio de 1997. Me refiero al caso Michael y Brian Hill contra España, Comunicación nº 526/1993, de 1 de octubre de 1992. En esta ocasión los denunciantes no alegaron directamente violación del artículo 14.5 del Pacto, lo cual no impidió al Comité apreciarla sobre la base de que el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia condenatoria de primera instancia fue archivado (ante la negativa de dos abogados de oficio de sostener el recurso) y la subsiguiente falta de designación de un letrado de libre elección que pudiera hacerlo): «El Comité observa asimismo que, de conformidad con el artículo 876 de la Ley de enjuiciamiento criminal de España, el recurso del autor no fue visto efectivamente por el Tribunal de Apelación, porque no tenían un abogado que presentara el fundamento de la apelación. Por consiguiente, a los autores les fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto». Evidentemente, los antecedentes de los que trae causa esta queja nada tienen que ver con lo que estamos examinando. Se comprenderá entonces su exclusión del relato principal.

como jurado puro con separación orgánica en la instancia para el juicio de hecho y el de derecho, no llegó a cuestionarse el sistema de impugnación: apelación y posterior casación. Y no llegó a cuestionarse aunque el mismo, competencia de un tribunal profesional, estuviera siempre sujeto a una limitación en las motivaciones posibles y aunque éstas, sin duda lógicas, redujeran de forma notable las oportunidades de control del juzgador *ad quem* al situarse, entonces y ahora, en torno a errores jurídicos, procesales o no.

En todo caso y retomando aquella reclamación y sus alegaciones, se afirmó por el denunciante que «la Ley de Enjuiciamiento Criminal española viola el párrafo 5 del artículo 14 porque los casos de las personas acusadas de los delitos más graves están a cargo de un solo magistrado (Juzgado de Instrucción), quien, una vez llevadas a cabo las investigaciones pertinentes y considerar que el caso está listo para la vista oral, lo traslada a la Audiencia Provincial en la que tres magistrados presiden el juicio y dictan sentencia. Esta decisión sólo puede ser objeto de recurso de casación por razones jurídicas muy limitadas. No hay posibilidad de que el tribunal de casación vuelva a evaluar las pruebas, ya que toda decisión del tribunal inferior sobre los hechos es definitiva. Por el contrario, los casos de las personas condenadas por crímenes menos graves, condenas inferiores a los seis años, son investigados por un solo magistrado (Juzgado de Instrucción) quien, cuando el caso está listo para la vista oral, lo traslada a un único juez *ad quo* (Juzgado de lo Penal), cuya decisión puede recurrirse ante la Audiencia Provincial, lo cual garantiza una revisión efectiva no sólo de la aplicación de la ley sino también de los hechos». Y a la segunda, que giró en torno a la vulneración del principio de igualdad de trato: «la existencia de diferentes recursos, según la gravedad del delito, supone un tratamiento discriminatorio contra las personas condenadas por delitos graves, lo cual constituye una violación del artículo 26 del Pacto».

Por su parte, las observaciones del Estado español, no olvidemos que el procedimiento ante el Comité es contradictorio (arts. 4.2 y 5.1 Protocolo), se centraron en un primer momento en la posible existencia de causas de inadmisibilidad: (i) falta de agotamiento de los recursos internos por no haber recurrido en amparo al Tribunal Constitucional, que no se aceptó -«un recurso que no puede prosperar no puede contar y no tiene que agotarse a los fines del Protocolo Facultativo»-; (ii) y abuso de derecho por hallarse el autor en paradero desconocido, que tampoco se admitió -«un autor no pierde su derecho a presentar una denuncia en virtud del Protocolo Facultativo simplemente por no dar cumplimiento a una orden impuesta por una autoridad judicial del Estado Parte contra la cual se

presenta la denuncia»-. Para después entrar en el fondo y aludir a la renuncia del derecho a la revisión íntegra, basándose para ello en el contenido de la pretensión casacional del denunciante y en la entelequia de discriminación respecto a los ilícitos de menor entidad por tratarse de supuestos delictivos distintos.

Admitida la Comunicación, la respuesta del Comité a una y otra línea defensiva no pudo ser más clara.

Sí, a la vulneración del artículo 14.5 del PIDCP: «En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto (...), porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto».

No, a la presencia de la siguiente infracción alegada: «Con respecto a la supuesta violación del artículo 26 del Pacto porque el sistema español prevé distintos tipos de recurso según la gravedad del delito, el Comité considera que un tratamiento diferenciado respecto de diferentes delitos no constituye necesariamente una discriminación. El Comité considera que el autor no ha sustanciado una violación el artículo 26 del Pacto en este respecto».

Aunque cause extrañeza y según se adelantó, los pronunciamientos trascritos resultaban previsibles. El segundo por motivaciones elementales, el primero porque ya en 1996 este organismo internacional había instado «encarecidamente al Estado parte a que» instituyera «el derecho de apelación de los fallos de la Audiencia Nacional a fin de cumplir los

requisitos previstos en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto» (Observaciones Finales de 3 de abril de dicho año). Y, si bien es cierto que tales sugerencias o recomendaciones se localizaban en un contexto muy concreto -sospechosos de actos terroristas- y por ello se circunscribían a una hipótesis muy determinada -delitos competencia de aquel órgano jurisdiccional-, nada impedía su extensión a otros regímenes impugnatorios.

No parece oportuno examinar al detalle las vicisitudes del reclamante en cuanto a lograr la reparación exigida por el Comité: «De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser desestimada salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto». Un relato rápido incluiría las solicitudes de anulación al Tribunal Supremo, con recusación de uno de sus miembros incluida, la formulación de amparo ante el Tribunal Constitucional e incluso la petición de indulto al Gobierno. Todas ellas fueron denegadas, y correctamente en mi opinión ya que, con independencia de lo que se considere sobre las exigencias de aquel precepto y de ciertas matizaciones a alguno de los razonamientos jurídicos ofrecidos, no se deja de estar ante una institución que carece de potestad jurisdiccional y ante un derecho patrio que dificulta, *rectius*, imposibilita su obtención (véanse ATS de 14 de diciembre de 2001, confirmado en súplica por resolución de idéntica forma y de fecha 23 de abril de 2002, y STC 116/2006, de 24 de abril; también ATS de 5 de abril de 2002).

En este sentido, cabría recordar:

- a. Que «los dictámenes del Comité no tienen fuerza ejecutoria directa para anular los actos de los poderes públicos nacionales pues en el Pacto no existe cláusula alguna de la que se derive su ejecutoriedad».
- b. Que «el Ordenamiento jurídico español» carece de «una vía específica que permita a los Jueces la revisión de las Sentencias penales firmes como consecuencia de un Dictamen del Comité» y, por tanto y en cuanto instrumentos legalmente previstos para atacar la eficacia de cosa juzgada material, ni el incidente de nulidad de actuaciones ni el juicio de revisión son admisibles (y al margen y por razones obvias dejamos el juicio de anulación contra sentencias dictadas en ausencia del acusado)²⁷.

²⁷ Es de anotar que no ocurre lo mismo con las Sentencias dictadas por el Tribunal Europeo

- c. Y, por fin, que «el mandato del art. 14.5 PIDCP» no «es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (entre otras, SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3, ó 70/2002, de 3 de abril, FJ 7)»²⁸.

A partir de ahí y ante la imposibilidad de aplicación resultante, al mencionado Dictamen le siguieron varias comunicaciones, algunas desestimadas, otras resueltas favorablemente y las más inadmitidas²⁹.

de Derechos Humanos. Su condición de órgano jurisdiccional ha hecho que, tras una serie de vicisitudes iniciales que incluyen pronunciamientos dispares del superior de la pirámide judicial, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, dispusiera en su artículo 954 que «se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal».

Esta previsión recoge el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 que tuvo como único punto «La viabilidad del Recurso de Revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del TEDH en el que se haya declarado una vulneración de derechos fundamentales que afecten a la inocencia de la persona concernida. El referido acuerdo, con el que se puso fin a un periodo de negaciones reiteradas, decía lo siguiente: «En tanto no exista en el ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECrim cumple este cometido».

²⁸ Más «tortuoso» todavía fue el camino seguido por los autores ingleses –Michael y Brian Hill- de aquella Comunicación nº 526/1993, que se cita en la nota anterior. Utilización aparte de la senda de la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con petición de indemnización que resultó igualmente desestimada, piénsese que tras el Dictamen del Comité favorable a sus pretensiones: 1º) acudieron al incidente de nulidad de actuaciones, que resultó inadmitido por la Audiencia Provincial; 2º) después y frente a esa resolución interpusieron demanda de amparo, de nuevo inadmitida con una doctrina más que dudosa del Tribunal Constitucional que les remitía al juicio de revisión (ATC 260/2000, de 13 de noviembre); 3º) a continuación y como era lógico solicitaron autorización al Tribunal Supremo al respecto, siendo la misma parcialmente estimada (ATS de 25 de julio de 2002); 4º) precisamente por ello, acto seguido presentaron recurso de casación, ahora con respuesta de fondo, sí, pero de carácter negativo (STS de 11 de septiembre de 2003); 5º) a la vista de semejante fallo formularon nueva demanda de amparo, que también fue inadmitida (ATC 91/2006, de 27 de marzo).

²⁹ El Dictamen concluía así: «El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas. Teniendo en cuenta que, al constituirse en parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el Pacto y que, de conformidad con el artículo 2 del mismo, el Estado Parte se

3.2 Las matizaciones sucesivas

Naturalmente quedaría inconcluso este apartado si no se hiciera mención a dos reseñas adicionales y no por ello de menor valor.

La primera incide en el Tribunal Constitucional, y sirve para señalar que, pese a aquella doctrina del organismo de Naciones Unidas, ha seguido manteniendo la constitucionalidad de nuestro régimen legal. Y de ejemplo puede servir la STC 70/2002, ya citada, donde se resaltan los límites del Comité y el carácter individual, que no general, de sus decisiones:

«Por tanto, si a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto, interpretando el art. 14.5 como el derecho a una segunda instancia en sentido estricto, con repetición íntegra del juicio ante un Tribunal superior, poniendo de este modo en cuestión el sistema interno de recursos de un Estado parte y obligándole a promulgar una nueva legislación acorde con tal interpretación, habríamos de recordar que, conforme a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2000, los Estados parte «conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de re-examen y pueden restringir su extensión».

No obstante, las «observaciones» del Comité no han de ser interpretadas necesariamente como la puesta en cuestión de la idoneidad del recurso de casación penal para cumplir con las exigencias del Pacto sino que, interpretadas en el estricto ámbito de su competencia, se limitan a señalar que en un caso concreto, un individuo concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del art. 14.5 del Pacto. Ciertamente, se afirma en el párrafo 13 la obligación del Estado de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas, pero tales disposiciones no han de consistir en una reforma legislativa, pues -como en numerosas ocasiones ha puesto de relieve este Tribunal- una correcta interpretación de la casación penal permite que este recurso cumpla con las exigencias de revisión de la declaración

ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, y a proporcionar un recurso efectivo y ejecutable si se determina que se ha producido una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte en un plazo de 90 días información sobre las medidas adoptadas para aplicar el dictamen del Comité».

de culpabilidad y de la pena por un Tribunal superior derivadas del art. 14.5 del Pacto».

La segunda se refiere al Comité, y se ofrece para advertir sobre el sentido dispar de sus fallos. Una disparidad que se produjo con el paso del tiempo y que le hará incurrir en una verdadera contradicción sólo explicable, y ello en parte, desde una perspectiva muy concreta: sus respuestas lo son únicamente a reclamaciones individuales que traen causa de pronunciamientos judiciales de distinto tenor –literal, fundamentalmente–.

Desde luego se podía imaginar que a la comunicación mencionada le iban a seguir otras muchas reclamaciones individuales, cuestionando también y por motivos análogos la casación patria. Lo que quizá no resultaba tan previsible era que el Comité de Derechos Humanos fuera en estos años a mantener dos pareceres distintos al respecto. Y no era tan predecible por cuanto la regulación legal sometida a examen en ningún momento y pese a las llamadas de atención al Estado español se había visto modificada. Que el organismo internacional fuera consciente o no del cambio de planteamiento estatal es algo que desconocemos. Sí sabemos, sin embargo, que la fecha clave fue 2005. Con ese dato temporal de referencia son dos las etapas que es posible distinguir en el pensamiento y fallo de esta institución: una inicial, que va desde el 2000 al 2005 y en su 83º período de sesiones -14 de marzo a 1 de abril-, y una posterior a partir de entonces y hasta la actualidad, con el mismo período de sesiones en su comienzo y con alguna excepción no difícil de explicar y entender.

Se identifica la primera fase por el mantenimiento de la línea emprendida en aquel Dictamen contrario a nuestro país y que proclamó la inobservancia del artículo 14.5 del PIDCP por parte de la legislación interna que, desde 1882, estaba estructurando el proceso penal por delitos graves como de instancia única más recurso extraordinario. En esta etapa, el organismo de Naciones Unidas mantuvo aquellos argumentos originarios dando la razón a quienes fueron autores de las comunicaciones. Y ello por entender que en España se les estaba cercenando su derecho a la «revisión íntegra» de la sentencia condenatoria. Sólo en una ocasión el denunciante, Rocco Piscioneri, recibió una respuesta contraria. Fue la Decisión de inadmisión de 18 de septiembre de 2003, Comunicación nº 956/2000, de 11 de mayo de ese mismo año (y ampliada por lo que aquí importa por escrito de 5 de enero de 2001). Ahora bien, se trataba aquí de un problema previo al de la suficiencia o insuficiencia de la casación a los efectos del cumplimiento de la normativa internacional citada. En realidad, la queja giraba en torno a la negativa del Tribunal Constitucional de suspender la tramitación de aquel medio de impugnación, suspensión que precisamente

se pidió por considerar que el mismo no era, según el Pacto, recurso eficaz. Con esta salvedad, que no es exactamente tal, los restantes pronunciamientos del Comité lo fueron siempre estimatorios. El último, el Dictamen de 25 de mayo de 2005, Comunicación nº 1104/2002, de 31 de julio de 2001, caso Antonio Martínez Fernández contra España³⁰.

Acontece, sin embargo, que en ese mismo año, 2005, y en ese mismo periodo de sesiones, el 83º, el Comité manifestó una opinión diferente inclinándose, ante una situación similar a las que acabamos de señalar, por el rechazo *in limine* de la denuncia formulada. Fue la Decisión de 10 de mayo de 2005, Comunicación nº 1356/2005, de 12 de diciembre de 2004, presentada por Antonio Parra Corral contra España:

«El Comité señala que la alegación restante referente al párrafo 5 del artículo 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas, no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en el caso del autor. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron en todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena. En el presente caso, el Comité concluye que el autor no ha logrado fundamentar su alegación relativa al párrafo 5 del artículo 14, y decide que esta parte de la comunicación es inadmisibile con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo Facultativo».

Esta Decisión de inadmisión, que se alcanzó sobre la base de lo dispuesto en los artículos 2 y 5.2 del Protocolo Facultativo -fundamentación relativa y eminentemente formal-, no tendría mayor importancia sino fuera porque a partir de ese momento se abrió un periodo caracterizado por la ausencia de pronunciamientos estimatorios de las reclamaciones interpuestas. Se indicará, y son argumentaciones que se repiten, que del texto de la sentencia de casación se desprende que el Tribunal Supremo examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas realizadas por el órgano *a quo*, que se ocupó de las cuestiones de fondo en profundidad o que entró a analizar la vulneración de la presunción de inocencia y la

³⁰ Antes los Dictámenes de 19 de septiembre de 2003, Comunicación nº 986/2001, de 18 de diciembre de 1999, caso Joseph Semey contra España; de esa misma fecha -19 de septiembre de 2003-, Comunicación nº 1007/2001, de 15 noviembre de 2000, caso Manuel Sineiro Fernández contra España; de 15 de noviembre de 2004, Comunicación nº 1101/2002, de 19 de junio de 2002, caso José María Alba Cabriada contra España.

suficiencia de los elementos probatorios aportados.... Así las cosas, es más que evidente que la ruptura en la explicación dada situó al Comité ante una senda distinta a la seguida hasta la fecha, senda además que fue mantenida casi sin excepciones en los años posteriores³¹.

Ni que decir tiene que esta ruptura en el parecer del organismo de la ONU vino motivada por una mejor y mucho más acertada defensa del Estado español en los procedimientos respectivos. Piénsese que la misma, y al margen dejaríamos las observaciones sobre la admisibilidad de la comunicación, giró en torno a unas imprescindibles razones generales, con las que no se puede sino estar en total acuerdo, y a otras particulares, necesarias también aunque técnicamente algo más discutibles: (i) se argumentó así sobre el significado del re-examen a realizar por el órgano jurisdiccional *ad quem*, re-examen que ha de configurarse por ley interna «que determinará la extensión y los límites del mismo»; (ii) se concluyó en contra de su equiparación con la segunda instancia, acudiendo para ello a otras normas internacionales e incluso a lo regulado en otros países de nuestro entorno; (iii) se introdujeron, a pesar de su falta de viabilidad, las reformas legales del año 2003 que preveían la extensión de la apelación; (iv) y, por fin, se incidió en el -los- supuesto -s- concreto -s- para deducir la existencia de una cierta y a la vez profunda revisión de los elementos fácticos de la condena «por lo que la sentencia condenatoria recurrida y la pena en ella impuesta fueron sometidas, con total amplitud, a un tribunal superior».

³¹ Entre otras y hasta 2010, Decisiones de 16 de agosto de 2005, Comunicación nº 1389/2005, de 2 de diciembre de 2004, presentada por Luís Bertelli Gálvez; de esa misma fecha, Comunicación nº 1399/2005, de 18 de noviembre de 2004, presentada por Luís Cuartero Casado; de 21 de noviembre de 2005, Comunicación nº 1059/2002, de 12 de febrero de 2001, presentada por Héctor Luciano Carvallo Villar; de 24 de abril de 2006, Comunicación nº 1094/2002, de 15 de noviembre de 2002, presentada por Jesús Herrera Sousa; de 26 de abril de 2006, Comunicación nº 1102/2002, de 15 de agosto de 2001, presentada por Semey Joe Jonson; de 9 de agosto de 2006, Comunicación nº 1293/2004, de 17 de junio de 2002, presentada por Maximino de Dios Prieto; de 11 de agosto de 2006, Comunicación nº 1387/2005, de 7 de abril de 2004, presentada por Laureano Oubiña Piñeiro; de 14 de agosto de 2006, Comunicación nº 1441/2005, de 11 de noviembre, presentada por Apolonio García González; de 13 de noviembre de 2006, Comunicación nº 1096/2002, de 8 de marzo de 2001, presentada por Fernando Guardiola García; de 15 de noviembre de 2006, Comunicación nº 1305/2004, de 26 de septiembre de 2001, presentada por Víctor Villamón Ventura; o de 22 de agosto de 2007, Comunicación nº 1386/2005, de 5 de abril de 2004, presentada por Tchanko Roussev Georguiev. Y Dictámenes de 18 de abril de 2006, Comunicación nº 1156/2003, de 13 de diciembre de 2002, presentada por Rafael Pérez Escolar; o de 16 de enero de 2007, Comunicación nº 1181/2003, de 20 de septiembre de 2002, presentada por Francisco y Ramón Amador Amador.

Mas negaríamos la realidad si margináramos el trascendental papel que en dicha quiebra tuvo también y sobre todo el cambio de planteamiento del Tribunal Supremo en lo que se refiere al ámbito del recurso de casación. El mismo, como ya se adelantó, se basó en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de reinterpretar la casación en el sentido más favorable para el derecho al recurso, y pasó de considerar «terminantemente prohibido hacer una nueva valoración de los hechos» a entenderla factible desde la perspectiva de la necesaria verificación de la presencia de prueba de cargo, su suficiencia y la interpretación no arbitraria, irracional o absurda. Y de muestra interesaría citar las SSTs 676/2004, de 28 de mayo, 1000/2005, de 19 de julio y 1056/2005, de 27 de septiembre, y su contestación:

«Por infracción de ley, en el último de los motivos, se reprocha el incumplimiento del derecho a la doble instancia penal, reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. No puede alegarse violación de un derecho cuando simplemente es una expectativa anunciada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero en trance de ser desarrollada. No producida la articulación de la norma no se dispone de cauce legal adecuado en nuestra legislación para acceder a la segunda instancia penal ordinaria. Esta Sala ha repetido hasta la saciedad que el Pacto es un Convenio entre Estados, que no un derecho directo a exigir el cumplimiento por los particulares. Pero además, tanto el Tribunal Constitucional español, como el Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, han afirmado que la casación española, según se ha concebido en las últimas reformas procesales y constitucionales, permite la revisión limitada de la prueba por la vía del derecho a la presunción de inocencia y del *error facti*, y decimos limitada, como limitada ha de ser, aunque existiera doble instancia, con recurso ordinario a la segunda, pues nuestro país se halla englobado en un contexto cultural en cuyos ordenamientos jurídico-procesales no se reproduce el juicio en la segunda instancia, lo que hace que el Tribunal Superior carezca de intermediación en la práctica de las pruebas y sin ella no es posible realizar valoraciones o alteraciones del resultado de la prueba, más allá de los límites que el propio principio de intermediación impone. El motivo debe rechazarse»³².

³² El cambio apuntado se aprecia también en la Sentencia 920/2010, de 28 de octubre (y en el mismo sentido la 265/2010, de 19 de febrero), donde se indica que aquel Dictamen, el de 20 de julio de 2000, «puede aclararse teniendo en cuenta los razonamientos de la Sentencia de casación que desestimó el recurso que probablemente propiciaron una errónea

Expuesto lo anterior, no puede concluirse sin advertir -o insistir- que en todo este proceso las transformaciones se han producido con una regulación del recurso de casación que ha permanecido invariable y con una fundamentación judicial que diverge en palabras pero que, en realidad y mayoritariamente, sigue conduciendo a fallos contrarios al control pretendido por el recurrente. Mucho nos tememos entonces que sin aquellos Dictámenes desfavorables del Comité poco o nada se hubiera alterado en la correspondiente «motivación».

Tal vez por ello los intentos sucesivos de modificar la casación a los efectos de regresar, previa «generalización de la segunda instancia», a sus funciones originarias. Y tal vez por ello también alguna tentativa para restringir la apelación y situarla en un nivel de revisión fáctica mucho menor del que se deriva de su consideración como instrumento de apertura del doble grado. Si recordamos, aquel ensayo, que no renunciaba a esa generalización, pasaba por sustituir el error en la apreciación/valoración de la prueba por las equivocaciones en su interpretación. Un cambio que suponía que tales equivocaciones se incluyeran bien en la vulneración de un derecho fundamental, bien en los clásicos quebrantamientos de forma, y que técnicamente conduciría a que el recurso dejara de tener la condición de ordinario. Y al último apartado y a la reforma propiciada por la Ley 41/2005, de 5 de octubre, nos remitimos.

e incompleta idea sobre el mismo. El Tribunal Supremo razonaba en ella (9 de noviembre de 1993), que las pruebas han de «ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal *a quo*, de acuerdo con lo establecido en el art. 741 LECrim», añadiendo que los razonamientos del recurrente sobre las pruebas se limitaban a interpretarlas a su modo y manera, «dialéctica impermisible pues si tal se aceptase sería tanto como desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndole en una segunda instancia», y que también desestimaba la pretendida vulneración del principio «in dubio pro reo», porque «este principio no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba...» (...)).

En cualquier caso no debe desconocerse, continuaba indicando, «que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos Loewengutin y Deperris, que fueron inadmitidas, respectivamente el 30 de mayo y el 22 de junio de 2000, consideró que en el art. 2 del Protocolo número 7 , los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de éste último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de Derecho. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del art. 2 del Protocolo 7 del Convenio»

III. UN INTENTO DE SOLUCIÓN: LA LEY ORGÁNICA 19/2003, DE 23 DE DICIEMBRE

Como ha quedado indicado, un siglo después de aprobarse el texto de Alonso Martínez volvió a la actualidad del proceso penal el doble grado. Y volvió de la mano de su nada desdeñable repercusión internacional y de la siempre querida y constantemente reclamada modernización de la justicia penal en nuestro país.

1. Modificaciones competenciales únicamente

Que los poderes públicos patrios eran favorables a la transformación del sistema de impugnación dispuesto en el texto decimonónico y a la ampliación del ámbito aplicativo de la apelación se descubre sin excesiva dificultad de las tres noticias siguientes:

En primer lugar, de la Memoria que el Consejo General del Poder Judicial elevó a las Cortes Generales en 1991 así como del Informe que emitió al Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 18 de diciembre del mismo año. En este último se indicaba: «sería conveniente, de una vez por todas, instaurar de modo genérico la apelación en materia penal atribuyendo el conocimiento del recurso a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores, cuando hubiere conocido la Audiencia Provincial en primera instancia».

En segundo lugar, del denominado Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito el 28 de mayo de 2001 por el Gobierno de la Nación y los dos principales partidos políticos: popular y socialista. En él se mencionaba expresamente la intención de atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia «a segunda instancia penal en los términos que resulte de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal»(punto 3), señalándose entre las cuestiones a abordar por esta futura normativa «la extensión de la doble instancia de manera que en todos los procesos penales se asegure la revisibilidad de las condenas por un tribunal superior» (punto 17.e).

Finalmente, de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuya Exposición de Motivos puede leerse: «En el Libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales de Justicia en las que residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en

primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional»»

Aquel *desideratum* y esta decisión de estructurar la realización jurisdiccional del derecho penal en dos instancias anunciaban, sin duda, un nuevo régimen de impugnación caracterizado, de un lado, por su uniformidad, y, de otro, por su sentido garantista despejando así cualquier interrogante sobre la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los postulados del Comité de Derechos Humanos de la ONU en relación con la interpretación del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El problema fue, y también se ha adelantado, que este nuevo sistema uniforme y garante no llegó a hacerse realidad. Pese a la justificación dada -«con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»-, la generalización de la segunda instancia que allí parecía contemplarse careció del correspondiente y exigido desarrollo procesal. Es de observar, en efecto:

1.º Que el contenido normativo aprobado se limitó a la modificación de los artículos 64 y 73 de la LOPJ y a la introducción –en el mismo cuerpo legal- del artículo 64 bis. Y, si los dos primeros en numeración tan solo disponían la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional, Sala que conocerá «de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal»³³, el tercer precepto únicamente otorgaba a los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Civil y Penal y actuando como esta última, el conocimiento «de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes».

2.º Que se trataba de previsiones legales de naturaleza eminentemente orgánica³⁴. Es más, la opción escogida por el legislador aprovechaba la

³³ Otras opciones, es de suponer, no resultaban factibles. La atribución de competencias al Tribunal Supremo hubiera sido cuando menos ilógica y algo similar cabría decir de otorgársela al Pleno de la propia Audiencia, véase ARANGÜENA FANEGO, «Proceso penal y doble instancia», en ob.cit., pág. 63.

³⁴ Para DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ,

reforma –generalización de la doble instancia- para potenciar las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, propiciando un doble objetivo: solventar la inactividad achacada a estos órganos jurisdiccionales, de un lado, y reducir, paralelamente y de otro, la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo³⁵.

3.º Que dicha ordenación no contaba con tratamiento normativo ulterior que diera contenido real a las nuevas competencias atribuidas. Desde luego, no existió desarrollo alguno de la ordenación apuntada ni siquiera transcurrido el plazo de un año que la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica que estamos comentando para acomodar las leyes de procedimiento a las disposiciones por ella modificadas.

Precisamente, fue aquella naturaleza y este vacío legal lo que ha impedido tanto el establecimiento efectivo de la segunda instancia en nuestro proceso penal como su verdadera generalización. Para colmarlo y como reforma que no puede esperar, se aprobó la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que introduce las modificaciones precisas en las normas procesales en cuestión.

2. El resultado, una previsión inacabada

Justo es reconocer que la aplicación de una norma jurídica no siempre se produce automáticamente tras su aprobación y entrada en vigor. La razón se muestra sencilla: en ocasiones, el funcionamiento de una concreta regulación viene condicionada por la existencia de previsiones adicionales. En principio, estas previsiones pueden ser de dos tipos: presupuestarias, unas, y normativas, otras. Aunque, caracterizaciones aparte, lo

y VEGAS TORRES, Madrid 2001, pág. 114, por ejemplo, son normas orgánicas aquellas que tienen por objeto la existencia, estructura interna, funciones y distribución territorial de los órganos jurisdiccionales así como el estatuto de sus miembros. Procesales serían las configuradoras de los presupuestos y métodos de impartir justicia en los distintos casos.

³⁵ ARMENTA DEU, *El recurso de apelación penal ante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en ob. cit., pág. 69. ARANGÜENA FANEGO, ob. cit. dos notas antes, pág. 53, calificándoles de órganos de lujo. Una crítica sobre la ampliación de competencias de los Tribunales Superiores de Justicia en MONTERO AROCA, *Comentarios a la Ley del Jurado*, AA VV, coordinadores él mismo y Gómez Colomer; pág. 892, y «Las reformas de las Salas de lo Civil y Penal», *Poder Judicial* 1991 nº 24, pág. 103-129. Opinaba este autor, antes incluso de la reforma de 2003, que semejante ámbito competencial supondría «desvirtuar de raíz lo que la Constitución y los Estatutos de Autonomía previnieron para estos tribunales..., de modo que habría quedado sin sentido la razón política de su creación», además de «ignorar la composición específica de sus Salas...».

verdaderamente trascendental es su disposición a tiempo, es decir, su ordenación al unísono para convertir en realidad la institución de que se trate. Caso contrario, la inmediata utilización de la ley devendría improbable, si la ausencia se refiriera a «las medidas relativas a las disposiciones económicas para ejecutarla», o sencillamente imposible, cuando la falta incidiera en las «medidas normativas de ulteriores disposiciones de desarrollo»³⁶.

Y todos conocemos ejemplos. De los primeros, quizá demasiados. De los segundos, valga como botón de muestra el recurso extraordinario por infracción procesal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además y por lo que en este momento importa, también serviría la generalización del doble grado de jurisdicción que fue prevista en el año 2003. Aparentemente, podría objetarse, se trata de supuestos distintos: allí el déficit legal tenía y tiene carácter orgánico y está sujeto a régimen de interinidad, aquí la insuficiencia, asimismo legal, era procesal y se extendía a unas disposiciones transitorias inexistentes. Empero, y sin perjuicio de lo que a continuación se dirá, una y otra institución han carecido de virtualidad práctica por un idéntico motivo: la ausencia de medidas normativas adicionales que posibilitaran tanto el funcionamiento de aquel recurso civil como el mayor alcance de la segunda instancia penal. A tales efectos, su materialidad –desarrollo orgánico o procesal-, primero, y su armónica complementariedad, después, se presentaban como actuaciones imprescindibles³⁷.

No está de más señalar que el planteamiento anterior no resultó unánimemente compartido. Partiendo de la posibilidad de excepciones, se vino sosteniendo, con mayor o menor rotundidad, la directa aplicación de las normas relativas al doble grado. Se dijo así que «las disposiciones constitucionales, y mucho más aquellas que reconocen derechos fundamentales, son normas de directa aplicación y, por tanto, vinculan a todos los poderes públicos sin necesidad de desarrollo ulterior alguno». Y la tesis expuesta pareció incluso hallar acomodo en la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los artículos 6 y 13 del Convenio de Roma (firmado el 14 de diciembre de 1950 y por España el 29 de septiembre de 1979). En algunas de sus sentencias

³⁶ MORENO CATENA, «La apelación penal. Un derecho fundamental», AJA nº 615, 2004, a quien seguimos en este apartado y a quien pertenecen los entrecomillados del texto siguientes.

³⁷ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES, pág. 112.

puede leerse que el derecho al debido proceso allí recogido no obliga «a los Estados Partes a crear Tribunales de apelación o de casación, si bien cuando un Estado Parte instituya dicho tipo de Tribunales, está obligado a garantizar a los justiciables ante los mismos todos los derechos reconocidos en los referidos preceptos»³⁸.

Pese a todo, semejante hermenéutica no halló respaldo en la praxis judicial. La razón o razones fueron varias.

1.º Por un lado, los pronunciamientos jurisdiccionales europeos tenían y tienen una segunda y más acertada lectura. La misma (que se enmarca en una problemática diferente, aunque directamente relacionada con el doble grado) se refiere a la necesaria previsión, en fase de impugnación y cuando lo pretendido en ella es la revisión del juicio fáctico, de un trámite de vista con el que garantizar tanto la inmediación en el juicio como el acierto del subsiguiente fallo.

2.º Por otra parte, la falta de regulación sobre el procedimiento a seguir para hacer efectivas las nuevas competencias dispuestas obligaba a aplicar los artículos 790, 791 y 792 de la LECrim. Esta conclusión, en cierto modo lógica pues es el lugar donde se ordena el recurso de apelación y la segunda instancia en el proceso penal (directamente o por remisión), no sólo planteaba dificultades de adaptación, sino que iba en contra de los criterios interpretativos legalmente establecidos.

3.º En último término, fue justamente el silencio del legislador el que impidió acudir a la analogía y a ese entendimiento más favorable al derecho de la parte. Repárese que unos y otros inconvenientes hubieran podido salvarse con una simple referencia en las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica de reforma de la del Poder Judicial; referencia que no se produjo y que, dado lo ordenado por su Disposición Final Segunda, bien pudiera ser de manera consciente. Lo confirmaría en cierta medida el Informe del Ministro de Justicia sobre la regulación de los juzgados de proximidad de 21 de julio de 2005 donde, al afrontar las modificaciones previstas en el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de recurso de casación, de doble instancia penal y de justicia de proximidad (versión 14/7/2005, Consejo de Ministros 15/7/2005), se detiene en la generalización de la segunda

³⁸ ARMENTA DEU, *El recurso de apelación penal ante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en ob. cit., pág. 60.

instancia penal aludiendo «al nuevo recurso de apelación» que allí se va a establecer.

IV. LA LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE Y LAS CLAVES DE UNA REFORMA INAPLAZABLE

Llegados a este punto, es momento de centrarnos en el «nuevo recurso de apelación» establecido. Y para ello resulta obligada una primera referencia a la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales³⁹. La explicación, en este caso, no solo es real sino que cuenta con el beneplácito generalizado:

«La propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, actualmente sometido a información pública y debate, plantea un cambio radical del sistema de justicia penal cuya implantación requiere un amplio consenso. En tanto dicho debate se mantiene, en la confianza de encontrar el máximo concierto posible sobre el nuevo modelo procesal penal, resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Y se tenía razón. Aunque fuera deseable una reformulación íntegra del proceso penal, hay «cuestiones que no pueden aguardar». Los actos de investigación y prueba de carácter tecnológico o el cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sería alguna de ellas. Pero también, y en tanto que pendiente desde el año 2003, la generalización de la segunda instancia penal.

Y continúa: «En esta ley se regularán las cuestiones que no requieren desarrollo mediante ley orgánica, que tendrán una regulación paralela en una norma con dicho rango, y que son las siguientes: ... c) la instauración general de la segunda instancia, d) la ampliación del recurso de casación y e) la reforma del recurso extraordinario de revisión. ... Pese a que la Ley

³⁹ Al respecto véase MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid 2015, pág. 533 a 557.

Orgánica del Poder Judicial establece las oportunas previsiones orgánicas para la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, en desarrollo del derecho reconocido por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual todo condenado por delito podrá someter a revisión la causa ante un tribunal superior, la ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, previa celebración de juicio ante dichos órganos judiciales, mantiene una situación insatisfactoria que, al tener que compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación, desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal.

Por ello, se procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas. Se ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y al contenido de la sentencia que el órgano *ad quem* podrá dictar en tales circunstancias, cuyo fin último es ajustar la reglamentación de esta materia a la doctrina constitucional y, en particular, a las exigencias que dimanen del principio de intermediación. En relación con lo primero, cuando la acusación alegue este motivo como base de su recurso ya fuera a fin de anular una sentencia absolutoria, ya para agravar las condiciones fijadas en una condenatoria, deberá justificar la insuficiencia o falta de racionalidad de la misma o su apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas, siempre que fueran relevantes, o cuya nulidad hubiera sido improcedentemente declarada. En esta tesitura, el tribunal de apelación verá limitadas sus facultades a declarar la nulidad de la sentencia cuando fuera procedente, fijando el alcance de esa declaración, esto es, si afecta exclusivamente a la resolución del órgano a quo o si ha de extenderse al juicio oral y, en este último caso, si debe darse una nueva composición a ese órgano al objeto de garantizar su imparcialidad».

Y de nuevo se tenía razón. Al menos en parte. Desde luego, puede señalarse sin demasiados esfuerzos argumentativos que las cuestiones competenciales ya constaban, tras la reforma de 2003, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y que la situación insatisfactoria que «desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal» –y entiendo también procesal- no ha resultado ser ninguna quimera sino una

auténtica realidad. Menos claro resulta y mayores energías requiere compartir la explicación dada en relación con la opción elegida para articular de la apelación. Aquí sí podría plantearse alguna objeción que tendría por objeto no la generalización en sí misma considerada ni, incluso y aunque sea más discutible, la dualidad de recursos dispuesta en función de quien fuera el apelante sino, como ahora veremos, la propia definición y alcance de la impugnación resultante.

1. La construcción del proceso con dos fases enjuiciadoras y casación. Generalización y excepciones

Lo hemos leído y dicho. La reforma aprobada no se limita al doble grado. Se enmarca en un propósito más amplio que afecta a todo el régimen impugnatorio, en sentido estricto que es lo que importa aquí y ahora, de las sentencias penales. De este modo y al tiempo de generalizar la segunda instancia, mejor, la apelación, establece un recurso extraordinario ulterior, casación, que también y con las particularidades que a continuación se verán, se generaliza.

En efecto y respecto al primer instrumento. El legislador ha conservado la apelación en los juicios rápidos y en los procedimientos, antes faltas, por delitos leves. Pero además ha dispuesto que todas las sentencias dictadas en el seno del proceso abreviado, competencia o no de órgano unipersonal, y del proceso ordinario por delitos graves serán recurribles en apelación. La defensa del *ius litigatoris* aparece así en su plenitud y en principio sin las restricciones subjetivas que permitiría, en principio también, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo y en lo que atañe al recurso de casación, la reforma establece que las sentencias dictadas en apelación son recurribles por esta vía, también cuando los procesos se siguen por delitos menos graves, esto es, cuando se trate del enjuiciamiento de ilícitos que lleven aparejada pena inferior a cinco años de prisión o cualquier otra de distinta naturaleza. Surge entonces la salvaguardia del *ius constitutionis* atribuyendo a la casación esas finalidades nomofilácticas y uniformadoras más propias del interés público que del particular del litigante gravado. Aunque no del todo. De un lado, la impugnación sigue siendo instrumento de parte. Y de otro, se ha perdido la oportunidad para centrar el ámbito de conocimiento del Tribunal Supremo en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas. Nótese que se mantiene, tratándose de delitos graves, como motivo del recurso de casación el error en la apreciación de las pruebas basado en documentos y que la presunción de inocencia, que también

continúa, queda a la espera de una futura y tal vez novedosa hermenéutica jurisprudencial (art. 5.4 LOPJ)⁴⁰.

Con todo, la ampliación anunciada cuenta con una doble excepción.

Respecto a la generalización de la apelación, las salvedades hacen referencia a las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, que solo son recurribles en casación (art. 847.1.a).1º LECrim), y a las pronunciadas, igualmente en primera instancia, por el propio Tribunal Supremo, contra las que no cabe recurso alguno.

En lo que concierne a la casación, las exclusiones afectan tanto a las sentencias dictadas en procedimientos por delitos leves, como aquellas otras cuyo fallo en apelación fuera la declaración de nulidad de la dictada en primera instancia. Así se establece en el artículo 977 y en el actual artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien en este último precepto se distingue, en función del órgano de procedencia, los motivos que permiten su acceso: infracción de ley y quebrantamiento de forma tratándose de los Tribunales Superiores de Justicia –Sala de lo Civil y Penal- y de la Audiencia Nacional –Sala de Apelaciones-; e infracción de ley, sin incluir el error de hecho basado en documentos, respecto de las originarias de las Audiencias Provinciales y de la Audiencia Nacional –Sala de lo Penal-.

Subrayar entonces que este régimen –cuasi- generalizado de apelación y de posterior casación parece solventar, con las excepciones vistas y las matizaciones que luego se dirán, gran parte de la problemática surgida en relación con el derecho al recurso reconocido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional y su interpretación por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Compruébese que tras estas reformas el ordenamiento español establece un instrumento de ataque *a priori* suficiente a los efectos de cumplir con la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria, apelación. Y compruébese también que, dictada y apelada una primera sentencia absolutoria, la segunda que se emitiera, fuera o no condenatoria, o bien ha dejado de ser firme al disponerse frente a ella la procedencia de un medio de impugnación devolutivo y extraordinario, casación, o bien contempla su devolución⁴¹.

⁴⁰ Véase *supra* nota nº 5 y las consideraciones que allí se reproducen sobre la STS 2768/2015, de 29 de mayo, y aquella motivación de índole fáctica.

⁴¹ De todos modos, no se olvide que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, su

Así pues, la única situación conflictiva que quedaría por resolver es la relativa a procesos de instancia única seguidos ante el Tribunal Supremo en el caso de aforados. Y en este punto solo recordar la doctrina del Tribunal Constitucional y del propio Supremo contraria a las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU que vieron en la regulación española un incumplimiento de la normativa internacional (Sentencias del TC 66/2001, de 17 de marzo, y 64/2001, de 17 de marzo, de un lado, y Dictámenes del CDHONU de 15 de noviembre de 2004 y 8 de agosto de 2006, de otro)⁴².

Protocolo nº 7, recoge la relatividad del derecho al recurso y que, además de excepcionar las «infracciones de carácter menor definidas por la ley», menciona los casos en que el interesado haya «declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución».

Precisamente la relatividad de la normativa europea llevó a la Sra. Ruth Wedgwood, miembro del Comité de Derechos Humanos de la ONU, a emitir un voto particular al Dictamen de 26 de agosto de 2005, caso Bernardino Gomariz Varela. En dicho Dictamen se condenaba a España por carecer de impugnación el reclamante condenado tras una primera sentencia absolutoria. Advertía así sobre la perturbación que semejante planteamiento podía producir en los sistemas jurisdiccionales de muchos países de tradición romanista y sobre la consiguiente necesidad de evitar aplicaciones de carácter amplio de la postura del Comité. Para su autora, la propia existencia del Protocolo nº 7 al CEDH y su régimen de excepcionabilidad del derecho al recurso daría lugar a que todos los Estados europeos firmantes llegaran a incumplir lo dispuesto en el Pacto.

Dirá que: «Está fuera de duda que, en la tradición jurídica de los países de *common-law*, un tribunal de apelación no puede modificar una sentencia de absolución en tribunales inferiores y, realmente, si así lo hiciese, ello plantearía graves cuestiones constitucionales. La independencia histórica del jurado constituido en virtud del *common-law* ha mantenido sus veredictos absolutorios más allá de cualquier revisión. Pero en los países de tradición jurídica romanista, entre ellos Estados como Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Noruega, una absolución dictada por un tribunal de primera instancia es viable, al parecer, de ser declarada nula en favor de una condena por un tribunal de segunda instancia reunido para revisarla, y puede no existir posibilidad de interponer nueva apelación, de pleno derecho, contra la decisión de ese tribunal de segunda instancia. Los tribunales internacionales sobre crímenes de guerra creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los delitos de guerra en la ex Yugoslavia y en Rwanda también otorgan esa misma potestad a la Sala de Apelaciones, sin que exista derecho a interponer nuevo recurso».

Ahora bien, y nos remitimos al apartado siguiente, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no siempre son desestimatorios de la demanda. También los hay que reconocen la vulneración del Convenio, si bien por razones distintas, artículo 6: cuando se revoca la absolución como consecuencia de una nueva valoración probatoria del juzgador *ad quem* que se realiza sin intermediación y sin audiencia del condenado inicialmente absuelto (entre otras, SSTEDH 8 de octubre y de 12 de noviembre de 2013, casos Román Zurdo y otros y Sainz Casla contra España)

⁴² La comunicación primera que sobre este tema se planteó al organismo internacional fue la nº 1004/2001, de 12 de marzo de ese mismo año, que resultó inadmitida por Decisión de 13 de mayo de 2003. A ella le sucedieron las comunicaciones nº 1073/2002 y 1211/2003, de 13 de febrero de 2001 y 18 de abril de 2002 respectivamente, que fueron admitidas y

Siendo éstas las claves de la reforma, hay dos aspectos más que interesa resaltar. El primero tiene que ver directamente con el medio de impugnación establecido y su naturaleza última: *a priori* la configuración de la apelación es la de un recurso devolutivo de carácter ordinario y como tal instrumento de apertura de la segunda instancia. El segundo deriva de un factor externo al ordenamiento procesal y guarda relación con las nuevas competencias que han de asumir los Tribunales Superiores de Justicia: la situación de colapso que se puede producir en algunas de sus Salas de lo

estimadas por aquellos Dictámenes de 15 de noviembre de 2004 y 8 de agosto de 2006. En este último se concluía: «En cuanto a la queja relacionada con el artículo 14, párrafo 5, el Comité observa que el juzgamiento del autor por el tribunal de más alta jerarquía se produjo como consecuencia de que uno de los co-acusados eran un senador y un diputado y que conforme a la legislación interna, el juzgamiento de los hechos en que aparecieran involucrados dos parlamentarios correspondía al Tribunal Supremo. El Comité toma nota de los argumentos del Estado Parte en el sentido que la condena por el tribunal de más alta jerarquía es compatible con el Pacto y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto. Sin embargo, el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. El Comité recuerda que la expresión «conforme a lo prescrito por la ley» no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. Si bien la legislación el Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación».

Por su parte —y es a título ejemplificativo—, la doctrina del Tribunal Constitucional puede encontrarse ya en la STC 51/1985, de 10 de abril: «determinadas personas gozan ex Constitutione, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior», son «esas particulares garantías» las que «disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria» (por todas STC 51/1985, de 10 de abril).

Esta tesis se extendió además a quienes no siendo aforados resultaron juzgados por el Tribunal Supremo al apreciarse conexidad con relación a los hechos cometidos por quienes sí lo son. Al respecto y entre otras, las Sentencias 66/2001 y 64/2001, ambas de 17 de marzo y citadas en texto. En esta última, con un voto particular, se llega a determinar: «A la luz de las circunstancias del caso, hemos de concluir que el Tribunal Supremo, al apreciar la conexidad, ha tenido en cuenta el tenor de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 17, 18, 272.3 y 300) y ha utilizado un criterio de ponderación, que, de un lado, es riguroso en atención al carácter excepcional de su competencia como órgano de enjuiciamiento, y, de otro, atiende a las exigencias de una buena Administración de Justicia en materia penal, criterios que se proyectan sobre el conocimiento de todos los afectados por el proceso. Por lo que ha de desestimarse la queja aquí examinada».

Civil y Penal y las consiguientes dificultades para prestar con garantías y sin dilaciones la tutela judicial efectiva que se les exige.

2. Dualidad de apelaciones y apertura de la segunda instancia

Primera cuestión: el alejamiento del recurso de apelación que se generaliza de ese lugar común que veíamos en las páginas primeras y que suponía su tradicional y técnica conceptualización como recurso ordinario.

Vaya por delante que nuestro legislador no siempre ha atribuido a este medio de impugnación dicha condición. Así el modelo procesal resultante de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado fue, pese a permitirse la apelación de las sentencias allí dictadas, el de un proceso de instancia única y recurso –s- extraordinario –s- (arts. 846 bis a) a f) LECrim)⁴³.

Pero se trata de una excepción. Ciertamente el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto regulador del recurso que nos ocupa, dispone que el apelante podrá llevar al tribunal *ad quem* el error en la apreciación de la prueba cometido por el juez de instancia. Luego la previsión legal, que en este punto no ha sufrido cambios, está dando a entender que, a diferencia de lo que ocurre en la esfera del Jurado, el proceso que se sigue ante jueces profesionales sí se estructura bajo el criterio del doble grado de jurisdicción⁴⁴.

⁴³ Si bien se mira, lo fue -lo es en realidad- a pesar de la denominación otorgada, a pesar de lo previsto tras la reforma de 1995 en el artículo 847 de la LECrim y a pesar también de las palabras de la Exposición de Motivos que conducen sin excesivo inconveniente a un enjuiciamiento con dos grados: «la nueva apelación aspira a colmar el derecho al doble examen, o doble instancia, en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un tribunal superior».

Y lo fue -lo es también- desde el momento en que se dispuso una motivación tasada que imposibilita al recurrente extender su pretensión impugnatoria a todo el objeto litigioso. Centrado en infracciones jurídicas, procesales o materiales, el artículo 846 bis c) ni siquiera menciona el error en la apreciación de la prueba como alegación posible del apelante.

Tal vez no hubiera podido ser de otra forma. La filosofía y particular configuración del Tribunal del Jurado, que lo es puro, por un lado, y la propia composición del órgano *ad quem*, que lo es de profesionales, por otro, conducen a entorpecer la viabilidad de la segunda instancia. Máxime cuando un distinto régimen que permitiera a jueces técnicos la revisión del juicio de hecho emitido por los jurados atentaría muy probablemente contra el criterio de soberanía y de intangibilidad del veredicto.

⁴⁴ Tenía sus dudas CORTÉS DOMÍNGUEZ, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO*

Con todo, no se pueden olvidar dos cosas. Que la intermediación también surge como garantía esencial en el recurso: y por tal motivo «exige desde el derecho a un proceso con todas las garantías, que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, se practiquen éstas ante el Tribunal que resuelve el recurso» (STS 2768/2015, de 29 de mayo⁴⁵). Y que el legislador define el quebranto

7/1988, con GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE, Valencia 1989, pág. 226 y 227, quien sostuvo a finales del pasado siglo que el legislador «sigue manejando un recurso de apelación que no está claramente definido y regulado en la Ley, cuya naturaleza jurídica es difícil de concretar y en el que no sabemos si realmente estamos ante una 2ª instancia o ante una impugnación que incluso en la forma de estar redactada en la Ley se parece cada día más al recurso de casación».

⁴⁵ Debe advertirse que este pronunciamiento se enmarca en un recurso de casación interpuesto frente a sentencia absolutoria y sigue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta última –y por todas, STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España- viene indicando con ciertas proclamaciones generales y posiblemente extrapolables lo siguiente:

³⁶ El Tribunal recuerda que las modalidades de aplicación del artículo 6 del Convenio a los procedimientos de apelación o casación dependen de las características del procedimiento de que se trate; conviene tener en cuenta el conjunto del procedimiento interno y el papel desempeñado por la jurisdicción de apelación en el ordenamiento jurídico nacional. Cuando se celebra un juicio oral en primera instancia, la ausencia de una vista en apelación o casación puede justificarse por las particularidades del procedimiento en cuestión, en relación a la naturaleza del sistema de apelación interno, la extensión de los poderes de la jurisdicción de apelación, la forma en la que los intereses del demandante han sido realmente alegados y protegidos ante él y, particularmente, la naturaleza de las cuestiones que deben ser resueltas (*Botten c. Noruega*, 19 de febrero de 1996, § 39, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1996-I). Asimismo, los procedimientos de admisión de la apelación, o consagrados exclusivamente en puntos de derecho y no de hecho, pueden cumplir las exigencias del artículo 6 incluso si el Tribunal de apelación o de casación no han otorgado al recurrente la facultad de expresarse en persona ante él (ver entre otras la sentencia *Monnell y Morris*, 2 de marzo de 1987, § 58, serie A no 115, para la autorización de apelación, y la sentencia *Sutter* del 22 de febrero de 1984, § 30, serie A no 74, para la admisión de la casación). En el segundo caso, la razón es que no le incumbe a la jurisdicción concernida establecer los hechos, sino únicamente interpretar las razones jurídicas aplicables (*Ekbatani c. Suecia* del 26 de mayo de 1988, § 31, serie A no 134 y las sentencias dictadas a este respecto concernientes a España, a saber, *Igual Coll*, no 37496/04, 10 de marzo de 2009, *Marcos Barrios* no 17122/07, 21 de septiembre de 2010 y *García Hernández* no 15256/07, 16 de noviembre de 2010).

³⁷ Asimismo, ante un Tribunal de apelación que goza de plena jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si tal juicio tiene lugar, el de asistir en persona a los debates (ver, *mutatis mutandis*, *Golubev c. Rusia*, dec., no 26260/02, 9 de noviembre de 2006, y *Fejde c. Suecia*, 29 de octubre de 1991, § 33, serie A no 212-C).

³⁸ Sin embargo, el Tribunal ha declarado que, cuando una instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto tanto sobre cuestiones de hecho como de derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad

probatorio para la acusación del modo siguiente: «Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada» (art. 790.2.III LECrim).

Precisamente esta definición particularizada en el recurrente acusador nos sitúa ante ciertos errores de naturaleza procesal que partirían de esa diferenciación entre interpretación y valoración de la prueba y que tendrían como consecuencia, si fueran estimados, la nulidad. Tal vez por ello la nueva redacción dada al artículo 792 prohíbe, de un lado, que «la sentencia de apelación pueda condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia o agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2» y admite, de otro, que la sentencia absolutoria o condenatoria pueda ser anulada «y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa».

Así las cosas, no puede dejar de señalarse:

1.º Que el recurso de apelación que se dispone parece diferir en función de quien sea la parte recurrente.

del proceso, decidir estas cuestiones sin la valoración directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado, que sostiene que no cometió el acto considerado como una infracción penal (*Dondarini c. San-Marino*, no 50545/99, § 27, 6 de julio de 2004, *Ekbatani c. Suecia*, § 32, 26 de mayo de 1988, serie A no 134, *Constantinescu c. Rumania*, § 55, 27 de junio de 2000 y las sentencias *Igual Coll*, *Marcos Barrios* y *García Hernández* mencionadas en el § 36). En este tipo de casos, la revisión de la culpabilidad del acusado debería implicar a una nueva audiencia integral de las partes interesadas (*Ekbatani c. Suecia* ya mencionada, § 32»).

La cuestión entonces es si este mismo proceder se requiere cuando el condenado en la instancia y recurrente en apelación pide la revisión del juicio fáctico de la sentencia sobre la base de un error del juzgador *a quo* en la valoración de las pruebas practicadas en juicio. Y obsérvese que la Corte Europea extiende la inmediación a los medios probatorios sin limitarse a la declaración del acusado e incluyendo expresamente testificales y periciales (entre otras y además, SSTEDH de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo contra España, de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España, y de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop contra España).

Siendo éste el condenado, su impugnación podrá venir justificada por cualquiera de las alegaciones contenidas en el artículo 790.2.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Unas alegaciones que no hallan en el precepto matización alguna para su posición procesal y que se verán incrementadas desde la perspectiva constitucional ante la posible invocación de lesión en los derechos fundamentales, esencialmente presunción de inocencia: «quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación».

No ocurre lo mismo cuando el apelante es la parte acusadora. Entonces, su pretensión impugnatoria se limita y no solo por la imposibilidad de invocar violación del derecho a la presunción de inocencia. Obsérvese que, aunque con el precepto en cuestión sus alegaciones puedan ser las mismas -«quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación»-, las equivocaciones en el juicio de hecho se definen legalmente con clara aproximación a errores de índole jurídico-procesal. Difícil resulta concluir de forma distinta desde el momento en que, sin posibilidad de revisar la valoración de la prueba, se concretan: en «la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica», en «el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia» o en «la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada».

2.º Que con esa diferenciación la apelación no siempre será el instrumento a través del cual pueda abrirse la segunda instancia.

Desde luego, no lo será si el recurso es planteado por la parte acusadora. En este caso, la apelación se torna en medio de impugnación extraordinario con una motivación tasada, implícitamente al menos, que tan solo permite llevar al órgano *ad quem* errores de perfil jurídico, bien *in procedendo* bien *in iudicando* (incluyendo los procesales de la sentencia -y apartarse de las máximas de experiencia en cierto modo lo sería⁴⁶⁻), y que excluye los

⁴⁶ El Tribunal Supremo en algún caso mantuvo este entendimiento. Sin embargo, la antes citada STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop contra España, apreció vulneración del artículo 6 del Convenio afirmando: «En su sentencia de condena, el Tribunal Supremo dijo en varias ocasiones que había que circunscribirse a los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial. Sin embargo, en oposición al Tribunal a quo, concluyó en la existencia de un nivel de ruido insoportable, provocando perjuicios que podrían representar un riesgo lo suficientemente grave para la salud de los denunciantes.

de carácter puramente fáctico que pudiera haber cometido el juzgador de instancia.

Lógicamente, otra cosa sucede si quien recurre es la parte condenada. Entonces, sin limitación de alegaciones y sin definición a la que acudir, la apelación interpuesta sí parece podría abrir la segunda instancia. Por un lado, los errores en la apreciación de la prueba carecen de confín normativo, luego podrían dirigirse a las equivocaciones tanto en la interpretación como en la valoración probatoria. Por otro, la estimación de estos errores, si bien con alguna duda tratándose de aquellos defectos en la motivación y que incluyen el apartamiento de las máximas de experiencia⁴⁷, no conduce a la declaración de nulidad sino a la emisión de

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo se fundó sobre varios elementos, a saber, (...). En segundo lugar, la jurisdicción de casación difiere de las conclusiones derivadas de los testimonios y peritajes expuestos en el transcurso de la vista pública celebrada en la Audiencia Provincial y, apelando a la ciencia y a las máximas de la experiencia, llegó a la conclusión opuesta. (...). Los argumentos antes citados permiten al TEDH observar que el Tribunal Supremo fundó su conclusión sobre una nueva valoración de los elementos de la prueba practicada en el transcurso de la vista pública en la Audiencia Provincial y sobre los cuales las partes habrían podido presentar sus alegaciones. (...). Así, sobre la base de indicios que estima se desprenden de «la ciencia y de las máximas de la experiencia», la jurisdicción de casación ha reinterpretado los hechos declarados probados (a saber la existencia de un nivel insoportable de ruido y de un riesgo suficientemente grave para la salud de los denunciados) efectuando una nueva tipificación jurídica, sin respetar las exigencias del principio de inmediación».

⁴⁷ No obstante, ha de reconocerse que ya en la STS 39/2015, de 29 de mayo, se sanciona la razonabilidad de una distinta consecuencia: «Esta Sala ha acogido la distinción entre los efectos del derecho a la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia, en el sentido de que el derecho a la tutela judicial efectiva se extiende solamente a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos en que se funda la absolución o la condena, pero no a la existencia o inexistencia de tales motivos. Por ello la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de motivo para condenar supone la absolución del acusado mientras que cuando se vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios (SSTS 178/2011 de 23 de febrero y 631/2014 de 29 de septiembre). En cualquier caso es necesario precisar que una ausencia relevante de motivación que no verse sobre la valoración sino sobre la propia concurrencia de prueba suficiente para fundamentar la condena, constituye en realidad una vulneración del derecho a la presunción de inocencia que debe determinar directamente la absolución. Pero también ha advertido esta Sala que no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que coloque a este derecho fundamental al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quienes se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (entre otras STS nº 892/2007, con cita de la STS de 4 de marzo de 2004 y de la STS núm. 411/2007 o las más recientes SSTS 631/2014 de 29 de septiembre; 189/2015 de 7 de abril; 209/2015 de 16 de abril ó 246/2015 de 28 de abril).

un nuevo juicio. Es aquí donde, se quiera o no, surge el problema de la intermediación, sin solución además pues el legislador -y salvo que se acuda a la reproducción de la prueba grabada (arts. 790.3 y 791.1)- no ha reformado las posibilidades probatorias en apelación.

En efecto. Si esta regla, que se dice lo es de acierto en el juicio, exige un contacto directo entre el juez y las actuaciones orales, principalmente medios de prueba, que se realicen en el proceso de modo tal que el fallo que haya de dictarse a continuación se determine conforme con lo que allí se vio y oyó. Si se entiende, con todo sentido y razón, que así el sujeto enjuiciador estará en las mejores condiciones para emitir su sentencia. Y si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, referente último de la doctrina sobre esta garantía, no ha vinculado su exigencia al derecho a la presunción de inocencia ni limitado su presencia a los recursos penales frente a sentencias absolutorias⁴⁸. La única conclusión posible es que mal

Criterio igualmente expresado por el Tribunal Constitucional, que ha afirmado que «Al igual que no existe «un principio de legalidad invertido», que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, F. 4), tampoco existe una especie de «derecho a la presunción de inocencia invertido», de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas» (STC 141/2006, FJ 3)».

Sobre ello -y con cita de esa resolución- MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, pág. 538, resaltando muy especialmente el pronunciamiento siguiente: «Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en los supuestos absolutorios los mismos parámetros que en los condenatorios, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable».

⁴⁸ Sirva de ejemplo la Sentencia de 6 de diciembre de 2007, caso Susana Rós Westlund contra Islandia. Obsérvese que la garantía de la intermediación se aplica en un proceso civil y con independencia de quien fuera la parte recurrente: «(...) El Tribunal señala asimismo que, al condenar a la demandante a pagar una indemnización a G., el Tribunal de distrito tuvo en consideración que G. conocía o debía conocer el estado del tejado en el momento de la transacción. El Tribunal Supremo tenía plena jurisdicción para conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, aunque sin la participación de G., tenía que resolver sobre la base del expediente del Tribunal de distrito y las alegaciones de apelación de la demandante. Además, en su recurso al Tribunal Supremo, la demandante se oponía a la interpretación del Tribunal de distrito de la descripción de la propiedad y exponía una serie de argumentos que cuestionaban sus conclusiones en el sentido de que G. ignoraba el estado real del tejado en el momento al que se refiere. Con respecto a esta cuestión, que parece haber sido una importante cuestión de hecho planteada en el recurso de la interesada, ha de señalarse también que la demandante, al igual que hizo anteriormente y sin éxito ante el Tribunal de distrito, pidió al Tribunal Supremo que oyese como testigos a las personas que habían trabajado para G. en la casa durante el verano de 1999. A la luz de lo anterior y habida cuenta

podrá revisarse la sentencia en su integridad si las pruebas personales que el juzgador *a quo* consideró a efectos de la condena y que se estiman incorrectamente valoradas no se aprecian de forma inmediata. Y es que hacerlo mediatamente –y la cuestión podrá estar en el valor que se dé a la proyección de lo grabado (art. 791.1 LECrim)- ignoraría que la garantía de la inmediación se incluye en el artículo 6 del CEDH y que el derecho a un proceso justo pertenece a todas las partes.

3.º Que la asimetría examinada y que se dispone en consideración a la parte recurrente no genera, o no debería generar, dificultades desde la vigencia del principio de igualdad. No hace falta recordar que la única parte a la que internacionalmente se reconoce el derecho al recurso es al condenado⁴⁹.

de lo que arriesgaba la demandante, el Tribunal considera que la cuestión de la condena a pagar una indemnización a G. no podía resolverla el Tribunal Supremo, en un proceso con todas las garantías, sin haber valorado directa y personalmente los testimonios de las partes (ver, Sentencias Ekbatani contra Suecia de 26 mayo 1988; Sigurthor Arnarsson contra Islandia 15 julio 2003). Sin embargo, por las razones puestas de relieve en el apartado 40 supra, la no celebración de vista oral fue consecuencia directa de la aplicación del artículo 158.3 de la LECiv, que impide al Tribunal Supremo ejercer toda facultad en cuanto a la necesidad de celebrar una vista oral en interés de la equidad del proceso. Habida cuenta del procedimiento en su conjunto, el papel del Tribunal Supremo y las cuestiones que había de conocer, el Tribunal estima que las características del procedimiento no eran especiales para justificar la no celebración de una vista oral ante el Tribunal Supremo. En consecuencia, ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio».

Es verdad que la normativa islandesa contiene una disposición justificando la ausencia de vista e incluso de contradicción y que por ello el Tribunal Europeo consideró «que el Estado demandado debería tomar las medidas apropiadas para asegurar que sean los criterios del Convenio los que se apliquen». No obstante, tales observaciones respecto al ordenamiento interno no impiden apreciar que se está ante una causa civil, que la sentencia de instancia fue condenatoria –confirmándose después en apelación- y que en juego estaba la petición de revocación y realización de un nuevo enjuiciamiento fáctico -y jurídico- sobre el objeto litigioso.

⁴⁹ En Italia la Ley nº 46, de 20 de febrero de 2006 introdujo la inimpugnabilidad de las sentencias absolutorias. Con entusiastas partidarios, pero también con enardecidos detractores, la Corte Constitucional de la República terminó declarando la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Su razonamiento, que en cierto modo guarda similitud con pronunciamientos del Tribunal Constitucional español, giró en torno a un triple apunte:

Uno, el principio de igualdad en el proceso no comporta necesariamente identidad de los poderes y facultades reconocidos a las partes. Las simetrías del juicio oral se tornan en desigualdades «fisiológicas» en otras fases del litigio y como botón de muestra –en una y otra dirección- se alude a la posición del Ministerio Fiscal en la etapa de instrucción o al derecho al recurso del condenado en la de impugnación.

Dos, las alteraciones en la paridad son compatibles con el principio de igualdad siempre que cumplan las condiciones que se refieren a continuación: de un lado, que tengan en su po-

Lo dicho, sin embargo, no impide pensar en una hipotética asimilación práctica entre ambos recursos. Con las limitaciones probatorias en apelación y si las exigencias de inmediación no se solventan a través de la reproducción de las grabaciones de instancia en la vista del recurso, la revisión por el órgano ad quem de los juicios fácticos que sustentan la condena dictada sobre la base de pruebas personales presenta unas objeciones de partida de nada fácil solución. A las resoluciones que puedan dictar los Tribunales Superiores de Justicia -las Audiencias han sido contrarias no solo a reproducir lo grabado sino también en muchos casos a enjuiciar de nuevo los hechos-, habrá de estarse siendo conscientes que son diecisiete y que una disparidad de interpretaciones es más que posible⁵⁰.

der una adecuada «*ratio giustificativa*» para lo cual se atendería al papel institucional del Público Ministerio o a las exigencias de funcionamiento de la justicia penal; de otro, que se encuentren dentro de los límites «*della ragionevolezza*», es decir, «*sulla base del rapporto comparativo tra la ratio che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l'ampiezza dello «scalino» da essa creato tra le posizioni delle parti: mirando segnatamente ad acclarare l'adeguatezza della ratio e la proporzionalità dell'ampiezza di tale «scalino» rispetto a quest'ultima*».

Tres, la disciplina sobre la irrecurribilidad de los fallos de contenido absolutorio presenta una asimetría radical e insalvable: niega «*per integrum*» la realización de la pretensión punitiva hecha valer al ejercitar la acción penal interpuesta y desde luego no resulta compensada con la ampliación de los motivos del recurso de casación. Se trata, en opinión del Tribunal, de una disposición de carácter general –no referida a una concreta categoría de delitos-, de condición unilateral –sin contrapartida específica alguna- y que en modo alguno resiste el juicio de proporcionalidad. Y en su confirmación surge de nuevo un triple aspecto. Uno primero, referido a su antítesis –recurribilidad-, y para advertir que en la misma no subyace intención alguna de carácter persecutorio en el estado democrático sino al contrario, preocupación por los posibles errores y de ahí la conveniencia de establecer un cauce de revisión. Un segundo dato, en relación con las normativas internacionales, y para recordar que la Convención europea contempla como excepción al derecho al recurso del condenado la reconsideración de la condena impuesta por primera vez en fase de impugnación. Y un tercer asiente, respecto a la inmediación, y para subrayar que el tribunal *ad quem* tanto en la apelación de sentencias estimatorias como desestimatorias juzgará mediatamente, sin que en este punto exista diferencia alguna que justifique semejante limitación.

⁵⁰ Una de las preguntas que habrá de responderse es si con la reproducción de lo grabado de verdad se traslada la realidad del debate del juicio oral a la segunda instancia permitiendo que el tribunal de apelación se sitúe en una posición semejante a la del órgano *a quo*. Naturalmente para contestar a esta cuestión, y hacerlo de manera definitiva, será esencial dejar al margen dos aspectos, tres si se quiere: en primer lugar, habrá que abstraerse de la discusión sobre la fidelidad que conlleva la grabación y que, a día de hoy, debe entenderse superada; en segundo lugar, interesará ignorar la controversia por las eventuales deficiencias técnicas que, de haberlas, tienen fácil solución con el transcurso del tiempo y su contribución a la mejora en la calidad de los aparatos y de la propia tecnología a emplear; finalmente, convendrá relativizar los fallos en el registro y la indeterminación de su alcance pues, si bien se mira, los mismos no dejan de constituir una anomalía, precisada, eso sí, de una

3. Una preocupación última

Segunda cuestión: situación problemática en que se pueden encontrar las Salas de lo Civil y Penal de determinados Tribunales Superiores de Justicia ante el incremento de asuntos de los que ha de conocer y como consecuencia de su reducida composición (tres o cinco magistrados).

Por ello, al margen de las iniciativas procesales llevadas a cabo y teniendo en cuenta que la mejora de la justicia penal no solo se asocia a reformas de tal naturaleza, parece oportuno indicar y en alguna medida reiterar:

1.º Que las competencias derivadas del componente político de este órgano, y que han de valorarse no tanto en términos cuantitativos como cualitativos, han desbordado el trabajo diario de determinadas Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

En primer lugar, en lo que respecta al aforamiento –que ahora incluirá también el procedimiento de decomiso autónomo–, el incremento del volumen de litigiosidad ha sido innegable. Tanto tratándose de querellas contra jueces y magistrados, que han dejado de ser excepción, como de causas contra aforados estatutarios, que se suceden y además con un grado de complejidad tal que exigen dedicaciones exclusivas obtenidas en muchos casos a través de las exenciones de reparto. Del instructor,

cierta uniformidad en su tratamiento procesal. Libre ya de tales condicionantes, el camino se despeja para detenerse en el que sería su *punctus dolens*: la reflexión sobre la aptitud de unas imágenes y unas voces retransmitidas y no vividas como vehículo idóneo para acceder –y proceder– a una nueva valoración, que no interpretación, de las diligencias de prueba allí registradas –en solitario o en unión de las que se pudieran practicar en el recurso–.

En todo caso y en términos muy generales, cabrían matizaciones y excepciones, de considerarse acertada esta posibilidad no debería conllevar solo la reproducción de lo grabado, conforme señala el artículo 791 de la LECrim, sino que seguramente exigiría dar un paso más requiriendo que el soporte audiovisual se lleve a la vista de la apelación con sometimiento pleno al principio de contradicción: presencia, audiencia y, en su caso, confrontación de las partes y demás intervinientes afectados por los errores fácticos alegados. Se precisaría así la asistencia del acusado –sin duda– y podría ser también –y en su caso– de los testigos y peritos que declararon o informaron en la fase de juicio oral. Ni que decir tiene que ésta hubiera sido la solución en el supuesto recogido por la STC 16/2009, de 26 de enero. Allí el órgano de apelación sí ordenó, contraviniendo el artículo 790.3 de la LECrim, la repetición de la prueba, pero quienes intervinieron en la vista del recurso se remitieron a las declaraciones vertidas en la instancia y el órgano jurisdiccional –y previamente los respectivos abogados– declinaron hacer cualquier tipo de interrogación. Se entendió entonces que, a pesar de esa ratificación de lo afirmado en autos y puesto que se precisaba de una nueva valoración de la actividad probatoria, que se efectuó, el tribunal *ad quem* había vulnerado la garantía esencial de inmediación.

desde luego, y más en el futuro inmediato si se quiere concluir respetando los plazos máximos fijados para la instrucción. Y asimismo por la dedicación de la Sala de enjuiciamiento que puede ver comprometida, e incluso imposibilitada, su labor diaria durante meses.

En segundo lugar y aquí únicamente en aquellas Comunidades con derecho civil propio, foral o especial, en lo que concierne al conocimiento de los recursos de casación con origen en dicha infracción. Igualmente, al menos en el territorio de la Comunidad Valenciana, cada vez son más numerosas las impugnaciones recibidas y no es de extrañar su crecimiento ulterior. Y no solo por el aumento del número de recursos, que también, como por el desarrollo legislativo del derecho civil propio. Quedaría entonces recordar las exigencias de tiempo y dedicación que exigen las labores de unificación.

2.º Que las actuales, aunque no originarias, asignaciones de competencia en materia de arbitraje tampoco son cuestión baladí. También aquí la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia se hizo pensando en la uniformidad de doctrina y en la potenciación de la institución que con ello se lograría.

3.º Que las apelaciones penales que se añaden a las competencias señaladas entorpecerán enormemente, cuando no imposibilitarán, el desempeño de las funciones anteriores. En la Comunidad Valenciana, por ejemplo, las sentencias dictadas en primera instancia por la Audiencias Provinciales, y no se contabilizan ni las absolutorias ni las emitidas previa conformidad, superan en los últimos ejercicios judiciales las 600 anuales, de las cuales más de la mitad se han venido recurriendo en casación. Si a ello se añade que *a priori* un recurso ordinario como la apelación presenta menores dificultades de elaboración que uno extraordinario de casación y que por razones de proximidad, geográfica fundamentalmente, se ve más cercano al Tribunal Superior de Justicia que al Tribunal Supremo, es muy posible que las sentencias condenatorias que se recurran ante la Sala se incrementen de forma notable y asimismo y en su tramitación que las peticiones de celebración de vista para reproducción de lo grabado en la instancia crezcan considerablemente.

En consecuencia, no es arbitrario, irracional o injustificado acudir a lo dispuesto en el artículo 73.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y reclamar la creación de Salas o Secciones de apelación en determinados Tribunales Superiores de Justicia. Lo contrario, conservar la planta de la Sala sin ampliación alguna, podría alejar ese fin último perseguido por cualquier reforma siempre y sin excepción: el logro de una Administración

de Justicia que sea eficaz y eficiente y donde se respeten al máximo los derechos de los justiciables y entre ellos el derecho a obtener una tutela judicial en plazo razonable y con todas las garantías. Y es que, si se mantuviera el actual estado de cosas -máxime si se termina celebrando vista y proyectando grabaciones-, la entrada en vigor de la reforma generalizando la apelación provocará o bien dilaciones en todos los procesos que no sean causas con preso o tengan tramitación preferente o bien respuestas rápidas nunca convenientes y menos aún habida cuenta de la función unificadora que también se les atribuye.

Y una última anotación. No se olvide que existe un riesgo adicional sumamente perturbador: la «contaminación» de los Magistrados de la Sala Civil y Penal que pudieron haber instruido la causa como consecuencia del aforamiento de una o varias de las personas encausadas. Repárese que, tras la pérdida de dicha condición –dimisión, disolución de las Cortes...- y la declaración de incompetencia de la Sala, el enjuiciamiento podría volver vía recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Y termino. Hace algunos años, releendo un viejo libro, en edad y en fecha de escritura, me encontré con cierto párrafo cuyas palabras, inadvertidas hasta entonces, encerraban una gran verdad: los hombres en muchísimas ocasiones tomamos decisiones y luego, una vez adoptadas, pretendemos revestirlas de las correspondientes justificaciones. Creo que éste no ha sido el caso. Por tal motivo solo queda esperar que desde los poderes públicos se de pronta respuesta a ese encaje organizativo preciso para que pueda funcionar en condiciones de eficacia y calidad. Y que desde los órganos funcionalmente competentes se acierte en la interpretación de esta nueva regulación asimétricamente dispuesta. Y todo ello con ese objetivo final: construir, ofrecer y desarrollar un proceso con todas las garantías.

V.- BIBLIOGRAFÍA –CITADA Y DE REFERENCIA-

AGUILERA DE PAZ, E., -*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Madrid 1923, V, Madrid 1914, y VI, Madrid 1916.

AGUILERA MORALES, M., -*El recurso efectivo frente a la violación del derecho al doble grado de jurisdiccional penal*, en *Tribunales de Justicia* nº 11, 2002.

-*El artículo 14.5 PIDCP y la generalización de la doble instancia penal. Comentario a la Comunicación nº 1101/2002 del Comité de Naciones Unidas de 5 de noviembre de 2004*, en *REDF* nº 4, 2004.

AIKIN ARALUCE, S., -*El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid 1982.

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., -*Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «*Estudios de Derecho Procesal*», Madrid 1934.

ALLORIO, E., -*Sul doppio grado del processo civile*, en «*Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*», III, Milán 1979.

ARANGÜENA FANEGO, C., -*Proceso penal y doble instancia*, en *Justicia* 1994.

ARMENTA DEU, T., -*El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, en *RGD* 1994 julio-agosto.

-*El recurso de apelación penal ante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en *Revista Jurídica de Catalunya* nº1-2005.

BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M^a., -*Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona 1992.

BAUER, W.J., -*Il regime delle impugnazioni*, en «*Il processo penale negli Stati Uniti d'America*», coordinado por AMODIO y BASSIOUNI, Milán 1988.

BECEÑA, F., -*Sobre la instancia única o doble en materia civil*, *RD Privado* 1933.

CALAMANDREI, P., -*Oralità nel processo*, en «*Opera Giuridiche*», I, Nápoles 1965.

- CALDERÓN CUADRADO, M^a P., -*La prueba en el recurso de apelación penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Valencia 1999.
-*La segunda instancia penal*, Cizur-Navarra, 2005.
-*La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada*, Madrid 2011.
- CARNELUTTI, F., -*Principios del proceso penal*, en «Derecho Procesal civil y penal», II, traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires 1971.
- CARRERAS LLANSANA, J., -*El Derecho procesal como arte*, en «Estudios de Derecho procesal», con FENECH NAVARRO, M., Barcelona 1962.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, C., -*La reforma del proceso penal*, con ANDRES IBAÑEZ, P., FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PEREZ MARIÑO, V., VARELA CASTRO, L., Madrid 1990.
- CONSO, G., y GREVI, V., -*Prolegomeni a un commentario breve al nuovo Codice di Procedura Penale*, Padova 1990.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., -*El sistema de recursos*, en «El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988», con GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J., Valencia 1989.
- CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, libro VII, título LXV, 2 (traducción García del Corral, II, Barcelona 1895).
- CHIAVARIO, M., -*Processo e garanzie della persona*, I, Milán 1982.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., -*Sobre la cosa juzgada*, Madrid 1991.
-*El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia*, en Tribunales de Justicia, 1997, nº 10.
-*Derecho Procesal. Introducción*, con DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I, y VEGAS TORRES, J., Madrid 2001.
- DEL POZZO, C., -*Le impugnazioni penali. Parte generale*, Padova 1951.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., -*Artículo 24. Garantías procesales*, en «Comentarios a la Constitución Española de 1978», dirigidos por Alzaga Villamil, O., III, Madrid.
- DIGESTO, libro XLIX, título I, 16 (traducción D'Ors y otros, III, Pamplona 1975).

EISNER, I., -*La intermediación en el proceso*, Buenos Aires 1963.

ESCRICHE, J., -*Diccionario razonado de Legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia 1838.

ESPARZA LEIBAR, I., -*El principio del debido proceso*, Barcelona 1995.
-*Comentarios a la Ley del Jurado*, AA VV, coordinadores Montero Aroca, J. y Gómez Colomer, J.L., Pamplona 1999.

FERRAJOLI, L., -*I valori del doppio grado e della nomofilachia*, en *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, Democrazia e diritto, suplemento al número 1 enero-marzo 1992.

GAMBINI, R., -*Il sistema delle impugnazioni penali in Inghilterra*, en «Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di reforma del 2006», Torino 2007.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., -*La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución*, AJA 1998 nº 331(BIB 1998/538).
-*Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal*, AJA 2004 nº 647 (BIB 2004/1773).

GARCIA PEREZ, J., -*Proceso penal y doble instancia*, en «La reforma del proceso penal», Il Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León.

GIMENO SENDRA, V., -*El derecho a los recursos y la reforma de la casación penal*, en «Constitución y proceso», Madrid 1988.
-*La casación y el derecho a los recursos*, en BIMJ nº 1488, abril 1988.

GÓMEZ COLOMER, J.L., -*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona 1985.
-*Trazos de la configuración dogmática de la mal llamada segunda instancia penal*, en Poder Judicial 1998, nº 49.
-*Comentarios a la Ley del Jurado*, AA VV, coordinadores Montero Aroca, J. y él mismo, Pamplona 1999.

GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALVÁN, J.M., -*Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1857.
-*Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, III, Madrid 1861.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *-Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I-2º, Barcelona 1951.

GONZÁLEZ CANO, I., *-El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español*, en *Tribunales de Justicia* nº 2, 2001.

GONZÁLEZ-CUELLAR GARCIA, A., *-Los recursos en el procedimiento abreviado*, en *La Ley* 1989-4.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *-La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, con MARCHENA GÓMEZ, M., Madrid 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *-Comentarios a la Ley del Jurado*, AA VV, coordinadores Montero Aroca J., y Gómez Colomer, J.L., Pamplona 1999.

HERRERA ABIÁN, R., *-La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Granada 2006.

JAÉN VALLEJO, M., *-La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales (Nota a propósito del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20/7/2000)*, AJA 2000 nº 453 (BIB 2000/1226).

-La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales (Nota a propósito del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20/7/2000), (II), AJA 2000 nº 462 (BIB 2000/1655).

LASSO GAITE, J., *-Evolución histórica de la casación penal en España*, RDP 1975.

-Crónica de la codificación española. 3. Procedimiento penal, Ministerio de Justicia-Comisión general de codificación.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *-El doble examen en la jurisdicción penal*, BICAM 2001 nº 17.

LUZON CUESTA, J.Mª., *-El recurso de casación penal*, Madrid 1993.

LLORENTE SANCHEZ-ARJONA, M., *- La segunda instancia en el proceso penal*, Granada, 2000.

MAIER, J.B., -*¿Es la inmediatez una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre inquisición versus composición*, en dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=839229.

MANZINI, V., -*Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción Sentís Melendo y Ayerra Redín, V, Buenos Aires 1954.

MARCHENA GÓMEZ, M., -*La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, con GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., Madrid 2015.

MOMMSEN, T., -*Derecho penal romano*, traducción P. Dorado, Madrid 1905.

MONTERO AROCA, J., -*Las reformas de las Salas de lo Civil y Penal*, Poder Judicial 1991 nº 24.

-*Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada 1996.-*Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia 1997.

-*Comentarios a la Ley del Jurado*, AA VV, coordinadores él mismo y Gómez Colomer, J.L., Pamplona 1999.

-*Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Cizur Menor (Navarra), 2008.

MORENO CATENA, V., -*La apelación penal. Un derecho fundamental*, AJA 2004 nº 615 (BIB2004/177).

-*El recurso de apelación y la doble instancia penal*, en «Estudios de Derecho Judicial. Estudio de los nuevos recursos en el orden penal», CGPJ 149/2007.

MUERZA ESPARZA, J., -*Sobre la reforma de la LOPJ y la segunda instancia penal*, AJA 2003 nº 595 (BIB 2003/1262).

ORLANDI, R., -*Le impugnazioni proponibili nei confronti della sentenza di primo grado: la disciplina tedesca*, en «Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006», Torino 2007.

ORTELLS RAMOS, M., -*Derecho Jurisdiccional*, II-1º, con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., Barcelona 1994.

ORTIZ DE ZUÑIGA, M., -*Biblioteca Judicial*, II, Madrid 1840.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *-Comentarios a la Ley del Jurado*, AA VV, coordinadores Montero Aroca, J. y Gómez Colomer, J.L., Pamplona 1999.

PETRELLA, G., *-Le impugnazioni nel processo penale*, I, Milano 1965.

PIZZORUSSO, A., *-Sul principio del doppio grado di giurisdizione. Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, en RD Processuale 1978.

PORTERO GARCIA, L., REIG REIG, J.V., MARCHENA GÓMEZ, M., *-Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988*, Bilbao 1989.

PRESUTTI, A., *-L'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento tra regola ed eccezione*, en «Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di reforma del 2006», Torino 2007.

PRIETO CASTRO, L., *-Limitaciones de la apelación*, en *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid 1964.

RUIZ VADILLO, E., *-Hacia una nueva casación penal (La Constitución, punto central de nuestra reflexión)*, en BIMJ 1990, nº 1585.

SALGADO DE SOMOZA, *-Tractatus de Regia Protectione vi oppressorum appellantium a causis et Judicibus Ecclesiasticis*, 1669.

SÁNCHEZ GARRIDO, J.A., *-Recurso de apelación penal: reproducción de pruebas personales y práctica de nuevas pruebas conforme al artículo 790.3 de la LECrim*, en «Diario La Ley» nº 7528, 2010.

SCIALOJA, V., *-Procedimiento civil romano*, traducción de Sentís Melendo y Ayerra Redin, Buenos Aires 1970.

SPANGHER, G., *-Per una ridefinizione dei poteri del giudice penale d'appello*, en *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, Democrazia e diritto, suplemento al número 1 enero-marzo 1992.

SUAU MOREY, J., *-Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Barcelona 1995.

TAPIA, *-Febrero novísimo o librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, IV, Valencia 1837.

THAMAN, S.C., *-Comentarios a la Ley del Jurado*, AA VV, coordinadores Montero Aroca, J. y Gómez Colomer, J.L., Pamplona 1999.

TORRES GELLA, F.J., «¿El fin, por fin, de la única instancia en materia penal? Reforma del artículo 791 de la LECrim, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre», en *Diario La Ley* nº 7523, 2010.

VARELA GÓMEZ, B., *-El recurso de apelación penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valencia 1997.

VIERA MORANTE, F.J., *-Contradicción e inmediatez en la práctica de las pruebas y valoración en segunda instancia*, AJA 2003 nº 563 (BIB 2003/60).

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *-La apelación de la sentencia en el juicio con jurado*, Bolonia 1998.

WACH, A., *-Oralidad y escritura*, en *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, traducción de Krotoschin, Buenos Aires 1958.

WEBER, A., *-La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 64, 2002, traducción Rodríguez Álvarez, J.L.

ZARZALEJOS, J., *-El nuevo proceso abreviado para delitos menos graves (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*, en «Nuevos Tribunales y Nuevo Proceso Penal», con DE LA OLIVA, A., VEGAS, J., GONZÁLEZ, J.M., y ARAGONESES, S., Madrid 1989.

ZICCARDI, P., *-Doppio grado o doppia fase del giudizio di merito? Una scelta politica*, en *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, Democrazia e diritto, suplemento al número 1 enero-marzo 1992.

El reforzamiento de las garantías procesales del imputado a la luz del sistema acusatorio inglés*

JUAN DAMIÁN MORENO

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid*

Resumen

El sistema judicial inglés ha representado el paradigma del sistema acusatorio, cuyos principios esenciales han traspasado las fronteras y han servido de modelo en que se han visto reflejados otros muchos ordenamientos. En este trabajo trataremos de analizar las características esenciales del sistema inglés por si esto sirviera al menos para comprender algunas de las cuestiones de nuestro derecho positivo desde la perspectiva de un modelo al que se ha tomado como elemento de referencia en muchos aspectos, sobre todo ante la eventual reforma del proceso penal en nuestro país y que permita a los integrantes del ministerio fiscal, de manera prospectiva, entender sus propias claves de actuación conforme a criterios asentados en un proceso predominantemente acusatorio.

** Por diversas circunstancias no me ha resultado posible entregar el texto de mi intervención en la «I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia» celebrada el 5 de noviembre de 2015 en el Centro de Estudios Jurídicos. Agradezco a la Dirección del Boletín que me haya permitido sustituir el texto con éste, en la medida en que ambos responden a la misma finalidad, como es la de contribuir, en la línea seguida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, al reforzamiento de las garantías procesales y a la consolidación de una reforma del proceso penal mucho más acorde con el modelo que predomina en los países europeos más avanzados. El trabajo que se incluye forma parte de la obra, «La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés». En este sentido, quisiera expresar también mi agradecimiento a la Editorial Dykinson por haberme dado la oportunidad de poder reproducir parte de él en esta Revista.*

Abstract

English criminal process has represented the paradigm of the adversarial court system, whose essential principles have crossed borders, that has been followed as a model and has been reflected in many other countries. This research paper will try to analyze the essential features of the English legal system as it would at least serve to understand some of the key issues of positive law from the perspective of a model that has been taken as a reference in many aspects, especially given the eventual reform of the criminal proceedings in our country. Additionally, it will enable members of the public prosecutor to prospectively understand their own key performance under settled and predominantly adversarial system criteria.

Palabras clave

proceso penal, sistema acusatorio, imputación, instrucción, el papel del fiscal, la decisión de proceder.

Key Words

criminal process, adversarialism, charge, pre-trial issues, the role of prosecutors, the decision to prosecute.

Sumario

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Estado de la cuestión. El sistema judicial inglés en su laberinto
2. El sistema público de acusación en Inglaterra: «The Crown Prosecution Service»
3. Organización de la justicia penal. Rasgos generales del proceso penal en Inglaterra y Gales
4. Alternativas al ejercicio de la acción penal («prosecute or divert»). Archivo condicional o sobreseimiento por razones de oportunidad

II. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL («COMMENCING A PROSECUTION»)

1. El deber de actuar conforme a las exigencias del «due process of law»
2. La comparecencia preliminar ante el tribunal: el juicio sobre la imputación

III. CRITERIOS DE PERSEGUIBILIDAD: CONTROL DE LA IMPUTACIÓN POR LA ACUSACIÓN. LA DECISIÓN DE ACUSAR «WHETHER TO PROSECUTE»

1. Examen sobre la suficiencia de las pruebas y las posibilidades de obtener un sentencia de condena: A realistic prospect of conviction
2. La valoración del interés público que justifica la persecución: to prosecute, or not to prosecute: that is the question
3. Vigencia del principio de oportunidad: alcance del «guilty plea»

IV. LA DECISIÓN DE NO PROCEDER «DECISION NOT TO PROSECUTE». CONTROL JUDICIAL Y ALCANCE

V. CONCLUSIÓN. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL MODELO DE INSTRUCCIÓN: ¿ES NUESTRO SISTEMA ACUSATORIO, TAN ACUSATORIO?

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Una de grandes inconvenientes de nuestra justicia penal, probablemente derivada del mantenimiento de la figura del juez instructor, es que permite iniciar un proceso penal sin apenas haber efectuado un control sobre la verosimilitud de la imputación. El ejercicio de la acción penal, aunque dotado de elementos que permiten de manera diferida determinar el grado de seriedad de la acusación, sin embargo carece medios adecuados para llevar a cabo un examen inicial, con las consecuencias que esta circunstancia llega a tener cuando aquella carece de suficiente fundamento. En otros países debido al efecto tan negativo que ocasiona en la fama o reputación de una persona el hecho de ser citado ante un tribunal para responder a una imputación, los responsables de la acusación únicamente están autorizados a proceder en el supuesto de que la causa haya superado un riguroso control de calidad que trate de evitar las acusaciones arbitrarias, infundadas o injustificadas («the process is the punishment»)¹.

Como ha sostenido con acierto Asencio Mellado, *pocos conceptos son tan complejos como es de la imputación y pocos a su vez han adquirido tanta relevancia, procesal y extraprocesalmente*, y desde luego su concepto depende del modelo de investigación en que se aplique². Por eso, como trataremos de demostrar en este trabajo, nuestro sistema acusatorio no es tan acusatorio como en principio pudiera parecer al menos en este importante aspecto de la cuestión. Trataremos de poner de relieve que nuestro sistema procesal exigiría un cambio en profundidad para aproximarse al estándar de garantías ya existente en otros países a fin de reforzar de esa manera el derecho a la presunción de inocencia. Para ello utilizamos como elemento de contraste el sistema que informa la actuación de la acusación en Inglaterra, que ha representado el paradigma del sistema acusatorio.

En este aspecto, constituye ya un tópico iniciar la exposición de esta cuestión evocando las célebres palabras de Hartley Shawcross, quien en 1951 aseguró ante el Parlamento que jamás la mera sospecha sobre la existencia del delito puede servir de fundamento para una imputación de

¹ La referencia rememora el título de la obra con la que Malcom M. FEELEY denunció los abusos cometidos en Nueva York para tratar la delincuencia menor, sobre todo la que provenía de la gente de color [FEELEY, M.: *The process is the punishment*, Nueva York, 1992].

² ASENCIO MELLADO, J.M.: *La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación*, en Diario «La Ley» (23-12-2015).

la que se derivara la iniciación de un proceso penal («[i]t has never been the rule in this country – I hope it never will be – that suspected criminal offences must automatically be the subject of prosecution: wherever it appears that the offence or the circumstances of its commission is or are of such a character that a prosecution in respect therefore is required in the public interest; that is still the dominant consideration»).

De la integración de nuestro país en la Unión Europea se deriva la necesidad de armonizar y homogeneizar los sistemas jurídicos, un proceso que avanza a un ritmo adecuadamente sostenible y que está alcanzado a multitud de aspectos en el mundo del derecho. En cuanto al proceso penal se refiere, este fenómeno también se advierte con claridad. Las especialidades existentes entre los distintos sistemas, aunque con frecuencia son el resultado de opciones políticas, responden en la mayor parte de los casos a técnicas que en cada país han servido históricamente para dar una respuesta a un problema de organización y que son fruto de la tradición u obedecen a criterios de oportunidad³.

Básicamente estas especialidades están orientadas a resolver el problema acerca de cómo proceder para la asignación y distribución de las funciones que son necesarias para el desenvolvimiento de la justicia penal (investigación, preparación del juicio y enjuiciamiento) pero si bien los rasgos distintivos se acrecientan sobre todo en relación con la función asignada a la fase preliminar y el valor que se le deba dar a los actos que en esta fase se llevan a cabo, en lo que se refiere a la finalidad de cada una de ellas, debieran existir en el fondo diferencias sustanciales.

No tiene demasiado sentido buscar fórmulas ideales susceptibles de poder ser aplicadas de manera uniforme a todos los países; lo importante es que respondan a unas exigencias comunes, basadas en el respeto a los derechos individuales y que en su caso acaben encontrando el adecuado equilibrio para satisfacer los legítimos intereses que están en juego en el proceso penal (que no son pocos), de manera que cualquiera de ellos acabe hallando acomodo en todos los ordenamientos jurídicos a los que, individualmente considerados, se toman como modelo a la hora de catalogar a un determinado sistema procesal⁴.

³ ARMENTA DEU, T.: *Principio acusatorio: realidad o utilización (lo que es y lo que no es)*, en «Estudios sobre el proceso penal», Buenos Aires, 2008, p. 121, considera conveniente deshacer algunos equívocos en los que con frecuencia incurre la doctrina cuando aborda esta cuestión. También, en ARMENTA DEU, T.: *Sistemas procesales penales*, Madrid, 2012, p. 20.

⁴ MONTERO AROCA, J.: *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso*

El principio de autonomía procesal que preside la aplicación del derecho europeo faculta a cada país a organizar la legislación de manera que resulte más adecuada, siempre que se respeten las reglas básicas de las directrices europeas. En todas las sociedades democráticas el crimen se investiga, se lleva a los presuntamente responsables ante la justicia y los acusados son juzgados ante un tribunal imparcial y a través de un juicio potencialmente justo y bajo unos estándares procesales de naturaleza muy similares⁵.

Como subrayó el Prof. Fairén, pensar que un proceso no tenga *instrucción* en sentido de *preparación* es tanto como aceptar que es posible actuar irreflexivamente y admitir que un hombre puede hacer las cosas *sin pensar* antes qué hacer⁶. Pero también es verdad que una instrucción indefinida es incompatible con la presunción de inocencia. El juicio oral no es un simple ornamento, una garantía formal que dé cobertura a la actividad investigadora del Estado. De ahí que desde hace tiempo la doctrina venga apostando insistentemente hacia un cambio de modelo que evite en parte actuaciones inadecuadas desde este punto de vista. No podemos contentarnos con el resultado de la instrucción, por mucho que en algunos casos favorezcamos que el acusado pueda eludir el juicio en determinadas circunstancias.

En la actualidad uno entendería que estamos claramente ante un proceso informado por el principio inquisitivo si éste estuviera caracterizado por un modelo en el que el juez pudiera acusar y enjuiciar simultáneamente, en el que el procedimiento fuera escrito y las actuaciones fueran secretas (hasta el extremo de no permitir al acusado conocer los hechos que se le imputan ni intervenir en el procedimiento para ejercitar el derecho de defensa), en el que la denuncia misma fuera suficiente para que el juez pudiera incoar de oficio el proceso abriendo la investigación, en el que el juez pudiera investigar cualquier hecho referente a la vida del inculpado sin tasa ni limitación alguna, donde la finalidad de la instrucción fuese la pesquisa misma y donde se pudiese investigar simplemente por el afán de explorar, a ver lo que de la investigación se extrae («inquisitio

penal, Madrid, 2008, p. 75. Para GÓMEZ ORBANEJA el sistema inquisitivo no es más que pura persecución penal disfrazada de proceso [GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951, p. 165].

⁵ VOGLER, R.: *A world view of criminal justice*, Londres, 2009, p. 286.

⁶ FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Acción del Ministerio Fiscal y acción popular. Su titularidad y extensión*, en «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional (La Reforma Procesal Penal, 1988-1992)», Madrid, 1992, III, p. 216, nota 17].

generalis») y en el que el juez o la acusación pudiera alcanzar u obtener el convencimiento de la verdad a cualquier precio, incluso mediante la utilización de pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales⁷.

Y aunque afortunadamente, el proceso penal inquisitivo, tal como se ha entendido, se halla absolutamente erradicado de nuestro ordenamiento jurídico, existen aún ciertas reminiscencias debido en parte a que en su momento los redactores de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no consideraron prudente dar el paso definitivo, creyendo que la transición era, como señaló Alonso Martínez, «demasiado brusca». Pero «suponiendo que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica, llegase hasta este último límite del sistema acusatorio», sabría perfectamente plasmar las enormes diferencias entre el fiscal y el juez instructor, que en la actualidad, al menos a la luz de su papel en la instrucción, representan dos figuras que puestas una junto a la otra son capaces de proyectar la misma sombra. En fin, en cuanto se refiere a nuestro país, en palabras de Barona Vilar, no sabemos si estamos (o si seguimos) en busca de *un modelo procesal penal perdido o aún no inventado*;⁸ quizá hubiese que reconsiderar algunas cuestiones para utilizar criterios uniformes de catalogación para definir un sistema u otro en la medida en que, cada vez más, los países europeos tienden hacia la convergencia también en la justicia penal⁹.

Han pasado ya demasiados años y demasiadas cosas en nuestro país desde el advenimiento de la democracia como para no sorprendernos de lo difícil que tiene que ser para un gobernante renunciar a un modelo de proceso penal como el que tenemos y prefiera no asumir el riesgo de implantar otro del que no se sabe bien si llegará a funcionar o si, funcionando, alcanzará los mismos niveles de eficacia en la persecución de los delitos que tiene el actual. Comprendo que provoque vértigo y que por eso sea más cómodo ir poco a poco adaptando el sistema en función de las necesidades o de los requerimientos que impongan las exigencias electorales. Así pues, no creo que el problema tenga su origen en una falta de consenso sobre el modelo sino que, como queda reflejado el

⁷ Es imprescindible en este aspecto la lectura de *Ecos de Inquisición* [Madrid, 2014], del profesor GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO.

⁸ BARONA VILAR, S.: *Seguridad, celeridad, y justicia penal*, Valencia, 2004, p. 57.

⁹ ARMENTA DEU, T.: *Sistemas procesales penales*, cit., p. 54.

Preámbulo que precede a la Ley 41/2015, de 5 de octubre, es la implantación misma lo que requiere de un amplio consenso.

1. Estado de la cuestión. El sistema judicial inglés en su laberinto.

Aunque en muchos aspectos ha sufrido serias crisis de identidad, el sistema judicial inglés, cuyos principios esenciales han traspasado las fronteras y han servido de modelo en que se han visto reflejados otros muchos ordenamientos, sigue siendo lo suficientemente robusto como para resistir cualquier intento de reemplazarlo por un sistema más acentuadamente continental. Inglaterra no ha sido ajena a los cambios de su sistema procesal motivados por un conjunto de alteraciones de orden económico, sociológico y político que han dado lugar a una serie de propuestas orientadas a afrontar los serios problemas que durante años ha generado el incremento de la criminalidad.

Estos cambios se han concretado en una serie de reformas que han evolucionado hacia un modelo que ha ido derivando hacia un sistema probablemente mucho menos complaciente con el sistema de garantías que el que uno puede imaginar. La influencia del thacherismo y su acentuada apuesta en favor de la propuesta de *Ley y Orden*, unida a las reformas que fueron aprobadas durante el gobierno de *Tony Blair* como reacción a los atentados terroristas que azotaron Inglaterra en esta época, marcaron un cambio de tendencia que hizo que se barajara incluso la posibilidad de incorporar la figura del juez de instrucción e, incluso, el abandono del juicio por jurados, que hasta ese momento había representado la más sagrada garantía del ciudadano en materia penal¹⁰.

Y así por ejemplo, aunque Lord Auld (2001) insistiera en que no hay argumentos de peso para abandonar el sistema acusatorio, al menos tal como viene siendo entendido («*[t]here is no persuasive case for a general move away from our adversarial process*»), lo cierto es que las sucesivas propuestas de reforma que surgieron en Inglaterra con ocasión de las recomendaciones que ofrecieron las distintas Comisiones de expertos constituidas para elaborar propuestas que dieran una respuesta al

¹⁰ A raíz del informe LEIGH Y ZEDNER (1992), se empezó a barajar en serio esta posibilidad aunque, al final, rechazaron la idea después de haber estudiado como esta cuestión es tratada en el derecho francés y alemán. El elemento decisivo para desechar la figura del juez de instrucción fue precisamente el de la exhaustividad que suele presidir su actuación y las dilaciones que ocasionaba en el proceso penal [ELLIOTT, C.: *English Legal System* (con Frances Quinn), 2013, p. 297].

fenómeno de la criminalidad, no han dejado de reflejar este estado de ánimo.

El punto de partida de las reformas surgió a raíz de que un grupo de jueces y profesores hiciera público un informe en el que ponían en evidencia ciertas anomalías o malas prácticas en el funcionamiento del sistema y en el que se reclamaba una modificación sustancial del procedimiento seguido hasta ese momento. El principal reproche venía dado por la dependencia, casi hegemónica, que ejercía la policía a la hora de formular la acusación ya que únicamente en los delitos más graves esta decisión estaba encomendada a un órgano dotado de cierta autonomía («Director of Public Prosecutions»), lo que significaba que en la mayor parte de los casos la responsabilidad de si una persona debía ser llevada ante los tribunales recaía en la policía¹¹. Esta especial circunstancia dio lugar a que muchas veces, en su empeño por lograr la condena del sospechoso, no obrase con la debida independencia y neutralidad, llevando incluso a ocultar aspectos que pudieran favorecer al acusado¹².

Por lo tanto, se llegó a la conclusión de que la acumulación en un mismo órgano de la función de investigar y la de acusar, al menos tal como estaba concebida, provocó un serio desequilibrio entre la acusación y la defensa, incompatible con el sistema acusatorio, asentado esencialmente sobre el principio de la igualdad de armas y el derecho a un juicio justo («[i]t offends against the principle that prosecution should be - and should be plainly seen to be- independent, impartial and fair: concerned only with the pursuit of truth and not winning or losing; this is of cardinal importance in and accusatorial system»).

A la vista de ello, años después el gobierno inglés encargaría a un grupo de expertos un estudio para que elaborara una serie de propuestas para someter la actuación de la policía a criterios más rigurosos y de esa forma hacer frente a los cuestionables métodos utilizados en la investigación de

¹¹ Un desarrollo sobre la evolución que ha experimentado la acusación en Inglaterra hasta la consolidación del sistema en su actual configuración puede encontrarse en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, 2000, PASTOR LÓPEZ, M.: El proceso penal inglés, en «Revista de Derecho Procesal», Madrid, 1967, I, p. 113, en VERGER GRAU, J.: *La acusación pública oficial en Inglaterra*, en «El Consejo Fiscal. Derecho penal internacional. Criminalidad informática e Internet» [Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, IV, 1999, p. 149] y en CUADRADO SALINAS, C.: *La investigación en el proceso penal*, Madrid, 2010, p. 47.

¹² *The prosecution process in England and Wales*, «The Criminal Law Review», 1970, p. 668.

los delitos y en la obtención de pruebas. Con la publicación del informe de la Comisión Phillips (1981) el Parlamento empezó a tomar conciencia de que había que empezar a adoptar medidas en esta dirección.

En el año 1984 aprobó un texto, la «Police and Criminal Evidence Act» (*PACE*), que tenía por objeto establecer el marco normativo que regulase los protocolos a los que debía ajustarse en su función de prevenir y de investigar los delitos, tratando de poner fin a los excesos denunciados, sobre todo en lo que se refiere a las labores que la policía tenía atribuida en materia de investigación y la adopción de medidas cautelares ya que hasta ese momento no existía una normativa que regulara las funciones de los inspectores y agentes en este aspecto¹³. Además, esta nueva normativa tenía la ventaja añadida de que, al regular esta materia en un texto aparte y diferenciado de las leyes procesales, no contaminaba el carácter esencialmente garantista que debe presidir cualquier texto regulador del proceso penal («Criminal Procedure Rules»).

Como se ha indicado, la llegada de los conservadores al poder supuso un punto de inflexión en la manera de entender la política criminal, que hasta ese momento había estado al margen del debate político¹⁴. Precisamente, esta situación colocó al partido laborista ante la necesidad de elaborar propuestas alternativas, dado el grado de sensibilidad social que llegaron a adquirir las reformas en materia penal.

El eje de las reformas impulsadas por los laboristas respondían al eslogan *Tough on crime, tough on the causes of crime*, tratando de situar el centro de gravedad, no tanto en las garantías procesales, sino en las políticas públicas de prevención del delito y la rehabilitación del delincuente como

¹³ Tal como puso de manifiesto William MACPHERSON en su famoso informe («Macpherson Report»), la existencia de tratamientos no acordes con el sistema de garantías por parte de la policía, a la que le achacaban comportamientos xenófobos y discriminatorios respecto de su actitud ante determinados grupos sociales y minorías étnicas crearon en los años ochenta y noventa un clima de desconfianza ciudadana hacia su actuación. Sobre la situación: MARTIN, J.: *The English Legal System*, 2005, p. 124, SPENCER, J.R.: *Criminal procedure in England: a summary of its Merits and Defects (The outlines of the system)*, en «The Criminal Process and Human Rights. Toward a European consciousness» (coordinado por Mireille DELMAS-MARTY), 1995, p. 67. Una crítica menos severa se puede encontrar en ZANDER, M.: *The State of Justice*, «The Hamlyn Lectures», Londres, 2000, p. 51.

¹⁴ Apelando a un uso más racional de los recursos públicos, la Comisión Runciman (1993) elaboró un nuevo informe cuyas recomendaciones inspiraron una serie de reformas bajo el convencimiento de que algunas medidas aprobadas anteriormente restaban eficacia a la actuación policial en su labor de investigación de los delitos e impedían la consecución de mayores éxitos en la lucha contra la criminalidad.

medio de combatir los comportamientos antisociales¹⁵. En este aspecto no puede dejar de mencionarse la influencia que en las reformas posteriores tuvo el Libro Blanco que se dio a conocer en el año 2002, *Justice for All*, nacido al abrigo de las propuestas de la Comisión Auld, que fue encargado como parte de un ambicioso plan de modernización de la justicia penal y que nació con el propósito de ofrecer el marco legal necesario para lograr una mayor protección de las víctimas y de los testigos; inmediatamente después fue finalmente aprobada la «Criminal Justice Act» (2003), que es la ley que mayores transformaciones ha introducido en la justicia penal¹⁶.

La principal recomendación y el eje vertebrador sobre el que se sustentaba el Libro Blanco residió en trasladar la propuesta de que las víctimas llegaran convertirse en el corazón del sistema, ya que hasta ese momento era en realidad el grupo más vulnerable y olvidado («left in the dark»). Su intención fue cubrir ese espacio por falta de apoyo institucional («justice gap»)¹⁷. Como tendremos oportunidad de desarrollar más adelante, uno de los problemas que siguen caracterizando a la justicia penal inglesa es la tradicional huida de las soluciones judiciales y en la búsqueda de alternativas a la jurisdicción penal («diversion»). Su influencia es tal, que ha sido considerado como un elemento que ha condicionado por razones económicas o por razones culturales cualquier reforma que ha se ha querido emprender en otra dirección pues prácticamente el noventa por ciento de los asuntos que llegan a los *Magistrates' Courts* siguen teniendo su origen en declaraciones de culpabilidad y son resueltas sin necesidad de jurado.

¹⁵ De esta etapa es la «Crime and Disorder Act» (1998), que introdujo las anti-social *behaviour orders* y las órdenes de alejamiento (sex offender orders) y la «Domestic Violence, Crime and Victims Act» (2004). Este mismo análisis es compartido por MORENO CATENA [MORENO CATENA, V.: *El Ministerio Fiscal y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*, en «Constitución, derechos fundamentales y sistema penal» (homenaje a Tomás Salvador Vives Antón), Valencia, 2009, p. 1431-1432].

¹⁶ Así por ejemplo, la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Inglaterra ha dado lugar a introducir un profundo cambio en el modo de interpretar las disposiciones del Convenio Europeo de Derecho Humanos, toda vez que los jueces ingleses están (de momento!!) vinculados legalmente por la doctrina emanada por el Tribunal [ASHWORTH, A.: *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, en «The Hamlyn Lectures», Londres, 2002, p. 4].

¹⁷ Sobre el particular, vid. el punto de vista de ZANDER, M.: PACE (*The Police and Criminal Evidence Act 1984*): *Past, Present, and Future*, «Law, Society and Economy Working Papers», 1/2012, p. 8 (www.lse.ac.uk).

Por último, bajo el eslogan *Tough, but intelligent reforms*, David Cameron propuso afrontar la reforma de la justicia penal intentado cohesionar ambos elementos, combinando la lucha contra el crimen con medidas de naturaleza punitiva y las deseables aspiraciones de rehabilitación, asumiendo así el reto de superar el dilema tradicional de hacer responsable al culpable o la sociedad aunque sin perder de vista en todo caso el carácter prioritario del proceso penal como parte esencial de la respuesta frente al delito («*[c]ommitting a crime is always a choice [...] that's why the primary, proper response to crime is not explanations or excuses, it is punishment – proportionate, meaningful punishment*»)¹⁸.

Pero para el nuevo mandatario británico, la prevención también se erigió en una de formas más efectivas de luchar contra el crimen («*[e]verything else is simply picking up the pieces of failure that has gone before [...] that's part of what I mean by being intelligent as well as tough*»); más específicamente, a fin de evitar el que debido a las dilaciones los culpables se sustrajeran a la acción de la justicia, se han introducido reformas para ampliar el horario de los tribunales, abrir por las tardes y fines de semana y conectar a través de sistemas de videovigilancia las comisarías de policía y los tribunales¹⁹.

2. El sistema público de acusación en Inglaterra: «The Crown Prosecution Service».

Con arreglo a los principios tradicionales del *common law*, en Inglaterra resultaría inconcebible desde el punto de vista de la fidelidad al dogma de la separación de poderes tanto aceptar que la instrucción y, por ende, la preparación de la acusación estuviera confiada a los jueces como que la acusación misma estuviese en manos del poder ejecutivo²⁰. La acusación

¹⁸ A juicio de CAMERON «*[r]etribution is not a dirty word, it is important to society that revulsion we all feel against crime is properly recognised. But punishment is what offenders both deserve and need, too. It says to them: «You are adults. Your actions have consequences»* [www.number10.gov.uk/news/crime-and-justice-speech].

¹⁹ En este aspecto, el pasado año fue aprobada la «Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act» (LASPO) que contiene un conjunto de medidas de todo orden, creando nuevos delitos en materia de seguridad ciudadana y lucha contra la reincidencia (*re-offending*).

²⁰ En cambio, se olvida que la actividad judicial desarrollada por los *Magistrates' Courts* ha estado estrechamente vinculada al ejercicio de la función policial, hasta el punto de que a estos tribunales se les conocía como las *Police Courts*, lo cual no dejaba de dar la impresión de ser una magistratura al servicio de la policía, que ejercía conjuntamente las funciones de investigar y perseguir judicialmente los delitos que ella misma investigaba [EDDEY, K.J.: *The*

pública en la actualidad ha quedado confiada de forma casi exclusiva a los «*prosecutors*», profesionales que inicialmente conformaron un grupo de letrados al servicio del gobierno y cuya función era la de asesorar a los particulares y a la policía cuando se proponían ejercitar la acción penal²¹.

Al ser pública, cualquier ciudadano podía hacerla valer. Los ciudadanos ingleses llegaron a darse cuenta de las molestias que suponía hacerse cargo de la defensa de sus propios intereses ante las agresiones que afectaban a sus bienes y personas, a raíz de lo cual es cuando comienzan a surgir asociaciones que, a cambio de una cantidad, llevaban a cabo esta actividad. Este ejercicio gregario de la acción penal tampoco fue del todo bien acogido ya que no siempre se ejercitaba en interés de la justicia, y poco a poco fue limitándose su uso debido a los abusos a los que se prestaba su utilización²². Con posterioridad, por delegación y en sustitución de los ciudadanos (a quienes les resultaba a veces muy costoso el ejercicio de la acción penal), la policía llegó a asumir, prácticamente de forma hegemónica, el ejercicio de este derecho a perseguir (*prosecute*).

Es a finales del siglo XIX cuando finalmente se consideró la conveniencia de organizar un órgano propio que se responsabilizara del ejercicio de esta función, la oficina de *Public Prosecutions*, antecedente inmediato del *Crown Prosecution Service* (CPS), que es la institución que desde 1986 se encarga de ejercitar en nombre de la Corona la acción penal²³. La creación de este órgano, establecido por la *Prosecution of Offences Act* (1985)²⁴, supuso un cambio radical en la configuración del sistema y

English Legal System, 1971, p. 53].

²¹ Una excelente tratamiento sobre la cuestión puede verse en MARCHENA GÓMEZ, M.: *El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro*, Madrid, 1992.

²² Algunos autores, como FAIRÉN GUILLÉN, han adornado de algunas virtudes cívicas la actuación de este tipo de asociaciones y admite su existencia siempre bajo algunas condiciones, entre las cuales destacan las de que legalmente tengan reconocido un objeto social claro respecto a la finalidad que persiguen y la obligación de hacerse cargo de los gastos y de las costas que se derivan de su actuación [FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Acción del Ministerio Fiscal y acción popular. Su titularidad y extensión*, cit., p. 222]. En especial, este autor hace referencia a las asociaciones que al amparo de la acción popular se crearon en Inglaterra para perseguir determinados delitos y que se constituyeron para el ejercicio de la acción penal lo que les permitía asumir los gastos que supone esta actuación [FAIRÉN GUILLÉN, V.: *La acción, el proceso y la ayuda a la víctima del delito*, en «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional (III. La Reforma Procesal Penal, 1988-1992)», cit., p. 427].

²³ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, cit., p. 52 y CUADRADO SALINAS, C.: *La investigación en el proceso penal*, Madrid, 2010, p. 65

²⁴ MARCHENA GÓMEZ, M.: *El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes*, en

condujo al desapoderamiento de la policía de sus facultades en cuanto al ejercicio de la acción penal se refiere, lo que, como vimos, estaba siendo fruto de abusos ante el desmedido interés de los agentes por ver confirmadas sus sospechas ante los tribunales²⁵.

Al frente de esta agencia se encuentra el *Director of Public Prosecutors* (DPP), que ejerce sus funciones de manera independiente, aunque siempre bajo la supervisión del *Attorney General* que, como miembro del Gabinete, responde de su gestión como cualquier otro ante el Parlamento y quien tiene la obligación de presentar anualmente la Memoria correspondiente; este es, pues, el único mecanismo parlamentariamente formalizado para exigirle responsabilidad, que en todo caso es política dado que no responde individualizadamente sobre su actuación en casos concretos²⁶. En algunos casos, el DPP precisa no obstante de la autorización del *Attorney General* para proceder y, en otros, puede excepcionalmente dar órdenes de no proceder en casos especialmente justificados (*nolle prosequi*)²⁷.

Tras haber desapoderado de esta función a la policía y a los particulares, que hasta ese momento compartía con aquélla esta función, el *CPS* ejerce prácticamente un dominio absoluto en cuanto al ejercicio de la acusación se refiere; es más, hasta la creación de este órgano, los agentes de policía tenían reconocida la facultad de ejercitar la acusación penal recurriendo a abogados adscritos al servicio de los departamentos de policía, lo que suponía dotarles de un margen muy amplio de discrecionalidad en el ejercicio de su labor.

«La Ley. Revista jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía», 1996, tomo 6, p. 1427.

²⁵ MARCHENA GÓMEZ, M.: *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, cit., p. 45. Esta situación ha sido utilizada por algunos autores de nuestro país para salir al paso de las tentaciones que surgieron ante una eventual evolución hacia un sistema similar al existente hasta ese momento [VERCHER NOGUERA, A.: *¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés?*, en «La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía», 1987 (2), p. 925].

²⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, cit., p. 40 y MARCHENA GÓMEZ, M.: *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, cit., p. 48.

²⁷ En algunos casos es una orden de suspensión cuando concurren en el sospechoso razones de enfermedad o de incapacidad que le impiden afrontar el proceso penal, pero también por razones de conveniencia, especialmente cuando se trata de conferir inmunidad a sujetos que colaboran con la policía en la investigación de determinados delitos [CUADRADO SALINAS C.: *La investigación en el proceso penal*, cit., p. 90].

El ejercicio de la acción penal por parte de los particulares tampoco tiene demasiado aliciente para quien lo asume. En el derecho inglés está prohibida la acumulación de la acción civil junto con la penal, si bien no es descartable que el juez pueda acodar una compensación como parte de la sanción penal; sin embargo, como veremos, a las víctimas sí se les garantiza el derecho a obtener una revisión de la decisión de no proceder (*decision not to prosecute*)²⁸. Con ello se quiere evitar que el ejercicio de la acción penal interfiera en cuestiones ajenas que no sean las del propio interés por la justicia. En consecuencia, resultaría inconcebible que alguien tratara de utilizar el proceso penal para obtener una ventaja de naturaleza económica o de otro tipo.

No puede extrañar que haber despojado a la policía de esta atribución, aunque obligada a prestar la colaboración que le demande el personal al servicio del CPS, llegó a provocar en su momento cierto malestar entre algunos mandos policiales, acostumbrados como estaban a las prerrogativas que le confería el derecho a ejercitar la acción penal; es más, como ha señalado la doctrina, las tensiones iniciales derivadas de la puesta en marcha del CPS se originaron precisamente por la falta de sintonía con la policía, sobre todo cuando el *prosecutor* decidía no acoger la petición de proceder que se le planteaba²⁹. A pesar de ello, las directrices de actuación aconsejan que trabajen con cierto nivel de coordinación aunque la decisión de acusar queda siempre en manos del letrado de la acusación («*[p]rosecutors and investigators work closely together, but the final responsibility for the decision whether or not a case should go ahead rests with the CPS*»).

El ejercicio por los particulares de la acusación, aunque legalmente permitida, ha llegado a ser absolutamente excepcional dado que, además de tener que asumir el coste que representa la intervención de un abogado³⁰, no está del todo bien vista y su subsistencia depende de que

²⁸ Así expresamente lo disponía el artículo 11 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 [Vid. en el mismo sentido la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito].

²⁹ CUADRADO SALINAS, C.: *La investigación en el proceso penal*, cit., p. 68; a ello según esta autora hay que unir el descontento que causó entre los *Barristers*, que se resistían a perder el monopolio en su intervención ante los tribunales lo que dio lugar a que en un principio la función del CPS quedase limitada a los asuntos competencia de los *Magistrates' Courts* pero no en la *Crown Court*.

³⁰ SPRACK, J.: *Criminal Procedure*, 2005, p. 61-65. Originariamente, los ciudadanos

sea finalmente secundada por el CPS, máxime si se evidencia que el único interés que mueve al particular es meramente represivo o vindicativo, sin atender al daño social que haya podido producir el delito;³¹ de ahí que aunque el ejercicio de la acción penal siga siendo pública, los particulares prefieran dejar su ejercicio en manos de los *prosecutors*³².

Como puso de relieve Gómez Orbaneja, el particular que ejercita la acción penal, exactamente igual que cuando lo hace un el *prosecutor* en nombre de la Corona, lo hace en el ejercicio de una función pública: la acusación del perjudicado por el delito tiene también naturaleza pública porque público es el interés que le debe guiar, ya que se ejercita en interés de toda la comunidad³³. Por eso, como ha destacado la doctrina, en los casos en que sea el particular quien ejercite la acción penal, la función del *prosecutor* reside en decidir si prosigue con su ejercicio o renuncia finalmente de él con arreglo a los criterios a los que más adelante nos referiremos³⁴. Aun así, debido a los recortes en materia de personal, se está empezando a barajar de nuevo la posibilidad de devolver a la policía el ejercicio de la acusación en los asuntos en los que no haya oposición (*uncontested and low-level offences*) ya que se están detectando muchos retrasos y suspensiones en la celebración de juicios debido al excesivo número de señalamientos (*overslisting*), a los que el CPS no puede hacer frente con la plantilla con la que dispone en estos momentos³⁵.

preferían delegar esta función en la policía; esta es la razón por la que estaba autorizada a contratar abogados particulares para ejercitar la acción penal [PASTOR LÓPEZ, M.: *El proceso penal inglés*, en «Revista de Derecho Procesal», cit., p. 113].

³¹ PASTOR LÓPEZ, M.: *El proceso penal inglés*, en «Revista de Derecho Procesal», cit., p. 114.

³² Sin embargo, es frecuente por ejemplo que algunos grandes almacenes o empresas especializadas en comercializar determinados productos, dispongan de abogados propios para ejercitar acciones en casos de hurto o de otro tipo de delitos relacionados con su actividad. También se puede recurrir a este sistema privado de persecución penal en el supuesto de que acusador público no haya mostrado interés por perseguir el hecho que haya sido objeto de la denuncia [MARTIN, J.: *The English Legal System*, cit., p. 146].

³³ GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., p. 210 y VERGER GRAU, J.: *La acusación pública oficial en Inglaterra*, cit., p. 148.

³⁴ VERGER GRAU, J.: *Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal* [Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal], en «Revista del Poder Judicial», XIX, Madrid, 2006, p. 136.

³⁵ De esta situación se ha hecho eco el Libro Blanco presentado en julio de 2012: «Swift and Sure Justice: *The Government's Plans for Reform of the Criminal Justice System*».

3. La organización de la justicia penal. Rasgos generales del proceso penal en Inglaterra y Gales.

En Inglaterra existen tres tipos de procedimientos penales, distribuidos en atención a la gravedad del delito: un proceso para el enjuiciamiento de delitos graves (*indictable offences*) y un juicio sumario para las infracciones de escasa entidad (*summary offences*) y, junto a ellos, existe un procedimiento por el que, en función de determinadas circunstancias, pueden ser enjuiciados indistintamente a través de uno u otro procedimiento (*either-way offences*). El conocimiento de los primeros está encomendado a los *Crown Courts*, unos tribunales que radican en las grandes ciudades en los que se integra la Sala de lo Penal del *Court of Appeal* y el *High Court*; el conocimiento de los segundos, a los *Magistrates' Courts*.

Hasta la entrada en vigor de la «Criminal Justice Act» en 2003, la mayoría de los delitos graves y menos graves eran enjuiciados a través de un jurado; hoy en día el jurado ha ido paulatinamente reduciendo su función debido a la posibilidad de que algunos delitos tienen de ser enjuiciados a través de los *Magistrates' Courts*. Así pues, en la mayor parte de los casos, el conocimiento de los juicios penales se atribuye a los *Magistrates' Courts*, que conocen de los delitos castigados con pena de hasta doce meses de prisión o multa de hasta 5.000 libras. Además, debido a los problemas que plantea el enjuiciamiento de delitos económicos, fraudes financieros y societarios, el gobierno ha ido prescindiendo paulatinamente del jurado en este tipo de asuntos³⁶.

Las infracciones leves (*summary offences*) son resueltas directamente por los *Magistrates' Courts* a través de un procedimiento muy rápido, similar a nuestro actual juicio por delito leve (*summary trial*); todas las infracciones leves están específicamente reguladas por la ley y con frecuencia comparten su naturaleza jurídica con lo que conocemos como infracciones administrativas (infracciones de tráfico, desordenen públicos, hurtos, etc.). En el supuesto de que el conocimiento se atribuya a jueces legos, la asistencia técnica y de asesoramiento legal es llevada a cabo por los *Justice's Clerks*.

³⁶ Según FELDMAN la confianza en el jurado ha decaído un poco y en muchos casos se considera inadecuada para el tratamiento de delitos complejos, fundamentalmente en delitos económicos [BRADLEY, C.: *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, Durham, 2007, p. 172], pero el hecho que determinó este cambio legislativo fue el informe que presentó Lord Auld en 2001 en el que proponía eliminar el jurado en delitos de escasa entidad («petty cases»).

Dependiendo del lugar donde ejerzan su jurisdicción, los *Magistrates Court's* pueden estar integrados, bien por jueces no profesionales (*Justices of Peace*), o bien por jueces técnicos (*Districts Judges*). Normalmente cuando se trata de jueces legos el tribunal está compuesto por tres magistrados que forman parte de la comunidad y que son seleccionados para el ejercicio de estas funciones y que para el ejercicio de sus funciones se encuentran asistidos por un *legal advisor* a la hora de aplicar la pena, que normalmente les prepara una propuesta (*pre-sentence report*); en cambio, los *Districts Judges* funcionan como órganos unipersonales; son jueces con formación jurídica y reciben una retribución: antiguamente se les denominaba *Stipendiary Magistrates' Courts*.

Existen delitos que, no obstante su tipificación legal como delitos menos graves, pueden ser objeto de enjuiciamiento tanto por los *Magistrates' Courts* como por los *Crown Courts* y por eso reciben esa denominación (*either-way offences*). La decisión corresponde en último término al propio acusado, que es quien ha de ejercitar la opción, obviamente con el riesgo de que si elige que su causa sea enjuiciada por un jurado se le puede imponer una pena mayor. Los *Magistrates' Courts* no están autorizados a imponer penas que excedan de sus atribuciones (*sentencing powers*). En estos casos, tras el enjuiciamiento, deben declinar su jurisdicción y remitir la causa al *Crown Court* a fin de que imponga la pena correspondiente si entiende que carece de atribuciones.

Como veremos, cuando el acusado tenga reconocida la posibilidad de elegir, el órgano de enjuiciamiento está obligado a informar de todos los elementos de que disponga la acusación antes de tomar una decisión. En este aspecto, dado que los abogados saben muy bien que con un jurado existen por lo general más oportunidades de ser absuelto si las pruebas no son demasiado consistentes, ha sido bastante frecuente que el acusado tratara de retrasar deliberadamente su decisión y optara por esperar al inicio de las sesiones del juicio oral para decidir si se confesaba culpable luego de haber negociado previamente la pena con la acusación, en la confianza de obtener así una pena más reducida. Todo ello suponía que las actuaciones previas llevadas a cabo para preparar el juicio no hubieran servido para mucho, provocando lo que se ha descrito gráficamente como un «cracked trial»³⁷.

³⁷ Recibe este nombre el caso ya señalado para juicio pero que acaba resolviéndose sin necesidad de que se celebre porque la acusación decide retirar los cargos ante la aceptación tardía de la culpabilidad (*last minute*), lo que es visto como un ejemplo de mal funcionamiento de la justicia y una deficiente utilización de los recursos públicos. LIBRO BLANCO, 2012: *Swift and Sure Justice*, p. 15.

Este tipo de maniobras, además de provocar una gran decepción entre víctimas y en los testigos de la acusación, generan una gran insatisfacción en la opinión pública; de ahí que, probablemente fuese el motivo por el cual Lord Auld denunciase que algunas veces es el propio sistema quien propicia estrategias de este tipo al permitir a los delincuentes eludir la acción de la justicia con maniobras fraudulentas, llegando a decir que «*[a] criminal trial is not a game under which a guilty defendant should be provided with a sporting chance*». En todo caso, la razón fundamental que lleva al sistema a reconocerle al inculcado la posibilidad de elegir radica esencialmente en el deseo de preservar y amparar el juicio por jurado, que para un inglés constituye una de las garantías esenciales de la persona y es considerado como una salvaguarda frente al abuso del poder, hasta el punto de que todos los intentos por erradicarlo han terminado fracasando³⁸.

Como se ha indicado, los tribunales de magistrados radican en casi todas las localidades; desde la entrada en vigor de la Ley de Tribunales («*Courts Act*»), han dejado de estar vinculados a la administración local y en la actualidad dependen directamente del Departamento de Asuntos Constitucionales («*Department for Constitutional Affairs*»). Además, estos tribunales tienen atribuciones para la adopción de medidas cautelares. Conocen igualmente de las infracciones cometidas por menores cuando la competencia no se atribuya a los juzgados de menores; así pues, como se desprende de lo dicho, prácticamente se hacen cargo del noventa por ciento de las actuaciones en materia penal.

Por su parte, el *Crown Court* conoce de los delitos de mayor gravedad (*indictable offences*) en los escasos supuestos que llegan finalmente a ser enjuiciados por este tribunal (*crimes*). Como hemos visto, su conocimiento puede atribuirse a jueces o a jurados. Está integrada por varias sedes, localizadas a lo largo del territorio; a su vez tienen una distribución interna en función de la importancia de la infracción y del asunto ya que además, conocen de las apelaciones frente a las sentencias dictadas por los *Magistrates' Courts*.

³⁸ MARTIN, J.: *English Legal System*, cit. p. 162.

4. Alternativas al ejercicio de la acción penal «prosecute or divert»: archivo condicional o sobreseimiento por razones de oportunidad.

Las actuaciones penales se inician cuando el delito es denunciado (*reported*) a la policía, bien por la propia víctima o bien por cualquier persona que haya tenido conocimiento de su existencia³⁹; aunque en la mayor parte de los casos las denuncias provienen de la policía, existen otras instituciones públicas que suelen ejercer esta facultad, tal como sucede con las autoridades locales en materia de medio ambiente o salud pública o ciertas agencias gubernamentales responsables de áreas específicas (seguridad social, agencia tributaria, etc.).

La denuncia por lo general es el resultado de una investigación previa; en nuestro país, lo llamaríamos investigación pre-procesal y por lo general corre a cargo de la policía o, en su caso, de las agencias encargadas del área o departamento correspondiente. La función de la policía ha quedado reducida a llevar a cabo las investigaciones precisas para confirmar la existencia del delito, determinando sus circunstancias, la identidad del responsable y la recogida del material probatorio que pueda resultar de utilidad «cleared up»; en todo caso, gran parte del éxito del sistema depende de la eficacia en la actuación de la policía.

El problema reside en que el número de efectivos a veces es insuficiente ya que muchos agentes pasan demasiado tiempo en los tribunales bien a la espera de prestar declaración, o bien atendiendo a las víctimas o realizando tareas burocráticas, lo que acaba afectando negativamente en la labor de preparación del caso. En este aspecto, aunque la actuación policial suele adecuarse a estándares de conducta que responden a lo que cabe esperar de estos funcionarios, existe algún sector doctrinal muy crítico con determinados comportamientos de la policía ya que, en ocasiones, no suelen dar demasiada credibilidad a cierto tipo de denuncias⁴⁰.

³⁹ Las investigaciones graves en las que haya habido una muerte violenta o sospechosa de criminalidad la dirección de la investigación se atribuye a los Coroners y su actuación (*inquest*) está regulada por la «Coroners Act» de 1988. Según PASTOR LÓPEZ, el Coroner's Court no era un tribunal en sentido estricto pero hace las veces de juez instructor en hechos en que exista una muerte presuntamente delictiva y en su caso ordenar lo que proceda a fin de determinar la causa de la muerte [PASTOR LÓPEZ, M.: *El proceso penal inglés*, en «Revista de Derecho Procesal», cit., p. 107].

⁴⁰ Así por ejemplo, se ha reprochado a la policía escasa sensibilidad para atender a las denuncias en materia de violencia doméstica, hasta el punto de que como consecuencia

Como hemos indicado, la actuación policial se encuentra regulada en la «Police and Criminal Evidence Act», que somete su actuación a una serie de normas específicas en donde se establecen los presupuestos legales y constitucionales a los que se tiene que acomodar para practicar cada diligencia de investigación (*Codes of Practices*)⁴¹.

Ante la denuncia, la policía dispone de varias alternativas; desde luego una es la de no llevar a cabo ninguna actuación, lo que sucederá cuando entienda que no existen indicios de responsabilidad del sujeto a quien se le atribuye la comisión del delito, o que el hecho no es constitutivo de infracción penal. Puede archivar el caso si considera que carece de información suficiente para proseguir con el curso de las investigaciones o entiende que el hecho carece de relevancia penal suficiente para perseguirlo. La otra alternativa es la de dar traslado al CPS solicitando que prosiga con el procedimiento y en su caso ejercite la acción penal que sea procedente; a la hora de tomar esta decisión la policía ha de servirse de criterios similares a los que veremos más adelante («[t]he police apply the same principles in deciding whether to start criminal proceedings against a person in those cases for which they are responsible»).

Ante el delito, la policía puede recurrir no obstante a remedios sustitutos fruto del ejercicio del principio de oportunidad que tiene legalmente reconocido, como hacer una mera amonestación informal o, lo que es más corriente, recurrir a una amonestación o reprensión de mayor intensidad (*formal caution*) que lleva a cabo un agente de una especial graduación. Este es un remedio que está condicionado por una parte a la asunción previa de responsabilidad penal por parte del sujeto denunciado y, por otra, a que no se haya adoptado como medio de evitar la inculpación

de ello se aprobó en 2004 la *Domestic Violence, Crimes and Victims Act* y unos códigos de buenas prácticas que figuran en la reforma de la *Police and Criminal Evidence Act* que han supuesto en este sentido un enorme avance para la persecución de determinados delitos [PARTINGTON, M.: *Introduction to the English Legal System*, cit., 98].

⁴¹ Aunque el Gobierno recientemente ha tomado la iniciativa de proceder a su revisión [<https://www.gov.uk/government/speeches/revision-of-the-pace-codes-of-practice-a-b-c-e-f-and-h>], en la actualidad, existen ocho tipos de *Codes of Practices*: Code A («Stop and Search»); Code B («Search and Seizure»); Code C («Detention, Treatment and Questioning of Persons»); Code D («Identification of persons»); Code E («Tape Recording»); Code F («Visual Recording Interviews»); Code G («Statutory Power of Arrest by Police Officers») and Code H («Detention and Questioning of those Suspected of Terrorism»). Un amplio desarrollo del contenido de estos códigos puede verse en CUADRADO SALINAS, C.: *La investigación en el proceso penal*, cit., pp. 231-290.

por un delito mayor⁴²; en el caso de delincuencia juvenil se recurre a otro tipo de medidas (*warnings, reprimendants, etc.*).

Este tipo de respuestas tienen un enorme efecto disuasorio ya que constituyen una seria advertencia al destinatario que le hará predecir la reacción que podría adoptar la policía ante la reiteración de actos análogos⁴³. A pesar de ello, en los últimos tiempos el gobierno británico ha mostrado cierta preocupación por el reiterado uso con que la policía se sirve de esta facultad ya que desde algunos sectores se tiene la percepción de que se está utilizando para prescindir del proceso penal en relación con la persecución de delitos de cierta gravedad cometidos por reincidentes, a quienes injustificadamente se les está ofreciendo la posibilidad de acogerse a este tipo de medidas⁴⁴.

En consonancia con las modernas tendencias en la materia (*restorative justice*) y a fin de facilitar la rehabilitación y evitar con ello la reincidencia mediante la reparación del daño, como alternativa a la persecución en delitos leves (*as a form of conditional non-prosecution*), estas medidas pueden ser acordadas también bajo el cumplimiento de determinadas condiciones (*conditional caution*), previo del sometimiento de la decisión al criterio del *prosecutor*, cuyo protagonismo en este aspecto está adquiriendo cada vez más relevancia.

No obstante, a fin de evitar los inconvenientes que trae consigo atribuir la responsabilidad de atribuir esta función a la policía, desde la reforma de 2003 la decisión de imponer este tipo de medidas le corresponde directamente al *prosecutor* aunque existan pruebas evidentes de la comisión del delito y el sospechoso haya admitido su responsabilidad. Para su imposición es precisa la previa aceptación del sancionado, decisión que suele depender de la naturaleza y onerosidad de la medida, entre las que lógicamente se incluye, en la medida en que sea posible, la reparación del daño causado⁴⁵. Según la normativa que regula las

⁴² FELDMAN, en BRADLEY, C.: *Criminal procedure. A worldwide study*, cit., p. 173. Esta solución no ha sido acogida con demasiado entusiasmo en ciertos sectores que ven en ella un elemento de presión en manos de la policía para obtener confesiones no queridas mediante la amenaza de ser llevado ante el magistrado [SPRACK, J.: *Criminal Procedure*, cit., p. 70].

⁴³ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, cit., p. 45.

⁴⁴ <http://www.justice.gov.uk/news/features/cautions-review-launch>.

⁴⁵ ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., pp. 9 y 167. Sobre sistemas alternativos de

conditional cautions, su objetivo puede ser la rehabilitación o la reparación o, incluso, puede tener una naturaleza punitiva, como por ejemplo, una sanción pecuniaria⁴⁶ y en todo caso, antes de adoptarla es obligado recabar el parecer de la víctima o del perjudicado por el delito.

Como ha señalado Ashworth, la imposición de una *caution* constituye un remedio alternativo al ejercicio de la acción penal adoptada en el ejercicio del principio de oportunidad sigue siendo considerada como una respuesta al delito, sin que en modo alguno deba ser vista como una renuncia o un perdón del Estado a reaccionar con el uso legítimo de los instrumentos que la ley pone a su alcance sino como una respuesta no jurisdiccional frente a la acción cometida. Con ello se pretende sustituir la pena con medidas reeducativas para hacer frente a ciertos tipos de comportamientos (drogadicción, alcoholismo, delincuencia callejera, infracciones leves cometidas por reincidentes, etc.) que eviten a los infractores los inconvenientes que siempre supone enfrentarse ante los tribunales de justicia⁴⁷.

II. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL «COMMENCING A PROSECUTION».

1. El deber de actuar conforme a las exigencias derivadas del «due process of law».

El derecho inglés carece de un código que contenga toda la regulación completa e integral de la legislación procesal penal; sus normas se encuentran dispersas en diversas leyes que se han ido promulgando a medida que las circunstancias lo han ido requiriendo. La regulación propiamente procesal, que es la que se refiere al procedimiento que ha de seguirse ante los tribunales, se encuentra desde 2010 contenida en las *Criminal Procedure Rules*, uno de cuyos objetivos fundamentales no es otro que el de garantizar a las partes un juicio justo («[t]he overriding

justicia restaurativa en Inglaterra: BARONA VILAR, S.: *Mediación penal*, Valencia, 2011, p. 177 y VERGER GRAU, J.: *Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal* [Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal], en «Revista del Poder Judicial», XIX, Madrid, 2006, p. 137.

⁴⁶ ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 179.

⁴⁷ Con razón entiende DÍEZ-PICAZO que esta potestad de imponer sanciones alternativas es fruto de la discrecionalidad que siempre ha caracterizado al ejercicio de la acción penal en Inglaterra [DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, cit., p. 44].

objective of this new code is that criminal cases be dealt with justly»). Las actuaciones preparatorias al juicio y las normas que regulan las atribuciones de los tribunales se encuentran en otro tipo de normas de carácter sectorial, especialmente en la *Criminal Justice Act* (2003).

Antes de que el caso llegue a ser objeto de enjuiciamiento se suceden una serie de trámites previos que sirven para determinar si existen motivos suficientes para el ejercicio de la acción penal puesto que su finalidad es la verificar el fundamento de las sospechas sobre las que eventualmente pudiera fundarse la acusación. Al igual que sucede en nuestro país, un hecho que no revista la apariencia de delito, al menos de manera indiciaria, no merece que dé lugar a proceso alguno pues la actividad orientada a la persecución penal y los gastos que se derivaran de ella está encaminada a enjuiciar conductas que tengan relevancia penal.

Desde el punto de vista de su sustanciación procesal, la fase previa está, muy estandarizada: una vez que la policía remite el atestado, es labor del *prosecutor* verificar si existen elementos para ejercitar la acción penal e iniciar el procedimiento o, en su caso, si considera conveniente proseguir con la investigación. La actividad del acusador público inglés ha estado asociada originariamente al ejercicio de una función netamente procesal y no le compete investigar. Así pues, no es un *fact-finder*. Esta actividad ha quedado reservada a la policía, aunque como veremos, si bien al *CPS* le está vedado interferir en la labor que lleva a cabo la policía, sin embargo puede dar instrucciones o aconsejar acerca de dónde ha de orientar la investigación. A la hora de investigar, a diferencia de lo que sucede en otros países, la policía no depende ni del fiscal ni de los jueces; debe no obstante recabar la autorización judicial o en su caso de sus superiores para adoptar medidas coercitivas o limitativas de derechos fundamentales⁴⁸.

En este sentido, en la mayor parte de los casos, el material para emprender el ejercicio de la acción penal lo proporciona la propia policía⁴⁹. Pero la decisión de si se persigue penalmente un delito, no le corresponde. Este

⁴⁸ SPENCER, en DELMAS-MARTY/SPENCER: *European Criminal Procedures* (Cambridge Studies in International and Comparative Law), Cambridge, 2002, p. 150 (existe una versión castellana de una edición anterior traducida por MORENILLA ALLARD, *Procesos penales de Europa*, Zaragoza, 2000).

⁴⁹ Esta cercanía no haya sido especialmente bien vista por algunos autores que en algún momento han censurado la especial sintonía a la que a veces conduce el trabajo cotidiano con los *prosecutors* y que en ocasiones les ha llevado a adoptar una estrategia común frente al acusado. ASHWORTH se refiere a ello aunque no comparte del todo este análisis [ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 225].

dato, con ser el resultado de un desarrollo evolutivo alcanzado a través de los años y no exento de controversia, presta hoy en día un servicio fundamental para comprender cuáles son los criterios que se utilizan a la hora de proceder contra un sujeto y, sobre todo, para saber cuáles son las responsabilidades que cada cual asume en esta materia. Desde luego, proceder penalmente sin una sólida imputación y sin disponer de pruebas suficientes o sin que medie un interés público que sea merecedor de una sanción, son aspectos que suelen ser percibidos por la sociedad inglesa como actos reprochables jurídicamente y por lo tanto generadores de responsabilidad.

Por eso, como se verá, en el proceso penal inglés los acusadores públicos han de observar una serie de protocolos que suministran una serie de criterios sobre cómo deben actuar en cada caso para decidir si acuerdan o no la apertura de un procedimiento ejercitando la acción penal. Estos criterios se encuentran incorporados al *Code for Crown Prosecutors* (en adelante, *Code*). Su contenido es revisado periódicamente por el Parlamento para adecuarlo a las necesidades y a las orientaciones que marca la jurisprudencia, especialmente la que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Estas reglas tienen por finalidad establecer criterios objetivos, claros y transparentes, proporcionando así un alto grado de previsibilidad en la actuación de la acusación, especialmente en lo que se refiere al ejercicio del principio de oportunidad, reduciendo considerablemente el ámbito de su aparente y teórica discrecionalidad⁵⁰. Las normas incorporadas al *Code* están además redactadas de manera asequible a fin que todo el mundo las entienda y sirvan para transmitir una imagen de seriedad y confianza a la opinión pública sobre la forma de proceder en esta materia.

Como se ha dicho, las normas contenidas en el *Code*, aunque no tienen rango legal, constituyen un elemento básico en la actuación de los responsables de la acusación pública: en definitiva, sirven para regular el proceso a través del cual se forma la voluntad del *prosecutor* en orden a la determinación de cómo, cuándo y de qué manera se toma la decisión de ejercitar la acción penal. En otras palabras: una verdadera y auténtica guía para la prevención de imputaciones injustificadas o infundadas.

Los *prosecutors* están obligados a respetarlas ya que están dirigidas a evitar el que pueda obtenerse una sentencia de condena a cualquier

⁵⁰ SPENCER, en DELMAS-MARTY/SPENCER: *European Criminal Procedures*, cit., p. 161.

precio, hasta el punto de que, como se ha dicho, en el ejercicio de su función han de evitar toda idea de victoria o de derrota ya que su finalidad es la de presentar ante el tribunal un caso que se considere de interés público a los efectos de su represión:

«[I]t cannot be over-emphasised that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction: it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings»⁵¹.

Ya sabemos que en el sistema judicial inglés el procedimiento ante los tribunales rige plenamente el contradictorio; por eso se dice que tiene naturaleza *adversarial*. Esto quiere decir, entre otras cosas, que se trata de un sistema dominado por el principio del debido proceso de ley (*due process of law*). La acusación, representada normalmente por el *prosecutor* (o un letrado contratado a su servicio) y el acusado, se encuentran teóricamente en un escrupuloso plano de igualdad en cuanto a sus medios de ataque y defensa pues el propósito fundamental del juicio es que el tribunal extraiga su convicción única y exclusivamente del resultado de las pruebas practicadas en el juicio.

Así, como derivación de la concepción clásica del reconocimiento de la acción pública, en el derecho inglés, la acusación pública no implica el ejercicio autoridad; al contrario, se sustenta sobre la existencia de una arraigada incompatibilidad entre la función de castigar y la de acusar, de manera que al poder constituido como tal se le reserva únicamente la función de juzgar. Por eso, debido a la trascendencia que tiene esta circunstancia y a los perjuicios que un mal uso de esta facultad tiene respecto del ciudadano, entre las cuestiones prioritarias que están obligados a considerar es el hecho mismo del ejercicio de una acción penal.

De ahí que el *prosecutor* deba ser absolutamente escrupuloso en este aspecto para no cometer errores ni excesos. Antes de proceder, ha sopesar todos y cada uno de los elementos de prueba de que disponga, tanto si son favorables como si son contrarios a los intereses de la

⁵¹ SHIELDS, R.: *The duties of a prosecutor*, «The Criminal Law Review», 2012 (9), p. 687: también, ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 223.

acusación; su actuación debe estar presidida por criterios en los que prevalezca el interés de la justicia, y no solamente han de guiarse con el propósito de obtener una sentencia condena. Además, ante los tribunales están obligados a observar una conducta respetuosa con todos los sujetos que intervengan en él sin que puedan utilizar argumentos que impliquen o supongan un trato discriminatorio (por razón de sexo, raza, edad, convicciones religiosas, etc.).

Así pues, los encargados de la acusación deben obrar con la máxima neutralidad, sin intimidar al acusado ni mostrar frente a él animadversión, maledicencia ni resentimiento y se les advierte incluso que en los interrogatorios deben observar en todo momento una conducta objetiva y desapasionada («[t]he prosecutors must remain objective and dispassionate at all time during the interview»); tampoco están autorizados a recurrir a expresiones que tiendan a degradar y menospreciar la actuación del acusado o de los testigos que depongan a su instancia⁵².

2. La comparecencia preliminar ante el tribunal: el juicio sobre la imputación.

Como derivación del sistema acusatorio, el proceso no puede iniciarse de oficio. La decisión corresponde a la policía o a los propios particulares que la articulan mediante la formalización de la denuncia (*lay an information*), esto es, una *querrela*⁵³, donde se contengan los cargos correspondientes o en los casos por delitos graves directamente mediante la formalización por el *prosecutor* de la acusación (*to charge a suspect with an offence*)⁵⁴. Puede realizarse por escrito o verbalmente, mediante comparecencia ante el tribunal o, incluso en los casos más graves, sobre la base del atestado policial (*charge sheet*).

Como se ha dicho, la decisión de imputar (*charge*) corresponde a la policía o a quien haya llevado a cabo la investigación del hecho y está condicionada a que exista una sospecha de la comisión del delito. Corresponde a los *prosecutors*, y no a la policía, examinar el expediente y

⁵² SHIELDS, R.: *The duties of a prosecutor*, en «The Criminal Law Review», cit. p. 688.

⁵³ La *information* no es una mera declaración de conocimiento sino un acto auténtico de imputación frente a una persona concreta y determinado y por lo tanto dadas sus características sería perfectamente asimilable a la *querrela* [PASTOR LÓPEZ, M.: *El proceso penal inglés*, en «Revista de Derecho Procesal», II, cit., p. 78]; también, VERGER GRAU, J.: *La acusación pública oficial en Inglaterra*, cit., p. 159].

⁵⁴ SPRACK, J.: *Criminal Procedure*, cit., p. 70.

decidir si promueve el ejercicio de la acción penal. Así pues, el inicio del proceso penal propiamente dicho tiene lugar mediante la presentación de los cargos ante el *Magistrates' Courts* que, como hemos indicado, se ocupan de los trámites preliminares, incluso antes de que un asunto, en el supuesto de que así proceda, sea remitido al tribunal superior⁵⁵.

Tal como se ha señalado anteriormente, en el derecho inglés los delitos están clasificados de tres maneras (*summary offences, either-way offences o indictable offences*), lo que influye decisivamente en un aspecto esencial del proceso como es la atribución de la competencia objetiva del órgano encargado del enjuiciamiento. Por lo tanto, una de las funciones fundamentales de los *Magistrates' Courts* es hacer una labor de depuración y de selección del material aportado para determinar esta circunstancia en función de la naturaleza del delito.

La decisión llamada a fijar la competencia del juez cuando no se trata del enjuiciamiento de las infracciones leves no se toma de manera automática; va precedida de una serie de actuaciones preparatorias de carácter contradictorio que se llevan a cabo mediante comparecencia en la sede del tribunal donde al acusado se le da la oportunidad de ser oído y, en su caso, se le concede la posibilidad de declararse culpable (*to plea guilty*); en el supuesto de que no lo haga, la vista continua con la presentación de los elementos de prueba que cada parte disponga para fundamentar la imputación.

La audiencia concluye con la resolución en la que el magistrado decide si se hace o no cargo del asunto⁵⁶. Tal como se ha señalado, esta decisión, cuando se trata de infracciones menos graves (*either-way cases*) depende del propio inculpado: el acusado juega un papel determinante a la hora de elegir el procedimiento a seguir y el órgano de enjuiciamiento (*mode of trial*).

Salvo que el sospechoso (*suspect*) se encuentre detenido, si hay fundamento para el ejercicio de la acción (*there is a case*)⁵⁷ lo habitual es expedir una notificación al inculpado a fin de que comparezca ante el tribunal (*issue a summon*), dándole la oportunidad de responder a los

⁵⁵ VERGER GRAU, J.: *La acusación pública oficial en Inglaterra*, cit., p. 160.

⁵⁶ El juez puede rechazar hacerse cargo del caso si por la complejidad del caso entiende que deber ser enjuiciado por el tribunal superior o porque la pena a imponer exceda de sus atribuciones [SPRACK, J.: *Criminal Procedure*, cit., p. 121].

⁵⁷ PARTINGTON, M.: *Introduction to the English Legal System*, cit., p. 121.

cargos que se le imputan. Esta comunicación que lleva normalmente a cabo el secretario judicial (*justice's clerk*). En ambos casos, tal como se exige en nuestro derecho, esta notificación cumple una función esencial como es la de informar al sujeto de los hechos que se le imputan, posibilitándole con ello el ejercicio del derecho de defensa⁵⁸. Los *Magistrates' Courts* están obligados a dar curso a las actuaciones salvo que el hecho claramente no sea constitutivo de delito o se trate de una denuncia absolutamente infundada⁵⁹.

En el supuesto, bastante probable, de que el inculpado llegara a declararse culpable el magistrado podría imponerle una pena reducida siempre que la cuantía de la pena no exceda del límite de sus atribuciones; si el acusado no se confesara culpable y el delito fuera leve, se señalaría día para juicio: en los demás casos se tendría que celebrar la vista para la preparación del juicio (*preliminary hearing*). A la vista de ello, si el tribunal entiende que la acusación está, *prima facie*, suficientemente fundada, lo normal es que fije un día a fin de que el sujeto comparezca y manifieste lo que considere conveniente en relación con los cargos que se le dirigen, dándole así la oportunidad de comprobar las pruebas de las que dispone la acusación o directamente declararse culpable (*plea guilty*) con lo cual evita la celebración del juicio, dando por terminado el proceso.

Al igual que sucede en nuestro país, este trámite tiene por objeto concederle la oportunidad de eliminar en la audiencia preliminar las sospechas que pudieran existir en su contra (SSTC 129/1993 y 19/2000). En común tiene, el que, cuando es confirmatoria, la inculpación determina una decisión que lleva consigo un reproche penal de naturaleza indiciaria y provisional contra un sujeto determinado, lo que en algunas ocasiones esta circunstancia puede acarrear las mismas connotaciones negativas que tiene en nuestro derecho, en la medida en que podría ser interpretado como una resolución que presupone la culpabilidad de quien aparece como tal en el procedimiento, siendo así que no deja ser una medida dispuesta en beneficio del acusado; si tras la audiencia preliminar considera que la acusación carece de fundamento o que no hay elementos suficientes para proseguir, puede sobreseer o archivar la causa.

⁵⁸ Estos trámites previos no tienen carácter jurisdiccional y se sustancian ante el secretario judicial [«Early Administrative Hearing»]. Están destinados a preparar la comparecencia y evitar así dilaciones como es saber si el imputado acudirá representado por abogado, requerirle información adicional (informes médicos, antecedentes penales, etc.) o comprobar que cumple con su obligación de comparecer periódicamente si se encuentra en libertad bajo fianza [MARTIN, J.: *English Legal System*, cit., p. 147].

⁵⁹ SPRACK, J.: *Criminal Procedure*, cit., p. 27.

La notificación para comparecer puede llevarse a cabo por correo o a través de la propia policía. En esta fase no es precisa la asistencia del inculpado aunque el magistrado puede ordenar su comparecencia forzosa si el magistrado lo considerase necesario (*issue of warrant for arrest*). Así pues, como exigencia derivada del derecho a un juicio justo, el procedimiento está sometido al principio de contradicción y de publicidad, de manera que la acusación ha de dar traslado del material y los medios de que dispone.

Tratándose de delitos menos graves, enjuiciables indistintamente por un tribunal u otro (*either-way offences*), es deber del *prosecutor* en esta primera fase anticipar aquellos medios de prueba que se proponga utilizar para formular acusación (*advance information*). Como cabe imaginar, esta información es absolutamente decisiva para que el inculpado pueda elegir dónde prefiere ser juzgado ya que, como hemos visto, únicamente los delitos más graves (*indictable offences*) son enjuiciados por los tribunales superiores⁶⁰. En el supuesto de que el inculpado ignorase el alcance de esta información, podría verse tentado a elegir ser juzgado por el *Crown Court* a fin de poder obtenerla y, en función de ella, decidir si se confiesa culpable o no, según le convenga, lo que siempre constituye un problema pues algunos acusados prefieren retrasar esta decisión, bien porque consideran que el paso del tiempo puede llegar a beneficiar (en la confianza de que los testigos de cargo opten finalmente no declarar), o bien esperan ganar tiempo para que sus abogados logren encontrar nuevas pruebas que sirvan para desvirtuar las que le incriminan⁶¹.

En caso contrario, y siempre si la naturaleza del delito lo aconseje o que el inculpado haya optado por ello, la causa se eleva al *Crown Court*; lo mismo ocurrirá si la pena a imponer excede de sus atribuciones del magistrado (*committal for sentence*), si bien en este último supuesto, en la mayor parte de los casos, cuando se trata de delitos menos graves (*either-*

⁶⁰ La mecánica orientada al acceso a las actuaciones (*disclosure*) es enormemente compleja ya que se compone de varias etapas; si tuviéramos que buscar una equivalencia en el derecho español nos daríamos cuenta que serían perfectamente identificables con la función que representa la instrucción contradictoria y la fase intermedia, amén de la exigencia de la función que cumplen los escritos de calificación. En todo caso, en los procesos enjuiciados por la *Crown Court*, una vez que se ha acordado la apertura del juicio, es obligación de la defensa proporcionar a la acusación los medios de oposición que va a utilizar de manera que la acusación tenga la oportunidad de reconsiderar su estrategia inicial y utilizar aquellos elementos de prueba, incluso favorables a la defensa, a los que en un principio no tenía intención de recurrir.

⁶¹ SPRACK, J.: *Criminal procedure*, cit., p. 121.

way offences), los magistrados suelen declinar su jurisdicción y renunciar a imponer la pena⁶².

III. CRITERIOS DE PERSEGUIBILIDAD: CONTROL Y TRATAMIENTO DE LA IMPUTACIÓN. LA DECISIÓN DE ACUSAR («WHETHER TO PROSECUTE»).

Independientemente de que la acción penal pueda estar atribuida a una pluralidad de sujetos o monopolizado por un sólo órgano, no cabe duda de que su ejercicio tiene que estar condicionado a la concurrencia de una serie de requisitos materiales que han de concurrir para hacerlo valer. Por lo tanto, *el poder de acusar*, utilizando la terminología acuñada por Luis M^a Díez-Picazo, no corresponde sólo a quien la ley quiera sino también a quien disponga de elementos suficientes para la imputación. La piedra angular del sistema legal en Inglaterra radica en que, con carácter previo al ejercicio la acción penal, es preciso que la sospecha supere un *test* sobre las condiciones de *perseguibilidad* llamado a verificar, mediante un control interno que lleva a cabo el órgano encargado de ejercer la acción penal, acerca de la imputación misma y, por lo tanto, de la verosimilitud de los hechos que han dado lugar a la investigación ya que, por lo general, los criterios policiales suelen ser menos exigentes a la hora de apreciar la existencia del delito que los que debe aplicar el órgano de la acusación.

Como hemos visto, el ejercicio de la acción penal, aun sometida a un cierto margen de discrecionalidad, es una decisión razonablemente reglada; de ahí, la importancia de los mecanismos de control que existen sobre la acusación, que es donde verdaderamente radica la clave de cualquier sistema y mucho más en éste⁶³. En definitiva, puede que la decisión de proceder sea probablemente la que más trascendencia tenga en el proceso penal, de manera que el *prosecutor* no debe comenzar (ni en su caso continuar), un procedimiento a menos que la acusación no haya sido sometida a una serie controles o filtros que respondan a un pautas estandarizadas derivadas de las exigencias del derecho de todo ciudadano a ser considerado inocente hasta que un tribunal declare su culpabilidad. Así pues, antes de tomar una decisión sobre si procede o no ejercitar la acción penal, lo primero que han de hacer es examinar el caso a la luz de las pruebas que le haya remitido la policía de modo que este principio impide que los ciudadanos sean, no ya condenados, sino tan

⁶² ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 327.

⁶³ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, cit., p. 55.

siquiera inculpados si no hay motivos suficientes y que no sean injustamente perseguidos por el Estado. De esta manera, muchas veces el *prosecutor* actúa como un auténtico «gatekeeper» respecto de la decisión policial de proceder en un sentido determinado⁶⁴, lo que, como se ha visto, suele originar en ocasiones tensiones que acaban reflejadas en la opinión pública, máxime cuando se trata de delitos de un alto nivel de reproche social.

Pero como se ha dicho al principio, debido al efecto negativo que ocasiona una imputación infundada, los responsables de la acusación únicamente están autorizados a proceder en el supuesto de que la causa haya superado un riguroso control de calidad que trata de evitar las acusaciones arbitrarias, infundadas o injustificadas («Full Code Test»). Este *test* contiene dos aspectos, fases o etapas que, en teoría, deberían aplicarse de manera sucesiva, de forma que llegue a ser fruto de una secuencia lógica, aunque en la práctica se lleva cabo de manera que la distinción no es tan acusada⁶⁵: (a) *the evidential stage* y, si procede, (b) *the public interest stage*; de esta suerte, si el caso no superara el primer filtro, no sería posible valorar el resto de las cuestiones, por mucha trascendencia que haya tenido el delito.

1. Examen sobre la suficiencia de las pruebas y las posibilidades de obtener un sentencia de condena: A realistic prospect of conviction.

Hay que tener en cuenta que en un sistema basado en la hegemónica supremacía del *trial* (plenario) y del principio de la equidistancia ente la acusación y el acusado, la condena, en el supuesto de que proceda, se ha de sustentar en las pruebas practicadas durante las sesiones del juicio, siendo la función primordial de la acusación convencer al jurado o al tribunal de que el acusado es culpable; de ahí que la existencia de una prueba de cargo sólida y relevante juegue un papel fundamental en la justicia penal inglesa, en particular para quienes ejercen la acusación.

El derecho de defensa, consustancial al sistema acusatorio, se proyecta en una multiplicad de facetas. Así pues, la primera fase del *test* está orientada a valorar las posibilidades reales que tiene la acusación de obtener una sentencia de condena a través de los indicios con los que cuenta a la vista de la información que le ha proporcionado la policía. Es

⁶⁴ ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 156.

⁶⁵ ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 9.

verdad que la doctrina británica acudió inicialmente al denominado *test of evidential sufficiency*; el problema que planteaba dicho *test* es que no obligaba a tener en cuenta la solidez y la credibilidad de los elementos inculpativos ni las posibles líneas de defensa que pudiera esgrimir el inculpado, sino únicamente la sospecha de que hubiese un indicio sobre inculpado que *prima facie* apareciera como responsable de la comisión del delito, lo que evidenció la necesidad de revisar los criterios que hasta ese momento se estaban utilizando a la vista de los resultados obtenidos ante los tribunales.

A partir de la promulgación del *Code for Crown Prosecutors* se exigió la existencia de un análisis que valorase las posibilidades reales de éxito («realistic prospect of conviction»), que es el *test* que está en funcionamiento en estos momentos⁶⁶. Así pues, a la hora de decidir si dispone de pruebas suficientes para ejercer la acción penal, el *prosecutor* está obligado a examinar y a valorar igualmente la consistencia de las pruebas que podrían ser utilizadas ante un tribunal desde el punto de vista de su fiabilidad (*reliable*) y su contundencia (*credible*)⁶⁷; esto no quiere decir que la acusación deba renunciar a la persecución penal simplemente ante el temor a lo que el juez o el jurado hará, ni siquiera valorar sus decisiones precedentes, ni lo que la opinión pública pueda expresar; ha de ser una decisión objetiva y neutral, sustentada únicamente en las pruebas que se disponen (*intrinsic merits*).

En principio, para la aplicación de este *test* es preciso aguardar a que la investigación haya concluido y, por lo tanto, comenzará una vez que el *prosecutor* haya comprobado cuidadosamente los elementos que le ha facilitado la policía. El problema reside muchas veces en que dado que en ocasiones puede ser el único material con que cuente, esta decisión suele tomarse sin apenas haber tenido un contacto directo e inmediato con las fuentes de prueba⁶⁸. No obstante, la norma contempla la posibilidad de tomar una decisión sin esperar a que la investigación haya concluido si, a la vista de los elementos de que dispone, se evidencia la ausencia de interés penal en la persecución. En caso contrario, debe proseguirse con la investigación hasta que la cuestión haya quedado aclarada suficientemente como para decidir si procede o no contra el inculpado.

⁶⁶ ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 200.

⁶⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *El control de la fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Valencia, 1999, p. 19.

⁶⁸ CUADRADO SALINAS, C: *La investigación en el proceso penal*, cit., p. 306.

Al ser una evaluación de carácter prospectivo, el *prosecutor* debe tener en cuenta, de manera objetiva y neutral, tanto los elementos de cargo como los de descargo, contando con los medios de defensa de los que eventualmente pudiera hacer uso el acusado para oponerse a la pretensión ejercitada y sopesando igualmente la incidencia que éstos puedan llegar a tener ante un tribunal; como hemos dicho, su deber le tendría que llevar a evitar la idea de victoria o derrota, que no son más que sentimientos contrarios al ejercicio objetivo y desinteresado de sus funciones, ya que siempre están obligados a que la verdad prevalezca y, en consecuencia, a valorar las circunstancias que el acusado pueda tener a su favor. Pero no deben dejar de prescindir de las pruebas de que dispongan simplemente por el hecho de que no estén completamente seguros de si, finalmente, las van a poder utilizar o no sean realmente fiables, aunque lógicamente a la hora de tomar una decisión deben prestar atención a todos estos extremos y considerar si existen posibilidades reales de obtener una condena.

A la hora de formular la acusación deben estar convencidos de que existen indicios razonables tanto de la participación del inculpado en el delito como de sus posibilidades de éxito ante el tribunal («*realistic prospect of conviction*»). No debe olvidarse que una vez abierto el juicio oral el proceso sólo puede terminar por sentencia y debido al papel que juega la cosa juzgada en el proceso penal, si no se reúnen pruebas suficientes para lograr un fallo condenatorio, se corre el riesgo de que el acusado sea absuelto y no se le pueda volver a juzgar por el mismo delito. Así pues, al igual que sucede en nuestro derecho, *en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales* (STS 804/2012) y en consecuencia a fin de llevar a cabo esta exploración prospectiva, la acusación debe valorar si del material probatorio disponible resulta la existencia de indicios sólidos y fundados de responsabilidad criminal valorando si la acusación resultaría admisible ante un tribunal (*admissible*), fiable (*reliable*) y convincente (*credible*). No obstante, y dado que puede que haya situaciones en que las pruebas no sean lo suficientemente consistentes como en principio pueden aparecer, a la vista de la versión exculpatoria que haya ofrecido el sospechoso, también tendría que determinar si tales pruebas serían merecedoras de la confianza del tribunal.

En cuanto a los criterios de admisibilidad de las pruebas, suelen existir tres clases de pruebas que pueden ser objeto de consideración y, en su caso, de exclusión: las pruebas ilícitamente obtenidas, las basadas en testimonios de referencia (*evidence hearsay*) y las que tienen por finalidad

desacreditar la conducta o la personalidad de acusado debido a sus antecedentes o condenas previas (*to be a bad character*)⁶⁹. En particular, a fin de tomar esta decisión deben tener en cuenta:

(a) Si existe alguna posibilidad de que el tribunal pueda llegar a excluir alguna prueba por haber sido ilícitamente obtenida. En principio, esta decisión se toma lógicamente sin que el jurado participe o conozca de esta cuestión, de manera que si el juez la excluye o la desestima, simplemente no se practica, sin que su decisión llegue a oídos del jurado. Así, por ejemplo, si la declaración policial ha sido obtenida con intimidación o violencia, debe naturalmente excluirla. En este aspecto, las disposiciones del PACE («Police and Criminal Evidence Act»), son contundentes: «*[t]he admission of the evidence would have such an adverse effect on fairness of the proceedings that the court ought not to admit it*».

Así pues, el sistema judicial inglés no concibe que al jurado lleguen pruebas ilícitamente obtenidas⁷⁰. En este aspecto es verdad que la problemática acerca de la regla de exclusión tiene evidentemente mucho más sentido en unos países que en otros ya que como ha señalado acertadamente Pedraz Penalva, la aplicación de esta regla se justifica realmente en aquellos ordenamientos donde la policía no actúa dependiendo de los jueces ya que estas cautelas están orientadas a evitar la utilización de pruebas conseguidas al margen de la ley⁷¹ pero en cualquier caso, si la acusación tuviese dudas acerca de si una prueba tiene o no tiene tal consideración, podría someter esta cuestión previa a la decisión del juez o del tribunal sentenciador⁷².

⁶⁹ VOGLER, R.: *Últimas tendencias probatorias en Inglaterra: en especial, las reglas de exclusión*, en «Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado» (Coordinador: Juan Luis Gómez Colomer), Valencia, 2008, p. 404, aunque lamenta que siga existiendo una tendencia demasiado acusada a admitir más excepciones. Una visión de conjunto sobre el alcance de la reforma de 2003, ZUCKERMAN, A.: *Criminal Evidence* (con Paul Roberts), Oxford, 2004, p. 500 y 580.

⁷⁰ ASENSIO MELLADO, J.M.: *La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*, en Diario «La Ley» (25-I-2013)]. En este aspecto, es esclarecedor el criterio de la Fiscalía General del Estado que, al menos en lo que respecta a la intervención de las comunicaciones, es partidaria de la exclusión automática. Los fiscales deberían solicitar el sobreseimiento de la causa cuando la intervención obtenida con infracción del precepto constitucional sea la única prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, o las restantes pruebas deriven de ella en conexión directa de antijuridicidad (*Circular 1/2013*).

⁷¹ PEDRAZ PENALVA, E.: *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad*, en «Constitución, Jurisdicción y Proceso», Madrid, 1990, p. 360 (nota 198).

⁷² ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 200.

(b) En segundo término, la acusación ha de valorar si entre el material probatorio hay algún testimonio de referencia que impida ser tenido en cuenta por el tribunal y, por lo tanto, si existe la posibilidad de que el tribunal no lo llegara a admitir como prueba de cargo⁷³.

(c) Y en el supuesto de que constaran informes sobre la conducta o sobre la personalidad o los antecedentes penales del sospechoso o de un testigo de la acusación, deben valorar si el tribunal lo admitiría en la hipótesis de que se llegase a aportarse a la causa⁷⁴. En este aspecto, hay que tener en cuenta como ha destacado Planchadell Gargallo, que tras la última reforma de 2003 («Criminal Justice Act») se han introducido en el proceso inglés algunos cambios en relación con la prohibición de tener en cuenta este tipo de elementos⁷⁵, hasta el punto de en la actualidad se autoriza a utilizar estos informes en ciertos supuestos pero sin que puedan tener relevancia para acreditar los hechos objeto de la acusación. El tribunal tiene la facultad de repudiarlos si considera que pueden perjudicar al acusado o influir negativamente en la decisión del jurado, pues ha sido criterio tradicional que el jurado se pronuncie exclusivamente sobre la culpabilidad del acusado al margen de que estas consideraciones puedan llegar a ser tenidas en cuenta por el juez a la hora de imponer la pena⁷⁶.

⁷³ En ese aspecto, y por lo que se refiere al derecho español, resulta de imprescindible lectura, la STS 774/2013). Para una visión más específica de cómo se encuentra tratada esta cuestión en el derecho inglés, cuyas excepciones están muy conectadas, en unos casos con los supuestos de prueba anticipada y, en otros, a la noción de «la mejor prueba disponible» (*the best available evidence*): VELAYOS MARTÍNEZ, I.: *El testigo de referencia en el proceso penal: Aproximación a las soluciones angloamericanas*, Valencia, 1998, p. 446] y VOGLER, R.: *Últimas tendencias probatorias en Inglaterra: en especial, las reglas de exclusión*, en «Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado», cit., p. 405.

⁷⁴ PLANCHADELL GARGALLO, A.: *La regla de exclusión de la prueba sobre el mal carácter en el proceso penal inglés*, en «Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado», cit., p. 233]. Este mismo fenómeno se ha producido de manera similar en relación con los antecedentes penales del sospechoso, que permiten a la acusación en los delitos menos graves utilizar el historial delictivo para acreditar algunos extremos, pero el tribunal tiene la facultad de excluirla si considera que puede resultar perjudicial al acusado o influir negativamente en la decisión del jurado [PARTINGTON, M.: *Introduction to the English Legal System*, cit., p. 109].

⁷⁵ Originariamente la excepción de *bad character* venía siendo la respuesta habitual del *prosecutor* para rebatir la alegación de una buena reputación cuando era utilizada por el acusado negar su participación en los hechos objeto de acusación (*good character*); en cambio, la acusación no tenía derecho a utilizar esta circunstancia como elemento para convencer al jurado de la participación del acusado en la comisión del hecho delictivo [MURPHY, P.: *On evidence*, Oxford, 2009, p. 147].

⁷⁶ SPENCER, en DELMAS-MARTY/SPENCER: *European Criminal Procedures*, cit., p. 165 y

En todo caso, según los criterios incorporados al *Code*, la decisión ha de extraerse única y exclusivamente de los datos contenidos en la información que se le ha facilitado; ahora bien, aunque este *test* está basado en datos que constan en las actuaciones, se trata de un juicio sustentado en indicios, sin que sea exigible la certeza absoluta sobre los hechos. En este aspecto, si tuviéramos que atenernos a lo que sucedería en nuestro país si se aplicase tal tipo de criterios, no convendría desconocer la posición que ha mantenido el Tribunal Constitucional en relación con esta cuestión pues al igual que allí la decisión sobre este aspecto «[n]o puede ser fruto de meras conjeturas o especulaciones sin fundamento, sino como consecuencia de un pronóstico deducido en aplicación de las reglas de la lógica y de la experiencia», esto es, recurriendo a un juicio razonable de previsibilidad en el que se tenga en cuenta, tal como impone la jurisprudencia constitucional, las circunstancias concretas del caso y las personales del sujeto que vaya a ser objeto de esta medida (STC 128/1995).

Por último hemos de mencionar que las decisiones tomadas en cuanto se refiere a los aspectos que tienen que ver con el material probatorio normalmente tienen carácter definitivo, de manera que si el caso es archivado, no suele reabrirse, salvo que concurren determinadas razones que aconsejen o justifiquen la necesidad de reconsiderar la postura inicial y revocar la decisión previamente adoptada. Por supuesto, tales criterios tienen por objeto decidir si procede o no presentar cargos contra una persona, pero en modo alguno resultan idóneos para la adopción de otras medidas, como por ejemplo, medidas cautelares que, en todo caso están condicionadas a la existencia de una sospecha razonable.

2. La valoración del interés público que justifica la persecución: to prosecute, or not to prosecute: that is the question.

Sabemos que con carácter general, la infracción de una norma penal permite a cualquier miembro de la colectividad pedir la tutela del interés que la misma protege o ampara mediante la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad; la infracción de las reglas en esta materia da lugar a la posibilidad de que la sociedad reaccione con mucha más intensidad de lo que lo hace ante el incumplimiento de las normas del derecho privado, persiguiendo el delito e imponiendo una pena al infractor, que es la sanción jurídica que por lo general el ordenamiento

PASTOR LÓPEZ, M.: *El proceso penal inglés*, en «Revista de Derecho Procesal», cit., II, pp. 94 y 99.

jurídico de un país contempla para el supuesto de contravención de la ley penal⁷⁷. Por eso, la imposición de la sanción penal y el derecho a imponerla corresponde exclusivamente al Estado, único que tiene reconocido el legítimo ejercicio de este derecho. En esta actividad están especialmente comprometidos los poderes públicos, obligados a hacer cumplir la ley, investigar los delitos y asegurar la pacífica convivencia entre los ciudadanos. Pero para el jurista inglés no toda infracción a una norma penal supone siempre una lesión a interés público, pues la pena no viene concebida como medio para procurar la satisfacción del interés lesionado al perjudicado por el delito. Como ya anticipamos al principio, la mera sospecha sobre la existencia del delito no puede servir de fundamento para el ejercicio de la acción penal.

Se requiere además la concurrencia de un interés público que justifique la intervención de la justicia, lo que ha de ser objeto de verificación mediante un segundo *test*, cuyos criterios se hallan recogidos también en el *Code*. A través de la aplicación de este *test*, secundario respecto del anterior, es donde se manifiesta realmente el ejercicio de la discrecionalidad a la hora de proceder o no proceder contra el sospechoso. Al objeto de determinar si concurren motivos que justifiquen la intervención de los tribunales de justicia, la acusación debe analizar los motivos que tenga en un sentido o en otro, a menos que el *prosecutor* considere, sin más, que existen razones que aconsejen la posibilidad de proponer al sospechoso la adopción de una medida alternativa («*conditional caution*»). Para ello ha de tomar en consideración una serie de elementos que figuran expresamente en el propio *Code*. Así pues, la existencia de una acción antijurídica perfectamente acreditada no desencadena por sí misma la intervención de la acusación ni obliga a proceder penalmente contra el responsable⁷⁸.

La especial configuración de este modo de proceder es lo que ha generado un estado de opinión que ha dado pie a pensar (a veces sin demasiado fundamento) que en Inglaterra (y en Gales), en contraposición al de obligatoriedad (*legality*), la acción penal está sometida, al principio de oportunidad (*expediency*)⁷⁹.

⁷⁷ FAIRÉN GUILLÉN, V.: El derecho de acudir a los tribunales: la acción, el derecho procesal y el derecho político, en «Estudios de derecho procesal», Madrid, 1955, p. 106.

⁷⁸ SPRACK, J.: *Criminal Procedure*, cit., p. 74.

⁷⁹ ASHWORTH al describir el principio de obligatoriedad (*the principle of compulsory prosecution*) y su contrapunto, el principio de oportunidad (*the principle of expediency*), ironiza sobre este asunto señalando que en el derecho continental es tal el número de excepciones

Es verdad que en este aspecto no siempre el *Code* ha mantenido un criterio uniforme. A veces se ha decantado por recurrir preferentemente a medidas alternativas y, en cambio, en otros momentos, se ha inclinado por una solución más rigurosa orientada en favor de la persecución⁸⁰. Conviene subrayar no obstante que una de las razones fundamentales que impulsaron la creación del *Criminal Prosecution Service* fue precisamente tratar de unificar los criterios de aplicación a fin de que el principio de oportunidad fuese aplicado por igual en todos los tribunales, todo ello, como cabe imaginar, en función de las necesidades que en materia de política criminal fueran requeridas en cada momento⁸¹.

En este aspecto, la vigente versión del *Code* ha suprimido la relación tasada de factores que podían ser objeto de valoración a la hora de decidir (que en la mayor parte de los casos serían equiparables a lo que en nuestro derecho constituirían las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, tanto agravantes - *aggravating factors*- como atenuantes - *mitigating factors*), ofreciendo en la actualidad una serie de criterios que confieren un mayor margen de maniobra al *CPS* para que la acusación, en función de ello, adopte la decisión que proceda.

Entre ellos se encuentra la gravedad del delito, la culpabilidad del responsable, el mayor o menor daño causado a la víctima, la edad del responsable o el impacto o la alarma social que haya ocasionado el delito. Pero además, como elemento adicional que puede ser tomado en consideración en combinación con los anteriores, y que se ha reintroducido en la última versión del *Code*, figura otro aspecto que tienen más que ver con la debida *proporcionalidad* que ha de existir en la respuesta penal desde el punto de vista de la relación entre el esfuerzo en medios humanos y materiales que exige la persecución del delito y el resultado que, en función de las duración y la complejidad del proceso, se espera obtener con el enjuiciamiento⁸².

al principio de legalidad que apenas hay diferencias entre uno y otro [ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 164]. En la actualidad, un amplio estudio de derecho comparado puede verse en MONACCO, G.: *Publico Ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milán, 2003, p. 216.

⁸⁰ ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 205.

⁸¹ SPENCER, en DELMAS-MARTY/SPENCER: *European Criminal Procedures*, cit., p. 161.

⁸² MORENO CATENA, V.: *El Ministerio Fiscal y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*, cit., p. 1431.

En muchos otros casos, al menos en lo que a nuestro país se refiere, el principio de legalidad no excluye (ni es incompatible), con el ejercicio de cierta discrecionalidad o de oportunidad en el ejercicio de la acción penal⁸³. En este sentido, no debería haber inconveniente en admitir, como ya figura en el enjuiciamiento de delitos leves tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 (art. 963 LECRIM), la existencia de un ámbito de lo que se ha dado en llamar *principio de oportunidad reglada*⁸⁴. Así, por ejemplo, hace años que la doctrina propuso que se incluyera en la ley la posibilidad de acordar en presencia de delitos de menor gravedad, el sobreseimiento por razones de *oportunidad* a fin de obtener, bajo determinadas condiciones, una más rápida indemnización a la víctima o la reinserción social del imputado (no reincidente)⁸⁵, esto es, con arreglo a unos requisitos muy parecidos a las «conditional cautions» a las que nos acabamos de referir y que suponen la manifestación más paradigmática del ejercicio de esta facultad⁸⁶. Como hemos visto, un sector de la doctrina española no ha sido ajena a este modo de entender las cosas, cuyos criterios son en general bastante coincidentes con los que existen ya en otros países pues como ha puesto de relieve González-Cuellar Serrano, por muy perfecto que sea un sistema penal, es incapaz de absorber la totalidad de los hechos delictivos de modo que en la práctica se aplican criterios de oportunidad en la selección de los asuntos⁸⁷.

⁸³ Según GIMENO SENDRA, este principio es el que atribuye al titular de la acción penal la posibilidad de disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia del hecho punible [GIMENO SENDRA, J.V.: *Los procesos penales simplificados* (principio de oportunidad y proceso penal monitorio), en Revista «Poder Judicial» (2), 1988, p. 34.

⁸⁴ MARCHENA GÓMEZ, M.: *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, cit., p. 135.

⁸⁵ GIMENO SENDRA, J.V.: *La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español*, en «La prueba en el proceso penal», Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Vol. 12, Madrid, 1993, p. 159.

⁸⁶ CUADRADO SALINAS, C.: *La investigación en el proceso penal*, cit., p. 333.

⁸⁷ A su juicio la introducción del principio de oportunidad reglada permitiría establecer criterios claros, lo cual, además de favorecer la reinserción y la tutela de los derechos de las víctimas, permitiría descongestionar a la justicia penal dotándola de una mayor eficacia ante los hechos que susciten un mayor interés en la persecución penal [GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: necesidad de su reforma y examen de sus sucesivas reformas parciales*, en «El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas», cit., p. 75]. MORENO CATENA señala a este respecto que aparte de las finalidades que cumple el principio de oportunidad desde el punto de vista de política criminal actúa además como mecanismo de descompresión [MORENO CATENA, V.: *El Ministerio Fiscal y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*, cit., p. 1432].

En este sentido, Moreno Catena señala que no deben confundirse las medidas que tienden a hacer más eficaz la justicia penal, sacando de la jurisdicción aquello que no merezca o no deba estar, de aquellas otras que sirvan para obtener una respuesta más satisfactoria para la decisión del conflicto, profundizando con ello en los mecanismos de justicia social⁸⁸. Así pues, la noción del *public interest* se encuentra estrechamente vinculado al *principio de mínima intervención* que es sobre el que se asienta la respuesta del Estado con referencia a la aplicación de ley penal, algo muy propio en la configuración del derecho penal en los países del *common law*. Pero, como veremos, en Inglaterra posiblemente el problema no se plantee a la hora de determinar qué tipo controles han de existir para el supuesto de que la acusación decida actuar, sino precisamente en el supuesto de que decida no hacerlo (*decision not to prosecute*)⁸⁹, un fenómeno que genera, cuando afecta a determinados delitos (aquellos que causan alarma social), una considerable irritación popular y suele enfrentar al CPS, tanto con la policía como con las víctimas de los delitos, que son la que con frecuencia son las que más suelen presionar para que ejercite la acción penal⁹⁰.

3. Vigencia del principio de oportunidad: alcance del «guilty plea».

En íntima relación con el ejercicio de la discrecionalidad que es posible desplegar a la hora de verificar la relevancia del interés público en la perseguibilidad del hecho, se encuentra la facultad de disponer sobre el ejercicio de la acción misma, cuestión que adquiere una enorme relevancia en los procesos que tienen un acentuado carácter acusatorio⁹¹. Ya hemos visto que una de las características principales del procedimiento penal inglés consiste en que el inculpado goza de amplísimas posibilidades para declararse culpable (*plead guilty*).

⁸⁸ MORENO CATENA, V.: *El Ministerio Fiscal y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*, cit., p. 1432.

⁸⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, cit., p. 141. En defensa de la acción popular para estos casos ya se pronunció hace tiempo un importante sector de la doctrina: es conocida la defensa de FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Madrid, 1986, p. 40 [también en *Acción del Ministerio Fiscal y acción popular. Su titularidad y extensión*, cit., p. 209].

⁹⁰ PARTINGTON, M.: *Introduction to the English Legal System*, cit., p. 109.

⁹¹ BARONA VILAR, S.: *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994, p. 219 y MIRA ROS, C.: *Régimen actual de la conformidad*, Madrid, 1998, p.122.

La declaración de culpabilidad lógicamente excluye el juicio y evita al inculpado y a los testigos las molestias de tener que revivir de nuevo la mala experiencia causada por el hecho delictivo; la declaración de culpabilidad no excluye la pena; sí el juicio, y en función de los criterios legales de imposición de penas (*sentencing guidelines*), el inculpado puede razonablemente esperar una reducción, especialmente si muestra su arrepentimiento por la comisión del hecho delictivo o contribuye a reparar sus efectos. Aunque el origen de este tipo de soluciones ha sido objeto de algunas críticas, constituye una costumbre muy generalizada y socialmente aceptada a la que están muy habituados los ciudadanos, conscientes de que en muchos casos es tal el material probatorio adverso, que confesarse culpable es la única opción sensata que tiene el acusado, teniendo en cuenta que esta decisión le puede salir ventajosa desde el punto de vista de la cuantía de la pena. Esto permite que muchos de los asuntos no lleguen a ser enjuiciados a pesar de que el sistema de garantías juega a favor de quienes no tienen demasiadas pruebas en su contra⁹².

«[A] reduction in sentence is appropriate because a guilty plea avoids the need for a trial (*thus enabling other cases to be disposed of more expeditiously*), *shortens the gap between charge and sentence, saves considerable cost, and, in the case of an early plea, saves victims and witnesses from the concern about having to give evidence. The reduction principle derives from the need for the effective administration of justice and not as an aspect of mitigation*»⁹³.

En la medida en que el favorecimiento de este tipo de soluciones proporciona un considerable ahorro de tiempo y de recursos a todo el sistema judicial, de una manera u otra prácticamente todos los países facilitan este tipo de remedios alternativos, bien a través de respuestas procesales como la conformidad, reconocimiento de hechos o bien penales como la atenuante de confesión, pues su fundamento *hay que asociarlo al propósito legislativo de premiar a quien, al reconocer los hechos que le son imputados, facilita la instrucción del proceso, ahorra el esfuerzo de indagación que exige el esclarecimiento de los hechos y acorta el tiempo preciso para el desenlace del proceso* (STS 278/2013).

⁹² RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Salamanca, 1977, p. 29.

⁹³ <http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/sentencing-guidelines.htm>

Para que el sistema sea eficaz, el derecho inglés aspira y propicia a que la aceptación de la culpabilidad se realice en los primeros momentos a fin de evitar que el sospechoso retrase su decisión hasta bien entrado el proceso y la causa se ha remitido al *Crown Court*, con lo que desde el punto de vista de contabilidad analítica esto supone en términos de coste económico, teniendo en cuenta que en muchos casos la pena que probablemente le hubiera impuesto el magistrado hubiera sido la misma. Como ya hemos adelantado, es verdad que a veces esta vía se ha prestado a todo tipo de maniobras ya que la confesión de culpabilidad va a generalmente asociada a una reducción en la pena (al menos en una tercera parte); de ahí que dicho beneficio se conceda por lo general cuando la declaración de culpabilidad tenga lugar en la primera oportunidad que razonablemente sea posible hacerlo («[a]t the first reasonable opportunity»)⁹⁴.

El problema suele plantearse cuando se trata de delitos menos graves (*either-way offences*), ya que hasta ahora era frecuente que los acusados solicitaran ser juzgados por un jurado en el *Crown Court* y desistieran antes del juicio en el último minuto; en este aspecto, a fin de evitar este tipo de situaciones, tras la reforma de 2003 el acusado tiene derecho a conocer, antes de optar sobre si su caso va a ser enjuiciado por un jurado, la pena que se le impondría en caso de que se confesara culpable⁹⁵.

Aun así, en su actuación los *prosecutors* han de observar ciertos protocolos. La regla general es que nunca deben aceptar una declaración de culpabilidad simplemente porque les convenga. En segundo lugar, sólo

⁹⁴ Se da la particularidad de que, tratándose de delitos castigados con pena de hasta tres meses de prisión, el inculcado puede conformarse con la sanción y declararse culpable por correo (*plead guilty by post*), con lo que se evita las molestias de tener que comparecer y puede obtener como contrapartida una rebaja o reducción en la cuantía de la sanción o de la pena [ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 307].

⁹⁵ El sistema evoca al juicio monitorio penal que acaba de implantar la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que incorpora por primera vez en nuestro país el llamado «proceso por aceptación de decreto» como medida orientada a la simplificación del proceso penal. En este aspecto, es clásico el trabajo de BELLAVISTA, G.: *Il processo penale monitorio*, Milán, 1938 y el cometario que de él hizo Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en 1939. [ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: *Acerca del juicio monitorio penal*, en «Ensayos de Derecho Procesal», Buenos Aires, 1944, p. 235]. Sobre la implantación en otros ordenamientos: GIMENO SENDRA, J.V.: *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, p. 199 y más recientemente en: *Los procesos penales simplificados* (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio), en «Poder Judicial» (2), 1988, p. 31. Últimamente, vid. CACHÓN CADENAS, M.: *La investigación penal a cargo del fiscal y el proceso penal monitorio en un anteproyecto de 1938 de orientación totalitaria*, en «Revista Justicia», 2015, I, p. 517.

deben aceptar declaraciones de culpabilidad si consideran que el tribunal puede dictar una sentencia que se corresponda exactamente con la gravedad del delito, aunque en su decisión deben ponderar los intereses en juego y tener en cuenta la opinión de la víctima o de sus familiares. No obstante, debido al reducido número de letrados que se encuentran al servicio de la CPS y al excesivo número de asuntos que se suelen acumularse, se ha evidenciado una tendencia a evitar que la causa sea remitida al *Crown Court* para su tramitación como juicio ordinario, lo que para la acusación supondría un carga adicional de trabajo en la preparación del caso. Por eso, se suele insistir en que ni la agilidad y menos aún la conveniencia debe ser el único criterio determinante para decidir si el caso que queda en el tribunal de magistrados a fin de que la discrecionalidad no sea utilizada para quitarse asuntos de encima («[s]peed must never be the only reason for asking for a case to stay in the magistrates' court»)⁹⁶.

IV. LA DECISIÓN DE NO PROCEDER («DECISION NOT TO PROSECUTE»): CONTROL JUDICIAL Y ALCANCE.

Como se ha visto, probablemente ningún sistema como el inglés deje tan en las manos del acusador público la decisión de proceder penalmente contra un sujeto⁹⁷. La razón de ello obedece a que el ejercicio de la acción penal confiada al *prosecutor* está informado por un principio que carece de parangón en el derecho continental, en donde en la mayor parte de los casos el acusador público no se encuentra revestido del carácter de autoridad y en consecuencia viene obligado a poner todos los medios de los que dispone el aparato del Estado en la perseguibilidad de cualquier hecho delictivo.

Entre la investigación y la eventual apertura del juicio oral, lo que existen son actos encaminados a verificar si se dan las condiciones para proseguir con el procedimiento y si existen pruebas suficientes para el enjuiciamiento. La ausencia de una fase de instrucción propiamente dicha no desnaturaliza la finalidad que tiene asignado el tribunal en orden a la comprobación de la existencia de los presupuestos materiales precisos para que al *prosecutor* se le reconozca el derecho a formular acusación, que como sabemos se funda únicamente en la probabilidad de la existencia del delito. Un hecho que *a priori* no revista esta apariencia no merece proceso,

⁹⁶ STARMER, K.: *The rule of law and prosecutions: to prosecute or not to prosecute* [middletemple.org.uk].

⁹⁷ VERGER GRAU, J.: *Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal* (Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal), en «Revista del Poder Judicial», cit., 137.

pues el gasto, la actividad de los tribunales, unido al derecho a la presunción de inocencia, hace que éstos se encuentren únicamente para enjuiciar conductas que hayan superado el *test de perseguibilidad* que tiene por objeto efectuar un control sobre la imputación y sus consecuencias.

Ya se ha mencionado que prácticamente todos los trámites preliminares se sustancian ante los *Magistrates' courts*. Si se trata de un delito grave, tras audiencia preliminar el magistrado tiene la obligación de remitir la causa al tribunal superior⁹⁸. Al tratarse de una actividad teóricamente controlada, los protocolos de actuación a los que ha de someterse la acusación son bastante rigurosos⁹⁹; la acusación rara vez decide ejercitar la acción penal cuando realmente no existen motivos para hacerlo¹⁰⁰. Como se ha dicho, es deber de los miembros de CPS actuar siempre en interés de la justicia y, en todo caso, con sujeción a los principios de imparcialidad e independencia, y no sólo con la finalidad de obtener una condena:

«[P]rosecutors must be fair, independent and objective. They must not let any personal views about the ethnic or national origin, gender, disability, age, religion or belief, political views, sexual orientation, or gender identity of the suspect, victim or any witness influence their decisions. Neither must prosecutors be affected by improper or undue pressure from any

⁹⁸ Esta resolución, que presupone ya una inculpación pues viene a articular una suerte de decisión de carácter confirmatorio de la sospecha realizada al final de la audiencia, se adopta sin publicidad (a menos que sea el propio acusado quien lo solicite); de esa manera se evita en su caso que el jurado pueda verse influido por las opiniones que los medios de comunicación pública puedan expresar sobre el asunto [PASTOR LÓPEZ, M.: *El proceso penal inglés*, en «Revista de Derecho Procesal», cit., II, p. 97 y PARTINGTON, M.: *Introduction to the English Legal System*, cit., p. 121], situación que podría verse agravada por el protagonismo que están adquiriendo las redes sociales.

⁹⁹ VERGER GRAU califica el control del *prosecutor* de «segundo grado» en la medida en que se atribuye con carácter previo al inicial que efectúa la propia policía antes de poner los hechos en conocimiento del CPS [VERGER GRAU, J.: *La acusación pública oficial en Inglaterra*, cit., p. 173].

¹⁰⁰ Para evitar duplicidades, la legislación procesal inglesa ha ido simplificando paulatinamente la fase intermedia o *juicio de acusación* que ha estado representada por el *process of committal*. Como señala ASHWORTH, históricamente esta fase se encontraba dispuesta con el fin de que el acusado pudiera evitar el juicio dándole la oportunidad de convencer al Gran Jurado de la insuficiencia de pruebas que justificaran la celebración del juicio. El gran jurado fue suprimido en 1930 [ASHWORTH, A.: *The criminal process*, cit., p. 258].

source. Prosecutors must always act in the interests of justice and not solely for the purpose of obtaining a conviction».

Hay que resaltar que normalmente no es que el juez niegue la acción por propia iniciativa sino que, a la vista del resultado de la comparecencia, este pronunciamiento suele ser la respuesta habitual cuando el inculpado alega la inexistencia de indicios para incriminarle; podríamos pues llegar a afirmar en este caso que el juez actúa como juez de la acusación, llamado a garantizar el derecho del acusado a la presunción de inocencia y es en este supuesto cuando tiene facultades para sobreeser. Por lo tanto, no debería sorprender que esta cuestión pueda ser resuelta por un juez no profesional toda vez que con bastante frecuencia son cuestiones de hecho las que se ventilan en esta fase; cualquier miembro de la comunidad, concienciado de los valores constitucionales (especialmente del valor que se asigna al principio de presunción de inocencia), sería perfectamente capaz de valorar una actuación arbitraria de la acusación.

En todo caso, la cuestión más problemática que se plantea reside en saber si la decisión de no proceder, es o no revisable, especialmente cuando el perjudicado o la víctima lo solicitan expresamente en la medida en que esta decisión supondría a la postre negarle el derecho al proceso y, sobre todo, es preciso saber cuál es la transcendencia de la decisión desde el punto de vista de los efectos de la cosa juzgada, lo que implicaría la imposibilidad de que la misma persona pueda ser perseguida y enjuiciada dos veces por el mismo delito (*double jeopardy*). En este último aspecto, aunque existen catalogadas en el *Code* algunas razones que permitirían obtener la reapertura del caso, la decisión de no proceder suele ser definitiva y es la propia normativa la que se ocupa de aclarar este extremo pidiendo al inculpado que confíe en ella («[p]eople should be able to rely on decisions taken by the CPS; normally, if the CPS tells a suspect or defendant that there will not be a prosecution, or that the prosecution has been stopped, the case will not start again»).

Y aunque suele haber mecanismos orientados a valorar con posterioridad el comportamiento de las distintas áreas del CPS, a quienes se le obliga a rendir cuentas de sobre la actividad desarrollada, los problemas no vienen dados en los supuestos de inconsistencia probatoria sino, especialmente, con ocasión de la aplicación de la noción del *public interest*, que es donde la acusación dispone de mayor libertad de criterio para tomar la decisión de no proceder («[t]he exercise of discretion is potentially the most sensitive part of the decision-making process»)¹⁰¹.

¹⁰¹ STARMER, K.: *The rule of law and prosecutions: to prosecute or not to prosecute* [www.

Por esta razón, más allá de la consideración legal de si la decisión de proceder es o no susceptible de revisión jurisdiccional (lo cual podría ser técnicamente posible si se evidenciara que se ha obrado de forma contraria a las reglas establecidas)¹⁰², las implicaciones que ocasiona su decisión, cuando es negativa, tienen una enorme trascendencia para la credibilidad del sistema, incluso desde el punto de vista del coste político que supone para los responsable del CPS tener que asumir que no se ha tomado la decisión correcta; de ahí que la transparencia en este tipo de decisiones sea fundamental¹⁰³. Pero, este criterio ha ido cambiando a medida en que el *Code* ha ido dejando un menor margen de maniobra al *prosecutor*, sobre todo a raíz de los nuevos criterios en materia de protección de las víctimas, a quienes explícitamente se les reconoce el derecho a solicitar la revisión de no proceder, pero la actitud que tenga como resultado la inhibición o la renuncia en relación con la persecución del delito, al no tener el contrapeso real (aunque sí teórico) de la acción penal de los particulares, sigue generando algunas controversias entre los académicos y responsables de la agencia pública de la persecución penal¹⁰⁴. Por esa razón, en consonancia con las Directivas europeas, el responsable del CPS anunció ya en junio de 2013 la puesta en marcha de una iniciativa que facultará a las víctimas a someter a revisión la decisión de no proceder o de sobreseer, iniciativa que recibe el nombre de *Victims Right Review Scheme* (VRR) y que permitirá solicitar la reconsideración de la resolución adoptada.

Así pues, en la actualidad, el derecho inglés apunta hacia la existencia de dos tipos de salvaguardas, en un caso la ciudadanía y, en otro, el de los propios jueces («*[t]here are two further safeguards; the public and the courts*»)¹⁰⁵, esto es, el control ciudadano a través de los órganos

middletemple.org.uk]; en todo caso, aunque el propio Keir Starmer, tras hacerse eco de algunas opiniones que reclaman la incorporación del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en Inglaterra, finalmente descartó que el principio de oportunidad sirviera para que los delincuentes pudieran burlarse de la justicia y eludir la aplicación de la ley penal y consideró que es compatible con el Estado de Derecho: «[p]roperly exercised the discretion whether to prosecute or not delivers justice and is consistent with the Rule of Law».

¹⁰² HUNGERFORD-WELCH, P.: *Criminal Procedure and Sentencing*, 2009, p. 130.

¹⁰³ *Prosecution Policies* [«The Criminal Law Review», 2012 (9), p. 653].

¹⁰⁴ STARMER, K.: *Finality in Criminal Justice: When should the CPS reopen a case?* en «The Criminal Law Review», 2012 (6), p. 526.

¹⁰⁵ STARMER, K.: *The rule of law and prosecutions: to prosecute or not to prosecute* [www.middletemple.org.uk].

legítimamente constituidos que suelen responder y exigir responsabilidades frente a la inacción frente a la inactividad del CPS en el ejercicio de sus funciones y el control de los tribunales cuando la decisión del *prosecutor* sea arbitraria (*unreasonable*).

V. CONCLUSIÓN. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL MODELO DE INSTRUCCIÓN: ¿ES NUESTRO SISTEMA ACUSATORIO, TAN ACUSATORIO?

Atendiendo a los criterios tradicionales, al menos tal como han sido descritos por la doctrina¹⁰⁶, el sistema español puede que sea tan acusatorio como el inglés, por poner el ejemplo de un sistema al que se califica de esa manera y que simboliza y se toma como referente para caracterizar a un proceso propio de una sociedad democrática. Pero a tenor de cuanto llevamos expuesto, quizás haya motivos para ponerlo en duda.

El hecho de haber encomendado la instrucción a un juez, al que se le confía la función de investigar, poniendo en sus manos todos los medios e instrumentos que el aparato del Estado es capaz de poner al alcance de los jueces para el cumplimiento de esta función, no convierte al proceso español en inquisitivo ni creo que nadie lo pretendiera; quizás fuese únicamente el fruto de la desconfianza que, incluso a un liberal como Alonso Martínez, le debía suponer dejar la perseguibilidad de los delitos únicamente en manos de los ciudadanos, como seguramente le hubiera gustado de haberse guiado únicamente por sus preferencias, circunstancia cuya existencia no dejó de lamentar pues seguramente aspiraba, como un rasgo propio de una democracia tan avanzada como la inglesa, llegar a implantar un sistema donde llegara a resultar *inútil la institución del ministerio público para el descubrimiento y castigo del culpable*.

Pero razonablemente cabe afirmar que, a poco que se analicen las cosas, es verdad que algunos rasgos del procedimiento inquisitivo serían perfectamente identificables en el sistema procesal español, especialmente si tomamos en consideración el papel que desempeña el juez de instrucción en cuanto se refiere a su función de protección de los derechos del inculcado, una función que acaba convirtiéndose en algo colateral y, lo que es peor, esencialmente incompatible con el resto de los cometidos

¹⁰⁶ VÁZQUEZ SOTELO, J.L.: *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, en «Revista Jurídica de Catalunya», nº 2, 1984, p. 93.

que, como miembro del poder judicial, un juez tendría que tener atribuidos en el proceso penal¹⁰⁷.

La incorporación del acusatorio en nuestro país se ha ido produciendo de manera muy desigual y no siempre se ha ido implantando de manera uniforme en todo nuestro sistema procesal, lo que provoca desajustes y contradicciones¹⁰⁸. La distribución entre las diversas funciones de la justicia penal ha quedado enormemente desdibujada con motivo de las sucesivas reformas que se han ido acometiendo, hasta el punto de que en muchos aspectos existe un abismo entre las previsiones legales y lo que ocurre en la práctica *como consecuencia del dislocado y estridente desacomodo de las piezas que componen nuestro sistema procesal penal*¹⁰⁹.

A ello se une el que a medida que evoluciona la sociedad, se empieza a tener mucho más claro cuál debe ser la función de los jueces, especialmente en el proceso penal, y empieza resultando sumamente extraño que la atribución de la función de investigar sea encomendada a los tribunales, pues tal como ocurre en Inglaterra, forma parte de la conciencia colectiva la creencia (no infundada) de que los jueces se encuentran al servicio de los ciudadanos y no subordinados a los fines que a la policía o al poder ejecutivo les interesa conseguir¹¹⁰.

Y sin embargo, paradójicamente, los movimientos tendentes a ir confiriendo un mayor protagonismo a la policía judicial o al Ministerio fiscal en la actividad de investigación, como forma de acentuar el acusatorio, no han logrado desanimar a algunos autores en su afán por seguir defendiendo la viabilidad de la figura del juez de instrucción a quien se le erige en garante de una investigación neutral¹¹¹. Y no les falta razón,

¹⁰⁷ MORENO CATENA, V.: *El Ministerio Fiscal y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*, en «Constitución, derechos fundamentales y sistema penal» cit., p. 1424. En parecidos términos me referí hace años gráficamente a este fenómeno: DAMIÁN MORENO, J.: *El juez de instrucción en los procesos atribuidos al tribunal del jurado: un típico fenómeno de desdoblamiento de personalidad*, en «Jueces para la Democracia», nº 29, 1997, p. 34.

¹⁰⁸ GUERRERO PALOMARES, S.: *El principio acusatorio*, Pamplona, 2005, p. 22.

¹⁰⁹ LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.: *El modelo de investigación penal de la CE de 1978: los papeles asignados al juez, al fiscal y a la policía judicial*, en «Revista del Ministerio Fiscal», nº 5, 1988, p. 95.

¹¹⁰ BECEÑA, F.: *Magistratura y Justicia*, Madrid, 1928, p. 117.

¹¹¹ MARTÍN PALLÍN, J.A.: *¿Tiene futuro el juez de instrucción?*, en «Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid», Madrid, 2001, p. 149.

si de ello se extrajera la idea de que toda su contribución se orienta en una misma dirección. No; suponemos que no es por nostalgia, sino por convicción, una convicción de quien cree firmemente que merece la pena seguir apostando por su existencia y es lo que más le conviene a nuestro sistema democrático y de quien ha podido ver en el juez de instrucción la mejor garantía frente a los abusos del poder, elevando así la irrevocable suspicacia hacia el fiscal a la categoría de norma hasta el punto de inhabilitarle moralmente para el ejercicio ordinario de sus funciones constitucionales: ¡no, no es justo! Es verdad que los jueces de instrucción han prestado grandes servicios a la ciudadanía, pero no menos que los que han prestado otros funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

El proceso penal español en este sentido no goza de buena salud, al menos en esta etapa preliminar al juicio, que es precisamente donde debería existir una clara definición de principios y formas de actuación respetuosas con los derechos de los ciudadanos. La instrucción confiada a los jueces de instrucción se ha revelado claramente insuficiente y en algunos casos disfuncional, al menos para hacer frente a los requerimientos que demanda la sociedad actual, un problema que se ha visto agravado a medida en que se le ha ido dando más intervención a otros sujetos que comparten, junto al juez, la misma aspiración y el mismo ánimo persecutorio¹¹².

En ocasiones, los jueces de instrucción no han sabido asumir las limitaciones inherentes a la función que la ley les ha encomendado y, animados por un comprensible afán de exhaustividad y convirtiendo el principio de oficialidad en el de oficiosidad, muchas veces trasforman la instrucción en investigaciones generales («*fishing expeditions*») que convierten al sumario en una sucesión interminable de diligencias, de forma que, inadvertidamente, acaba siendo un estorbo burocrático que lo único que consigue es prolongar el sufrimiento de las víctimas y menoscabar las garantías procesales de quienes, como imputados, se ven obligados a comparecer ante los tribunales («*[p]rosecutors should not start or continue a prosecution which would be regarded by the courts as oppressive or unfair and an abuse of the court's process*»).

A mi modo de ver, *no está hecha la instrucción para la investigación sino la investigación para la instrucción*. La investigación debe preceder a la instrucción y no al revés. De ahí que desde hace tiempo la doctrina venga apostando insistentemente hacia un cambio de modelo que evite en parte

actuaciones inadecuadas desde este punto de vista¹¹². En este sentido la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2015, que va en esta dirección, debe valorarse de manera muy positiva. La legítima reacción del Estado frente al delito queda enturbiada por el mantenimiento de un proceso penal que, como acaba de denunciarse, que se sustancia muchas veces a un ritmo *desesperadamente lento*, relegando al ciudadano a la condición de sospechoso permanente sin tan siquiera tener, en un plazo razonable, la oportunidad de eliminar de forma definitiva la incertidumbre a la que la imputación le ha llevado. Por eso, al tiempo que se simplifican los procesos sencillos, la reforma incorpora una medida que ya la doctrina llevaba reclamando con insistencia y que consiste en el establecimiento de límites a la duración de la instrucción previa al juicio. Una instrucción sometida a plazo o notablemente simplificada comportará un efecto sumamente beneficioso tanto para la víctima del delito como para la sociedad misma, que podrá comprobar como la respuesta frente al delito es tan expeditiva y contundente como lo requiera la complejidad del caso¹¹³.

Y así es que de ahí la lucha frente delito no puede quedar enturbiada por un proceso penal desestructurado, donde la ligereza y la precipitación con la que en ocasiones se actúa ante la «notitia criminis» empañan gravemente la efectividad del sistema de garantías básicas que las sociedades modernas confieren a sus ciudadanos. Muchas veces ejercitando la acción penal sobre la base de meras suposiciones para

¹¹² GIMENO SENDRA, J.V.: *La reforma de la LECRIM y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal*, en «Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal» [Revista del Poder Judicial], XIX, Madrid, 2006, p. 79]. GÓMEZ COLOMER, J.L.: *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado*, en «La reforma del proceso penal (Estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann)», Castellón, 1997; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Investigación del Ministerio Fiscal y limitaciones de derechos fundamentales*, en «La prueba en el proceso penal», Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia (Colección cursos), Vol. 12, Madrid, 1993, p. 11. MARTÍN PASTOR, J.: *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, 2005, p. 355. En contra, GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *¿Fiscal instructor?: Pocas ventajas y un gran inconveniente*, en «Revista Jurídica de Castilla y León», cit., p. 169 y OLIVA SANTOS, A.: *Sobre el Ministerio Fiscal y la instrucción del proceso penal*, en «El derecho procesal español del siglo XX», cit., 2012, p. 975.

¹¹³ El establecimiento de plazos en la instrucción por la Ley 41/2015 ha sido objeto de críticas muy injustas, probablemente debido a que no se ha leído con detenimiento y desde luego no responden a la realidad; es más, la normativa tiene una textura tan abierta que, leyéndola con atención, casi uno llega a la conclusión de que a pesar de lo dispuesto en ella, el establecimiento de límites temporales a la instrucción judicial es *un puro espejismo*. En el fondo, lo que persigue la ley es lograr una instrucción mucho más ágil; no más rápida, incorporando una regla de actuación que exigirá del Ministerio Fiscal un mayor grado de diligencia del que hasta ahora ha tenido.

acallar a la opinión pública, se socava la confianza ciudadana en las instituciones. Hay que evitar que las sospechas se asemejen a la evanescente figura del *GATO DE CHESHIRE*, que aparece y desaparece y luego se desvanece ante los perplejos ojos de *ALICIA*, y luego vuelve aparecer simplemente para insinuar su presencia y a desvanecerse de nuevo a medida que convenga al interés de sus protagonistas. Una introspección colectiva y sincera y deliberadamente ajena de los prejuicios que a menudo condicionan este tipo de análisis, seguramente nos llevaría a reconocer que nuestro sistema debería ser más acusatorio de lo que es en la actualidad y que muchas veces la resistencia a cambiar responde a otras razones, entre las cuales no es la menos evidente el temor a perder la capacidad de influir de quienes no han dejado de tenerla desde hace tantos años.

No es bueno que el ejercicio de la acción penal, en la medida en que el derecho a acusar pueda seguir siendo concebido de esta manera, esté condicionado a una instrucción larga, costosa y tan inconcebiblemente contradictoria, como que pareciese que no tiene fin, en el que la denuncia conduce a la pesquisa, y basta para habilitar al juez a que investigue sin la dirección ni la participación de quien luego ha de acusar, salvo de forma tardía; donde el querellante, más que perseguir, pide que se persiga y, por lo tanto, más que querellante es denunciante, sin asumir las exigencias ni las responsabilidades inherentes a su condición de parte, sin comprometerse a nada, salvo para darse el gusto de serlo, incapaz siquiera de llevar al juez por el camino correcto, pues lo que busca no es ejercitar la acción penal sino la pesquisa misma, donde las partes a veces se dedican a dosificar la información en función de sus intereses y estrategias, convirtiendo al juez de instrucción en rehén del propio inculpado, pues la instrucción y lo que de ella resulta no es lo que se espera de ella, donde el fiscal no está casi nunca frente al juez sino a su lado, compartiendo funciones que no debería compartir, pues ambos juegan al mismo juego, con la policía a su servicio, para luego acabar preguntándole si debe o no investigar.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, se necesita un marco jurídico preciso dentro del cual desenvolverse y con una referencia normativa clara que delimite el ámbito y los presupuestos de su aplicación pero que permita al propio tiempo compaginar las exigencias de legalidad con las razones de política criminal o, en su caso, como se ha dicho, por razones de oportunidad¹¹⁴. En este aspecto, compartimos el análisis efectuado por

¹¹⁴ MORENO CATENA, V.: *El Ministerio Fiscal y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción*

la doctrina al poner de manifiesto de que, probablemente, cualquier decisión de política legislativa que se adoptase en relación con este tipo de soluciones habría de estar sólidamente respaldada por un sistema que no deje lugar a dudas sobre *las razones abstencionistas* que se han tenido en cuenta para adoptar la decisión de no proceder¹¹⁵. No es razonable sustentar la fiabilidad de un sistema en una confianza ciega en el poder judicial y una desconfianza absoluta hacia quien detenta el ejercicio soberano del *poder de acusar* porque al fin y al cabo no es la adamsmithiana *mano invisible* la que toma las decisiones, ni mucho menos el resultado de la arbitraria sumisión dibujada en la alegórica representación de la dependencia. Así pues, nada malo cabe esperar si quien tiene el poder de acusar acaba guiando su actuación por un imperativo (siguiendo el criterio kantiano) que individualmente considerado pudiera en cada caso llegar a convertirse o elevarse en cada supuesto concreto a la categoría de norma general aplicable a supuestos iguales.

Se trata en definitiva de desplazar el centro de gravedad del proceso penal hacia el juicio oral (cuando realmente haya razones para que éste tenga lugar) y, en todo caso, para reforzar la eficacia y vigencia de los derechos de los ciudadanos, haciendo del proceso un instrumento más justo y equitativo. La instrucción, tal como se encuentra actualmente configurada, predispone en no pocas ocasiones de tal manera la decisión del tribunal sentenciador, que cabría cuestionarse la función que desempeña el plenario si no es para confirmar muchas veces la tesis de la acusación: ¿Por qué entonces debemos seguir confiando en la hegemónica supremacía del juicio? ¿Acaso gana algo la sociedad con un sistema en el que nadie confía? Todo lo contrario: gana mucho, pues como seguramente se ocupará de exponer mi compañero Nicolás González-Cuellar en el trabajo que se incluye en este mismo número, es la única manera en que las sociedades libres tienen para garantizar en el enjuiciamiento de las conductas penales el derecho de defensa.

Así pues, el criterio de relevancia para calificar de acusatorio a un sistema a estos efectos no ha de ser el de decidir quién ostenta el protagonismo en esta fase primera del proceso, sino las condiciones en que ésta debería desarrollarse desde el punto de vista del ciudadano sobre el que se dirige el procedimiento ya que en definitiva, como ya he tenido ocasión de manifestar, el proceso penal no es sólo un instrumento para la persecución sino una garantía frente a ella, esto es, un instrumento dispuesto en beneficio del ciudadano y no en contra del él.

penal, cit., p. 1442.

¹¹⁵ MARCHENA GÓMEZ, M.: *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, cit., p. 141.

El derecho de defensa en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015

NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO

*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha
y Abogado*

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA SUSTITUCIÓN DEL TÉRMINO «IMPUTADO»
- III. EL NUEVO CONTENIDO DEL ART. 118 LECRIM
 - 1. La nueva redacción del artículo
 - 2. Contenido esencial y derechos instrumentales del derecho de defensa
 - 3. Derechos instrumentales
- IV. LOS DERECHOS DEL DETENIDO.
 - 1. La nueva redacción del art. 520 LECRIM
 - 2. La dignidad del detenido
 - 3. Derecho de información
 - 4. Derecho al conocimiento de los materiales del expediente
 - 5. El nuevo régimen de la asistencia letrada
 - 6. La detención en el mar
 - 7. La modificación del régimen de la incomunicación
- V. EL SECRETO DE LAS ACTUACIONES

I. INTRODUCCIÓN

La asociación de la posibilidad de defensa a un reproche anticipado de culpabilidad derivado de la sospecha es un vínculo representacional que hunde sus raíces en mundo judeocristiano en la tradición bíblica, en el Génesis. Dios brinda a los infractores la posibilidad de explicarse, pese a conocer la transgresión, con la finalidad de la obtención del arrepentimiento (primero a Adán y a Eva, luego a Caín). Así, el titular del *ius puniendi* concede el derecho de defensa al culpable, convierte la sospecha en reproche y solo espera del sujeto la petición de perdón. Sometido al poder soberano, el infractor recibe una señal –la marca de Caín– que expresa su culpa y su castigo e impide una incontrolada reacción social frente al delito –la muerte a manos de cualquiera temida por Caín y prohibida por Dios–. Lo malo no es que el condenado quede señalado, lo que en realidad es consustancial a la función simbólica del Derecho Penal y permite a la pena satisfacer su finalidad de proteger al mismo delincuente de una respuesta violenta de la víctima o el público, el problema se encuentra en la colocación del estigma con la aparición de la sospecha, de la que surge el derecho de defensa, porque se parte de la culpabilidad de quien se defiende. Al lector interesado en profundizar en el tema le remitimos al trabajo *El derecho de defensa y la marca de Caín*, publicado como capítulo primero del libro «Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del Derecho y la Justicia Penal» (Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015).

Tradicionalmente la defensa ha sido obstaculizada en el desarrollo de su potencialidad por las trabas colocadas por una *lógica inquisitorial* obsesionada por la eficacia de la persecución penal que impregna las representaciones sociales sobre las instituciones procesales y en muchas ocasiones motiva la práctica policial y forense. Lamentablemente, la imposición de dicha *lógica inquisitorial*, lejos de remitir con el paso del tiempo, se ha ido haciendo más intensa en los últimos años, en los que, al socaire de la lucha contra la criminalidad terrorista, organizada y la corrupción, la defensa ha sido percibida en demasiadas ocasiones como un inconveniente, una concesión formal necesaria para la liturgia que envuelve el proceso, pero molesta y perturbadora, tanto como lo sería encender una vela al demonio para adorar a la divinidad durante el culto. Así, al igual que el abogado que actuaba en defensa del sospechoso de herejía sólo era tolerado por el Santo Oficio de la Inquisición si adoptaba una posición *colaboracionista* con la acusación o, al menos, meramente *ceremonial*, en demasiadas ocasiones en las comisarías y también en algunos Juzgados de Instrucción ha esperado del abogado que no adopte

medidas efectivas impeditivas de la confirmación de la imputación (si es posible mediante la confesión). Era, ciertamente, un preocupante fenómeno, susceptible de socavar los cimientos del sistema constitucional, dado que el derecho de defensa, en el que se plasma el principio de contradicción, no sólo es un elemento ontológico y estructural del proceso, sino también una *instancia de legitimación* del poder estatal en la impartición de la justicia. Para dotar de plena efectividad al derecho, más allá de su mero reconocimiento formal, resulta necesario asegurar tres condiciones imprescindibles para su vigor material: la comprensión por los sospechosos y acusados del contenido de las actuaciones procesales, un pleno conocimiento de la atribución delictiva y una asistencia letrada integral, lo que se consigue con la implantación en nuestro Derecho de las medidas previstas por tres Directivas europeas de gran transcendencia en la materia, la *Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales* (que había de ser transpuesta antes del 27 de octubre de 2013), la *Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho de información en los procesos penales* (cuyo plazo de transposición finalizó el 2 de junio de 2014) y la *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, sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con un tercero y con autoridades consulares* (con posibilidad de transposición hasta el 27 de noviembre de 2016).

Pese a que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal supuso un adelanto para su época en el reconocimiento del derecho de defensa en la fase de instrucción, cuyo ejercicio se permitía tras el auto de procesamiento, y aunque, posteriormente, con la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, el derecho se expandió al atribuirse al sujeto pasivo desde el momento de la imputación, existían, fundamentalmente, dos graves obstáculos que menoscaban gravemente la posición del sospechoso: el detenido por la policía no era informado de los elementos de cargo en su contra y además se le impedía entrevistarse reservadamente con su abogado. De ello resultaba su desconocimiento sobre la consistencia de la atribución delictiva, su desorientación sobre las explicaciones de descargo que podrían ser de utilidad, la ignorancia sobre el alcance de sus derechos y la incertidumbre sobre las consecuencias de su actuación en el interrogatorio. Un ejemplo bastará para comprender el problema: aun teniendo la policía la obligación de informar al detenido sobre su derecho

a no declarar, si en el interrogatorio se exhibía un efecto del delito hallado en el domicilio como consecuencia de un registro domiciliario autorizado por una auto judicial sin motivación ¿podía esperarse que la policía le informara sobre las consecuencias de la doctrina de la *prueba prohibida*? Obviamente no y aunque el reconocimiento del hecho ante la policía careciera y carezca de efectos probatorios, su efecto en absoluto es irrelevante.

La necesidad de la transposición de las Directivas europeas antes mencionadas ha provocado sendas modificaciones legales operadas por la L.O. 5/2015 y la L.O 13/2015 que fortalecen robustamente el derecho de defensa, en puntos cruciales, entre los que se encuentran los dos graves problemas de la defensa del detenido antes indicados. En las próximas páginas se abordará el análisis de las diversas reformas realizadas por los instrumentos normativos mencionados, comenzando por el cambio de denominación del sujeto pasivo del proceso penal en la fase de instrucción, mediante la utilización de los términos *investigado* o *encausado* en lugar de *imputado*.

II. LA SUSTITUCIÓN DEL TÉRMINO «IMPUTADO»

Como se ha anticipado, en nuestra cultura se vincula la idea de sospecha y culpa, de defensa y reproche, lo que explica la connotación negativa que el término «imputado» ha adquirido en el lenguaje cotidiano y en la comunicación mediática. En tal contexto se ha debatido la mucho sobre la conveniencia y la utilidad de una modificación legal que permita la designación del sujeto pasivo del proceso con un vocablo de mayor neutralidad valorativa, con el fin de evitar que la *marca de Caín* que, indefectiblemente, toda sanción penal supone no recaiga sobre el sospechoso, a quien, por atribuírsele indiciariamente el hecho punible, se le concede el derecho de defensa y se debe considerar inocente hasta que se pruebe lo contrario, más allá de una duda razonable. Se trata, en definitiva, de impedir que la llamada al proceso para ejercer la defensa no equivalga a *condena social* y así excluir la perniciosa función *intimidatoria* y *estigmadora* del proceso que LUIGI FERRAJOLI considera *una moderna estrategia del control penal* que ha sustituido a su finalidad garantista.

El tremendo impacto de las noticias sobre las actuaciones policiales y judiciales contra los sospechosos publicadas por los medios de comunicación o difundidas en la red es innegable. La imagen del detenido, esposado y agarrado de la nuca para ser introducido en un vehículo policial, se convierte en el símbolo más potente de su exclusión del grupo,

de su imposibilidad de acción como ciudadano que constituye el transfondo de la sanción penal, imbuida de las resonancias del *anatema* de los hebreos y la *excomuni3n* en el cristianismo. La noticia de la imputaci3n expresa un reproche anticipado, materialmente sancionatorio, sin posibilidad de defensa y de mayor poder aflictivo, en muchos casos, que la pena que pueda ser impuesta en sentencia.

La L.O. 13/2015 y la Ley 41/2015 utilizan, en los art3culos que son objeto de modificaci3n, los t3rminos *investigado* o *encausado*, en lugar de *imputado* y el art. 20 de la L.O. 13/2015, con el t3tulo «*sustituci3n de t3rminos*» introduce el cambio de denominaci3n en el articulado de la LECRIM, aunque no de forma exhaustiva.

Con anterioridad, ya la L.O. 7/1988, de 27 de diciembre, reguladora del proceso penal abreviado, prescindi3 del auto de procesamiento como resoluci3n de inculpaci3n formal, por considerar que la resoluci3n, pensada como instrumento de garant3a para el justiciable, se hab3a convertido en un signo estigmatizador y se bas3 en la *imputaci3n* –la atribuci3n delictiva– como acto determinante de la adquisici3n del *status* de parte pasivamente legitimada y del nacimiento del derecho de defensa. Pero pronto la *imputaci3n* se ti3o de la connotaci3n negativa propia de la confusi3n entre sospecha y culpa propia de nuestra cultura.

Por ello, en la Propuesta de CPP de 2013 se emple3 la expresi3n *encausado*, a propuesta de L. RODR3GUEZ RAMOS, vocal de la Comisi3n de redacci3n. M3s tarde, durante los trabajos preparatorios de la reforma de 2015, en la fase de Anteproyecto se propuso la utilizaci3n del t3rmino *sujeto pasivo* para designar a la parte pasivamente legitimada en el proceso penal, al entenderse que, dogm3ticamente, era la expresi3n m3s adecuada por comprender las distintas realidades subjetivas a las que puede exig3rseles responsabilidad penal y a las que –en consecuencia– asiste el derecho de defensa (persona f3sica, jur3dica, ente sin personalidad, patrimonio separado, grupo) y abarcar adem3s las distintas fases del proceso penal, incluida la ejecuci3n de la sentencia, lo que permite una sencilla sustituci3n de t3rminos en el articulado de la ley procesal. Pero, finalmente, se prefiri3, previa consulta a la Comisi3n para la Claridad del Lenguaje Jur3dico, la utilizaci3n de dos palabras distintas –*investigado* y *encausado*– para significar la diversa situaci3n en la que se encuentran quienes son llamados a defenderse sin existir una resoluci3n judicial de atribuci3n delictiva indiciaria, por un lado, y quienes son incluidos en una resoluci3n con dicho contenido por la existencia de sospechas fundadas frente a ellos, por otro.

Al respecto la Exposición de Motivos explica que se ha intentado adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y eliminar la expresión *imputado* por su utilización, sin rigor conceptual, en las dos situaciones antes referidas. En definitiva, el sujeto pasivo del proceso se denomina *investigado* si no se ha dictado contra el mismo una resolución judicial en la que se le atribuya indiciariamente el delito y *encausado* tras el dictado de dicha resolución. En el sumario el encausado se denomina también *procesado*, tras el auto de procesamiento, y, en todos los procesos, *acusado*, después de la calificación provisional de la acusación en su contra.

La reforma terminológica efectuada ha de ser valorada muy positivamente. La ley denominaba *imputado* a la persona a la que le atribuía en denuncia o querrela un hecho punible que presentara caracteres de delito y que simplemente resultara *verosímil*, sin necesidad de que existiera una atribución judicial del delito basada en *indicios racionales*. Sólo por ello *imputación* resultaba un sustantivo confuso, carente de rigor conceptual, como la Exposición de Motivos acertadamente señala. Porque asimilaba el caso de quien *puede* haber cometido el delito y el de la persona que *parece* que lo ha hecho. Pero –como también afirma la Exposición de Motivos– no ha sido ésta la única razón para la sustitución de las palabras. Quien *parece* que ha cometido el delito no está *probado* que sea culpable y tiene el derecho a ser considerado inocente y a no ser marcado como si lo fuera por tener que sufrir la carga afflictiva del término que le designa. Aunque autorizadas voces se han mostrado escépticas ante la reforma y han manifestado que, con el tiempo, los nuevos términos utilizados para denominar al sujeto pasivo del proceso, el llamado a defenderse, *investigado* y *encausado*, adquirirán la misma connotación significativa estigmatizadora que los vocablos que sustituyen, es claro que su contenido semántico presenta mucha mayor neutralidad y resulta perfectamente legítimo que la ley introduzca en la justicia penal, no sólo disposiciones de carácter técnico procesal, sino también mensajes simbólicos tendentes a transformar una cultura jurídica incoherente con unas garantías constitucionales básicas –los derechos fundamentales a la defensa y a la presunción de inocencia–, causante de daños reales y graves a las personas. El tiempo dirá si los nuevos términos se cargan de una connotación negativa, pero mientras fluye la ley no debe quedar prostrada ante la resistencia al cambio, rendida al pesimismo.

III. EL NUEVO CONTENIDO DEL ART. 118 LECRIM

1. La nueva redacción del artículo

El art. 118 LECRIM ha sido objeto de dos modificaciones sucesivas de su contenido destinadas a transponer las Directivas europeas 2010/64/UE, 2012/13/UE y 2013/48/UE, la operada por la L.O. 5/2015 y la realizada por la L.o, 13/2015. El nuevo texto presenta las siguientes novedades:

- a. la enunciación de los derechos instrumentales del derecho de defensa;
- b. la regulación más detallada del derecho al conocimiento de la imputación;
- c. el reconocimiento del derecho del detenido a la entrevista previa con su letrado; y
- d. la regulación de la intervención de las comunicaciones entre el investigado con su abogado.

2. Contenido esencial y derechos instrumentales del derecho de defensa

2.1. Contenido esencial del derecho de defensa

El nacimiento del derecho de defensa se regula en los apartados primeros y quinto del art. 118, en virtud de los cuales se produce con la atribución del hecho punible, que puede resultar de la admisión de una denuncia o querrela, la práctica de la detención o la adopción de cualquier medida cautelar, la llamada al proceso como investigado o encausado o el procesamiento. Su ámbito se establece en el apartado segundo del mismo precepto, según el cual el derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas por la ley, desde la atribución del hecho punible hasta la extinción de la pena. Su contenido esencial se define en el apartado primero, que permite al sujeto pasivo la *intervención en las actuaciones*, con ciertos derechos instrumentales de los que debe

ser informado lo más pronto posible y que tienen como fin permitir su ejercicio efectivo.

3. Derechos instrumentales

3.1. Derecho al conocimiento de la infracción penal atribuida

El primero de los presupuestos para que el derecho de defensa pueda ser ejercitado es el conocimiento de la imputación. La letra a) del apartado primero del art. 118 establece el derecho a ser informado de los hechos imputados, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación. Conforme a la Directiva 2012/13/UE la información recae sobre la infracción penal que se sospecha cometida. Ello implica la necesidad de comunicar al sujeto no sólo los hechos, sino su calificación jurídica provisional (como expresamente preveía la propuesta de CPP de 2013 en su art 8.1). El derecho al conocimiento de la imputación comprende, así, una descripción de los hechos y la mención del tipo penal al que corresponden, según pueda determinarse en la fase en la que el proceso se encuentre.

3.2 Derecho al conocimiento de las actuaciones

Conocidos los hechos y su posible calificación legal, el ejercicio de derecho de defensa presupone también el conocimiento de las actuaciones, pues difícilmente puede refutarse la tesis que se ignora o cuyo fundamento queda oculto. Por ello el art. 118.1 b) LECRIM recoge el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y con anterioridad a la toma de declaración.

3.3. Derecho a la *actuación* en el proceso penal

La letra c) del art. 118.1 enuncia el derecho a actuar en el proceso penal para ejercer el derecho de defensa conforme a la ley. Con mayor precisión técnica el art. 7 de la Propuesta de CPP de 2013, en su apartado 1, establecía que el derecho de defensa del encausado se ejerce sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley y en su apartado segundo precisaba que faculta al encausado a conocer las actuaciones, formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico, presentar o proponer diligencias de investigación y pruebas, intervenir en su práctica y en los

demás actos procesales en los que la Ley no excluya su presencia e impugnar las resoluciones desfavorables.

3.4. Derecho a la asistencia letrada

a. Carácter necesario de la asistencia letrada

En nuestro Derecho el derecho de defensa mediante asistencia técnica de abogado se reconoce con carácter necesario porque, como regla general, su disfrute se impone obligatoriamente, mediante un letrado de confianza designado por el investigado o encausado o, en su defecto, con el nombramiento de un abogado de oficio (art. 118.3 LECRIM). La excepción la constituye el proceso por delitos leves en los que la pena que pueda ser impuesta sea de multa de menos de seis meses (art. 967.1 LECRIM).

b. Derecho a la libre designación de un abogado de confianza

El derecho a la asistencia letrada comprende el derecho a designar un abogado de confianza seleccionado libremente entre los profesionales con aptitud legal para ejercer como letrados. Solo en caso de no designarse un letrado de confianza se nombra por el Estado un abogado de oficio, excepto en situación de incomunicación, en la que puede privarse al detenido del derecho a la selección de su abogado, como posteriormente examinaremos (art 118. 1 c, 118. 4 y 527 1 a LECRIM).

c. La comunicación con el abogado

La comunicación del investigado o encausado con su letrado se encuentra protegida por el secreto profesional, consistente en la garantía de confidencialidad que se proyecta sobre las informaciones reservadas comunicadas a un letrado u obtenidas por el mismo en el ejercicio de su actividad profesional. Su fundamento se encuentra en el derecho de defensa y de sus derechos instrumentales a no declarar contra sí mismo y a la asistencia letrada, así como en el derecho a la intimidad y a mantener ámbitos reservados de información.

La Directiva 2013/48, en su art. 4, reconoce el derecho a la confidencialidad entre las comunicaciones de los detenidos y presos y sus abogados. El apartado 4 del art. 118 transpone en el derecho interno la previsión europea.

La reforma es, desde luego, positiva: protege el secreto profesional del abogado y precisa los supuestos de restricción a través de la interceptación de las comunicaciones, reducidos a la investigación de una actuación delictiva del propio abogado, coincidente con la investigada en la causa o distinta (pero con la entidad suficiente para la autorización de la injerencia en el secreto de las comunicaciones, en aplicación de las reglas generales que disciplinan la medida). En el supuesto de que la intervención se efectúe de forma casual, como consecuencia de una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones que no se dirija específicamente a las mantenidas con el letrado, la grabación debe ser eliminada o la correspondencia entregada a su destinatario sin guardar copia, pero dejando constancia en las actuaciones de la eliminación o entrega.

Un caso especial y que merece un tratamiento aparte es la intervención de las comunicaciones del sospechoso interno en un establecimiento penitenciario y que se regula en el art. 51.2 de la Ley General Penitenciaria, al que el apartado 4 del art. 118 LECRIM se remite.

La jurisprudencia europea califica la intervención de la comunicación del prisionero de excepcional y requiere que existan indicios de su naturaleza criminal (STEDH de 25 de marzo de 1992, caso *Campbell vs. Reino Unido*; véase también SSTEDH de 28 de junio de 1984, caso *Campbell y Fell*, 20 de junio de 1988, caso *Schonenberg y Durmaz contra Suiza*, 28 de noviembre de 1991, caso *Kopp contra Suiza*, de 28 de noviembre de 1991, caso *S. contra Suiza*, 11 de junio de 2009, caso *Petrov y otros contra Bulgaria*, 22 de abril de 2010, caso *Radkov contra Bulgaria*). Así pues, la remisión al art. 51.2 LGP efectuada por el art. 118.4 LECRIM no puede ser entendida como una ampliación del poder de intromisión estatal en la confidencialidad de la comunicación del detenido o preso con su abogado en casos de terrorismo, sino, justo al contrario, como una restricción de la regla general de la posibilidad de intervención judicial de comunicaciones con el letrado cuando existan sospechas de la comisión de delito por su parte que la limita a los casos de terrorismo, derivada de la situación de privación de libertad y sujeción especial al centro en la que se encuentra el interno.

Precisamente el alcance indiscriminado con el que un Magistrado-Juez titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional española intervino las comunicaciones de ciertos imputados que se encontraban en prisión preventiva por delitos de corrupción condujeron a su condena por el Tribunal Supremo por un delito de prevaricación en la sentencia 79/2019, de 19 de febrero.

Por su parte, el art. 520.7 LECRIM también se refiere a la reserva de la comunicación mantenida entre el detenido y su abogado y dispone que la confidencialidad se reconoce en los mismos términos y condiciones previstas en el apartado 4 del art. 118. Ello implica que la intervención sólo podrá ser autorizada por el juez en caso de existencia de indicios de la comisión de delito por el letrado, aunque cuando se trate de detenidos en establecimientos penitenciarios sus comunicaciones sólo podrán ser suspendidas si, además de la concurrencia de indicios de la comisión de delito por el letrado, se trata de un supuesto de terrorismo, como con

d. *La entrevista previa*

El derecho a la asistencia letrada comprende el derecho a la entrevista reservada entre el investigado o acusado y su letrado, antes de cualquier declaración ante la policía, el fiscal o la autoridad judicial, con excepción de que se disponga lo contrario en situación de incomunicación (art. 118.2.2º LECRIM).

El art. 775.2 LECRIM, redactado por la L.O. 5/2015, referido a la comparecencia del investigado en las Diligencias Previas establece que *tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del artículo 527.*

a) *Asistencia en declaraciones, diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos*

La asistencia letrada también supone el derecho a contar con la presencia e intervención del abogado en declaraciones, reconocimientos y reconstrucciones de hechos. Aunque el art. 118.2.2º LECRIM se refiere sólo a la presencia del letrado, de nada serviría si no implica el derecho a realizar preguntas a las personas que declaren o formular observaciones sobre el estado de las cosas en las reconstrucciones, así como hacer constar circunstancias relevantes sobre la realización de las diligencias.

3.5. Derecho al silencio

Las letras g) y h) reconocen el derecho a guardar silencio, a no prestar declaración, a no contestar alguna pregunta, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En coherencia con el derecho fundamental del art. 24.2 así recogido, la Ley 41/2015 ha dejado sin contenido el art.

387 LECRIM, que preveía que el procesado fuera exhortado a decir verdad antes del inicio de la declaración indagatoria.

3.6. Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita

El investigado y el encausado tienen derecho a la solicitud del derecho a la justicia gratuita, cuando corresponda y han de ser informados de las condiciones para obtenerla y el procedimiento a seguir (art. 118.1 e).

3.7. Derecho a interpretación y a la traducción

El derecho a la interpretación y a la traducción se rige por lo dispuesto en los arts. 123 a 127 (art. 118 1 f LECRIM). Dichos preceptos han sido redactados por el artículo segundo de la L.O. 5/2015 para la transposición de la Directiva 2010/64/UE.

El artículo primero de la L.O. 5/2015 modifica la rúbrica del Título V del Libro Primero de la LECRIM, que queda redactada del siguiente modo: *Del derecho de defensa, a la asistencia jurídica gratuita y a la traducción e interpretación en los juicios criminales*. Seguidamente se introduce en dicho Título un nuevo Capítulo I, en el que quedan incluidos los arts. 118 a 122, con la rúbrica *Del derecho de defensa y a la asistencia jurídica gratuita*. Se añade a continuación un Capítulo II, denominado *Del derecho a la traducción e interpretación*.

El art. 123.1 reconoce a la persona a la que se le atribuye el hecho punible, investigado, encausado o acusado, el derecho a la interpretación y traducción gratuita al asumir los gastos la Administración independientemente del resultado del proceso. Tal derecho se descompone en los siguientes:

- a. derecho a ser asistido por un intérprete que utilice una lengua que comprenda durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluido el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales;
- b. derecho a servirse de intérprete en las conversaciones con su abogado en la que preste asistencia letrada;
- c. derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral;

d. derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para el ejercicio del derecho de defensas, incluidos en todo caso las resoluciones que acuerden la prisión, el escrito de acusación y la sentencia y el derecho a la presentación de una solicitud motivada para que se considere esencial un documento.

Se admite la renuncia a los derechos de interpretación y traducción que se efectúe de forma expresa y libre, previa recepción de asesoramiento jurídico suficiente y accesible que permita al sujeto pasivo conocer las consecuencias de su renuncia. No obstante, los derechos a la interpretación de las actuaciones en que se encuentre presente el investigado, encausado o acusado, incluido el juicio oral, no son renunciables (art. 126).

3.8 Derecho a ser instruido de sus derechos

La instrucción de derechos al investigado o encausado debe efectuarse sin demora injustificada (art. 118.1.1º), en lenguaje comprensible y accesible, con adopción de la información a las circunstancias del destinatario de edad, madurez o modificación de la capacidad de comprensión del alcance de la información (art. 118.1. *in fine* LECRIM).

IV. LOS DERECHOS DEL DETENIDO

1. La nueva redacción del art. 520 LECRIM

La regulación de los derechos del detenido en el art. 520 LECRIM es objeto de una extensa y profunda modificación, que se presenta acompañada de la reforma del régimen de la incomunicación establecido en los arts. 509 y 527 del mismo texto legal, así como de la inclusión de un art. 520 ter, dedicado a la detención en los la ley llama *espacios marinos*.

2. La dignidad del detenido

Mediante una enmienda introducida en el Congreso de los Diputados, el legislador ha querido recordar la necesidad de respeto por los derechos fundamentales del detenido al honor, a la intimidad y a la propia imagen, actualizando así la disposición que, en su redacción originaria, obligaba a la práctica de la medida de la forma menos intrusiva posible, con el menor perjuicio a la persona, reputación y patrimonio del detenido. Se intenta

combatir así, legalmente, la conversión de la detención policial en un espectáculo mediático que cada vez afecta en mayor medida a los derechos individuales debido al desarrollo de la sociedad de la información en red, con la permanencia de los datos en los servidores a disposición del público para su consulta mediante sencillos accesos a través de potentes buscadores. Ahora bien, la norma –retocada mediante la aprobación de otra enmienda presentada en el Senado- también recuerda la exigencia de respeto del derecho de información, que puede entrar en colisión con los derechos del detenido.

3. Derecho de información

El detenido tiene derecho a ser informado, de forma sencilla y accesible, en una lengua que comprenda y de inmediato, por escrito, de los hechos que se le atribuyen, las razones de su detención y los derechos que la ley le otorga, especialmente los enunciados en el art. 520.2. La información se debe proporcionar de forma comprensible y accesible para el destinatario, lo que implica su adaptación a sus circunstancias personales de todo tipo. Además, debe proporcionársele información sobre el plazo máximo legal de detención hasta la puesta a disposición judicial y el procedimiento mediante el cual puede impugnar la legalidad de la detención, lo cual supone que le debe ser comunicada la posibilidad de presentación de una solicitud de *habeas corpus* y la forma de hacerlo. La información de derechos por escrito podrá ser conservada por el detenido durante todo el tiempo de duración de la medida. Si no se encuentra disponible una declaración de derechos en la lengua que comprenda el detenido, se le debe informar lo antes posible por medio de un intérprete y asimismo entregársele la correspondiente declaración de derechos traducida a una lengua que entienda.

4. El derecho al conocimiento de los materiales del expediente

Con base en el carácter general de la regulación del derecho de defensa que el art. 118 contiene podría defenderse el reconocimiento del derecho del detenido al conocimiento del atestado policial en su integridad, con la posibilidad de la limitación del derecho en caso de incomunicación. Pero la redacción del art. 520.2 d) otorga base a una interpretación más restrictiva del alcance del derecho del detenido en comisaría al conocimiento de las actuaciones, dado que en el listado efectuado en dicho apartado se incluye el *derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la*

detención o privación de libertad. Parecería que tal interpretación restrictiva es la correcta, en atención a los antecedentes de la norma, aunque la cuestión queda abierta a la discusión.

El punto de partida de la modificación legal está constituido por el art. 7 de la Directiva 2012/13, titulado «*derecho de acceso a los materiales del expediente*», el cual, en su apartado primero, consagra el derecho del detenido o privado de libertad en cualquier fase del proceso a que le sea entregado directamente 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.* El Considerando 30 de la Directiva aclara que la disposición incluye las fotografías y las grabaciones de sonido o video y que el derecho debe satisfacerse *a más tardar antes del momento en que una autoridad judicial competente deba decidir sobre la legalidad de la detención o privación de libertad de conformidad con el artículo 5, apartado 4, del CEDH, y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo del derecho a impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.* La norma recoge la jurisprudencia del TEDH relativa al art.5.4 CEDH, relativo al derecho del detenido a la impugnación de su privación de libertad (SSTEDH de 13 de diciembre de 2007, *caso Mooren*, de 9 de marzo de 2006, *caso Svipsta*, de 13 de febrero de 2001, *caso Lietzow*, de 13 de febrero de 2001, *caso Schöps*, y de 13 de febrero de 2001, *caso García Alva*).

La previsión de la Directiva se incorpora en nuestro ordenamiento mediante la disposición que se incluye en el art. 520.2 d) LECRIM., en virtud de la cual el detenido o preso debe ser informado de su *derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.* Pero la identificación de las actuaciones que sean *esenciales* para la impugnación de la legalidad de la medida no es tarea sencilla. Realmente la indeterminación del concepto utilizado es grande y planteará problemas aplicativos. En la redacción del Anteproyecto se había optado por extender el derecho de información del detenido al atestado policial en su totalidad, sin perjuicio de la posible limitación del mismo en caso de incomunicación o declaración de secreto, situaciones en las cuales podría excluirse la dación de conocimiento de la totalidad del atestado, salvo los elementos fundamentales para impugnar la detención o prisión que conforme a la jurisprudencia del TEDH y la directiva pertenecen al núcleo irreductible del derecho de defensa. El CGPJ, en su informe al Anteproyecto, puso de manifiesto que la disposición iba más allá de la exigencia contenida en la

Directiva, pero la consideraba acertada, por su más sencilla aplicabilidad. Finalmente, sin embargo, el Proyecto de Ley quedó redactado, en el punto al que nos referimos, como finalmente la norma ha quedado aprobada, coincidente, en lo concerniente al acceso del detenido a los materiales del expediente, con el contenido otorgado al art. 520.2 d) por la L.O. 5/2015. La Exposición de Motivos de dicha Ley diferencia entre el derecho al acceso al expediente de sospechosos, regulado en el art. 118, y de detenidos, al que se dedica el art. 520.2 d), *cuyo alcance se limita, por exigencia de la normativa europea –según el preámbulo-, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Se trata de proporcionar –añade-, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad.*

Pero la Directiva europea no exige limitar el alcance del derecho. Simplemente establece una garantía mínima que el Estado puede extender. Con el derecho expresamente previsto en el art. 520. 2 d) LECRIM no cabe duda de que el derecho de defensa se fortalece sustancialmente. Pero en el terreno hermenéutico aún cabría dar un paso más y considerar concedido también al detenido por la policía el derecho al conocimiento del atestado. Tal interpretación se basaría en el carácter incompleto del derecho del listado de derechos que el art. 520.2 efectúa y en el carácter general de la regulación del contenido del derecho de defensa en el art. 118. El listado del art. 520.2 tiene como fin regular el contenido de la información de derechos que debe brindarse al detenido, *los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes* (que la lista expresa). Resultaría así que los derechos incluidos en la lista no son todos los que se reconocen al detenido y entre los que no se habría incluido en el catálogo se encontraría el derecho al conocimiento de las actuaciones, que el art. 118 proclama. Dicho precepto establecería el contenido del derecho desde la atribución del hecho punible que pueda efectuarse en sede policial, como demostraría, no sólo que en el apartado primero se vincule el nacimiento del derecho con la detención, sino que en el párrafo segundo del apartado segundo se haga referencia al derecho a la entrevista con el letrado previa a la declaración ante la policía. En apoyo de la interpretación propuesta podría invocarse también la redacción del art. 527 1 d) que, para el supuesto excepcional de la incomunicación, prevé, como medida que puede ser acordada, la privación del derecho del detenido a acceder por sí mismo o por medio de su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos necesarios para poder impugnar la

legalidad de la detención, sin distinción entre detención por orden policial o iniciativa policial.

5. El nuevo regimen de la asistencia letrada

5.1. La designación de letrado

El art. 520.2 LECRIM reitera el derecho del detenido a ser asistido por un abogado de confianza y, en su defecto por uno de oficio, sin perjuicio de la excepción establecida para el régimen de la incomunicación en el art. 527 del mismo texto legal. Asimismo se reconoce el derecho en el apartado cuarto del mismo precepto, a tenor del cual «*el detenido designará abogado y si no lo hace será asistido por un abogado de oficio*». Añade la disposición que ninguna autoridad o agente debe recomendar al detenido un abogado.

No obstante, como permite la Directiva 2013/48/UE en su art. 9.1, se mantiene la posibilidad de renuncia a la preceptiva asistencia letrada, cuando se trata de hechos constitutivos de delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se haya brindado la información sobre el derecho y las consecuencias de la renuncia. La renuncia es revocable en cualquier momento (art. 520 8 LECRIM).

5.2. La llamada y presentación del letrado

La reforma agiliza el sistema de llamamiento y presentación del letrado en comisaría. Conforme al apartado 4º del art. 520, la autoridad que custodie al detenido debe comunicar inmediatamente al Colegio de Abogados la designación realizada, con el fin de que sea localizado e informado del encargo profesional o solicitar el nombramiento de abogado de oficio. Si el abogado de confianza seleccionado por el detenido no es hallado o rehúsa el encargo o se ha pedido la designación de abogado de oficio, el Colegio debe efectuarla inmediatamente. El plazo máximo para la presentación del abogado en el centro de detención es de tres horas desde la recepción del encargo, si bien se le exige la máxima premura. Pasado el plazo sin que el abogado comparezca, el Colegio debe designar abogado de oficio, que dispondrá también de un plazo máximo de tres horas para presentarse en el mismo centro, con idéntica obligación de comparecer a la mayor brevedad.

En los supuestos, excepcionales, en los que la lejanía geográfica impida la inmediata asistencia de letrado, se debe asegurar al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con el letrado, salvo que la comunicación sea imposible (art. 520.2 c) LECRIM). Ahora bien, siendo imposible la comunicación, el detenido no podrá ser interrogado, dado que la ley no contempla excepción alguna al derecho del detenido a entrevistarse reservadamente con su abogado con carácter previo a la toma de declaración.

5.3. Contenido de la asistencia letrada

a. Funciones del letrado

El apartado sexto del art. 520 recoge, con detalle, las funciones del letrado que presta asistencia al detenido, en transposición del art. 3.3 de la Directiva 2013/48/UE:

- a. solicitar que se informe al detenido de sus derechos;
- b. pedir si lo considera adecuado que se proceda al reconocimiento médico;
- c. intervenir en las diligencias de declaración, reconocimiento y reconstrucción de hechos en los que intervenga el detenido;
- d. solicitar la declaración o ampliación de los extremos de la misma que considere convenientes;
- e. instar la consignación en el acta de cualquier incidencia;
- f. informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación del consentimiento a la práctica de diligencias;
- g. entrevistarse reservadamente con el detenido.

b. El asesoramiento sobre la toma de muestras de saliva

El Anteproyecto de Ley preveía la solicitud de muestras de saliva para la obtención de identificadores derivados de ADN sin el asesoramiento letrado del detenido sobre las consecuencias de la medida, destinada a nutrir la base de datos regulada por la L.O. 10/2007, de 8 de octubre. Pero, después de las críticas realizadas a la restricción del derecho de defensa que la propuesta suponía, el Ministerio de Justicia cambió de

criterio y optó por no establecer la excepción de la necesidad del asesoramiento a la diligencia en cuestión y asegurar su práctica privando al detenido de derecho a oponerse a su realización, atribuyendo carácter coactivo a la medida de intervención corporal consistente en un frotis bucal.

La injerencia, que supone la introducción de un objeto en la boca, satisface los requisitos de legalidad, judicialidad y proporcionalidad y se corresponde con la posibilidad de utilización de intervenciones y registros corporales coactivos existente en los países de nuestro entorno. Se prevé por una norma con rango orgánico, su adopción se atribuye al juez instructor, a instancia de la policía o del Ministerio Fiscal, y su práctica se debe efectuar con utilización de las medidas coactivas mínimas indispensables, proporcionadas a las circunstancias y respetuosas con la dignidad (art. 520.6 c).

c. La entrevista previa

La concesión del derecho a la entrevista previa del abogado con el detenido supone la transposición del art. 3 de la Directiva 2013/48, que reconoce el derecho a la asistencia letrada del sospechoso (art. 3.1), entre otros casos, antes del interrogatorio policial o judicial o sin demora injustificada tras la privación de libertad (art. 3.2). La asistencia letrada comprende el derecho a una entrevista reservada entre el abogado y el detenido antes del interrogatorio (art. 3.3). No obstante, la Directiva permite a los Estados, excepcionalmente, durante la instrucción, que el derecho a la asistencia letrada pueda ser inaplicado temporalmente «*en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias del caso, sobre la base de varias o algunas de las razones imperiosas siguientes: a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona; b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal*» (art. 3.6). El considerando 32 de la Directiva aclara que son casos particulares de grave compromiso del proceso penal la destrucción o alteración de pruebas esenciales y la manipulación de testigos. En tales supuestos los Estados pueden incluso suprimir la asistencia letrada en el interrogatorio, si bien debe informarse al detenido de su derecho a guardar silencio y el interrogatorio no debe menoscabar el derecho de defensa, incluida la protección frente a la autoinculpación. Añade que el interrogatorio sólo puede efectuarse con el objetivo y en la medida necesaria para obtener información indispensable con el fin de evitar el compromiso grave del proceso. Advierte el inciso final del considerando que *en principio, el*

recurso abusivo a esta excepción supondría un perjuicio irremediable para el derecho de defensa.

Como la Directiva establece normas mínimas sobre el contenido del derecho de defensa destinadas a asegurar el reconocimiento de las resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión Europea, tal y como expresamente el citado texto legal manifiesta en su Considerando 54, los Estados no están obligados a recoger la excepción transcrita en sus ordenamientos nacionales o a hacerlo con el alcance que el precepto permite.

Con la reforma se transpone la Directiva de forma técnicamente correcta, lo que implica una expansión del derecho a la asistencia letrada en nuestro ordenamiento, pues se supera la concepción tradicional de la figura del abogado en comisaría como un *convidado de piedra* durante la declaración del sospechoso y la consideración de la asistencia letrada como un obstáculo para la obtención de la confesión que debe ser evitado. Se rompe, así, el nexo que unía la regulación de la defensa del detenido con la idea sobre la declaración del sospechoso que el Génesis evoca y que anteriormente se expuso, la conveniencia de la prestación de declaración espontánea y autoincriminatoria a requerimiento de la autoridad para la confirmación de su tesis. En lo sucesivo el detenido contara con el consejo profesional de su letrado e información, no sólo sobre el hecho que se le atribuye, sino además acerca de las fuentes de prueba y sobre los datos indiciarios de cargo existentes, al menos de los que deban ser conocidos para la impugnación de la detención, lo que permitirá evitar olvidos o errores en la narración de los hechos si el detenido desea declarar y, lo que es más importante desde una perspectiva constitucional, dotará de efectividad a los derechos fundamentales del sujeto pasivo a no declarar y a no confesarse culpable.

En cuanto a la excepción prevista por la Directiva, no ha sido trasladada a nuestro ordenamiento. El Proyecto de Ley, en el párrafo segundo de la letra d) del apartado 6 del art. 520, establecía que *cuando exista una necesidad urgente de evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona o de prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación, la policía tomará declaración al detenido con anterioridad a que éste se entreviste con un abogado y dejará constancia en las actuaciones de las razones que motivaron la adopción de esta medida*. La disposición encontraba amparo, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, en la posible exclusión de la asistencia letrada establecida por la Directiva. Pero la norma, así redactada, era inconciliable con el derecho a la

asistencia letrada del detenido establecida en el art. 17.3 CE. Además resultaba innecesaria y perturbadora, habida cuenta del régimen previsto para la incomunicación en el art. 527 LECRIM, el cual se muestra mucho más respetuoso con el principio de proporcionalidad, al permitir modular en cada caso concreto el alcance de la restricción del derecho de defensa, sin merma alguna de la eficacia de la persecución penal. Dada la posibilidad de asignar al detenido incomunicado un Abogado de oficio se hace difícil imaginar un supuesto en el que, para tomarle inmediatamente declaración, pudiera estar justificado privarle del derecho a la entrevista previa con el letrado. Por ello, las críticas planteadas contra la previsión legal transcrita –como la formulada por V. GIMENO SENDRA en su comparecencia en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, motivaron su supresión mediante una enmienda presentada en la citada Cámara por el Grupo Popular.

6. La detención en el mar

Los problemas prácticos que se suscitan por la detención efectuada en alta mar son afrontados por la ley en el nuevo art. 520 ter, aplicable a cualquier detención efectuada a bordo de buques o aeronaves con bandera española con independencia de que la causa de atribución de jurisdicción española sobre el delito por el que la medida se adopte, pues la restricción del ámbito la norma a los supuestos del art. 23. 4 LOPJ que expresamente se efectúa carece de sentido.

7. La modificación del régimen de la incomunicación

7.1. Regulación

La L.O. 13/2015 modifica el régimen de la incomunicación mediante la reforma de los arts. 509 y 527 LECRIM. Con la reforma del art. 509 se concretan las causas que permiten acordar la incomunicación y se establecen sus plazos, de un modo mucho más respetuoso con los derechos del detenido o preso y técnicamente más acertado que el empleado por la L.O. 15/2003. Con la nueva redacción del art. 527 se regula de forma minuciosa la situación del detenido incomunicado, con el establecimiento de fuertes garantías que eviten hipotéticos abusos policiales y la exigencia de dosificación de las medidas susceptibles de ser adoptadas en cumplimiento del principio de proporcionalidad.

7.2. Causas de la incomunicación

Son causas de la incomunicación, conforme al art. 509.1º, las siguientes circunstancias:

- a. necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o*
- b. necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.*

Las circunstancias transcritas son literalmente coincidentes con las causas previstas por la Directiva de limitación de los derechos a la asistencia letrada (art. 3.6) y a que la detención sea comunicada a un tercero (art. 5.3). La restricción del derecho del detenido a la comunicación con un tercero se regula de modo distinto, al posibilitarse la limitación o aplazamiento del derecho *por razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado* (art. 6.2).

Los peligros que la incomunicación quiere evitar son dos: i) para la vida, libertad o integridad física de una persona; y ii) para la obtención o la pureza de la prueba. Cuando resulte necesario practicar la detención y el conocimiento del hecho de que se ha producido o la información que pueda proporcionar el detenido a terceros suponga uno de los riesgos referidos la incomunicación podrá ser acordada, con estricto cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entre ellas la limitación, en todo caso dentro de los plazos máximos que se establecen en el apartado segundo del precepto.

7.3. Plazo máximo

Conforme al apartado segundo del art. 509 LECRIM, el plazo máximo de la incomunicación se limita a cinco días, prorrogables para la investigación de delitos de terrorismo o cometidos por organizaciones criminales durante cinco días más. Se ha suprimido la *segunda incomunicación* por tres días que se preveía anteriormente en el precepto.

7.4. Competencia

La incomunicación constituye una situación que debe ser acordada por el juez, si bien no siempre con carácter previo a la ejecución de la medida, que provisionalmente puede ser adoptada por la policía o por el Ministerio Fiscal cuando resulte imprescindible. Así lo permite el art. 527.2 LECRIM, que requiere que la incomunicación sea autorizada por auto, pero añade que la policía o el Ministerio Fiscal pueden provisionalmente restringir los derechos que durante la incomunicación se limitan por un plazo máximo de veinticuatro horas cuando insten la adopción de las correspondientes medidas por el juez, hasta que la autoridad judicial se pronuncie. Resulta obvio que, si la efectividad de la incomunicación dependiera del dictado de la resolución judicial y entretanto el detenido tuviera derecho a que un tercero fuera informado de su privación de libertad o a comunicarse con él, la medida perdería su utilidad, pues llegaría demasiado tarde.

Durante todo el periodo de incomunicación el juez se encuentra obligado a controlar las condiciones en las cuales se desarrolla la medida, para constatar el estado del detenido o preso y la observancia de sus derechos, para lo cual puede requerir la información oportuna (art. 527.2.2º).

7.5. Forma de la resolución

Redundantemente el art. 520.2 LECRIM, en su primero y último inciso, requiere que la incomunicación se acuerde mediante auto, que también innecesariamente se recuerda que ha de ser motivado y expresivo de las razones que justifican la adopción de cada una de las medidas propias de la incomunicación en atención a las causas previstas por el art. 509 del mismo texto legal.

7.6. Contenido de la medida de incomunicación

La principal crítica que merecía la regulación de la incomunicación de detenidos o presos en la regulación anterior era el incumplimiento del principio de idoneidad que se derivaba de la previsión de la restricción conjunta de los derechos limitados por la medida, con independencia de la utilidad de cercenar cada uno de ellos en el caso concreto. Así, resultaba absurdo que, si se imponía al sujeto un abogado de oficio, se impidiera además necesariamente la entrevista reservada. La reforma resulta totalmente respetuosa con el referido principio, que forma parte de la prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, al permitir la dosificación de las restricciones según resulten apropiadas para satisfacer

la finalidad de la incomunicación. Así lo establece el apartado primero del art. 527 LECRIM, a tenor del cual:

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

- a. Designar un abogado de su confianza.*
- b. Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.*
- c. Entrevistarse reservadamente con su abogado.*
- d. Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.*

El listado de derechos susceptibles de limitación ha sido acomodado a la nueva regulación de los derechos del detenido. Se prevé la posible privación del derecho a la designación de abogado de confianza, que lleva irremisiblemente aparejado el nombramiento de un abogado de oficio, del derecho a comunicarse con terceros, del derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado y del derecho de acceso a las actuaciones, salvo en el núcleo irreductible del derecho de información del detenido según la jurisprudencia del TEDH que anteriormente referimos.

7.7. Los reconocimientos médicos

La preocupación por el riesgo de abusos policiales que objetivamente la situación de incomunicación genera ha provocado que se extremen las cautelas sobre el mantenimiento de la salud e integridad física y psíquica del detenido al que se impida la comunicación con cualquier persona con la que tenga derecho a comunicarse, con la previsión de la práctica de, al menos dos reconocimientos médicos cada veinticuatro horas según criterio facultativo.

V. EL SECRETO DE LAS ACTUACIONES

La L.O. 5/2015 ha dado nueva redacción al art. 302 LECRIM, el cual reconoce como regla general el derecho de las partes a conocer las

actuaciones e intervenir en las diligencias del procedimiento y regula, como excepción, el secreto de la instrucción, como medida restrictiva del derecho de defensa de las partes, salvo el Ministerio Fiscal, a las que total o parcialmente se priva del conocimiento de las actuaciones con el fin de proteger la vida, libertad o integridad física de una persona o la adquisición o pureza de la prueba.

En su párrafo primero el art. 302 establece el derecho de las partes personadas a tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las actuaciones procesales. En su párrafo segundo, se prevé la declaración de secreto del sumario, mediante auto, sin necesidad de solicitud de parte, por el plazo de un mes, si el delito es público cuando concurren ciertas circunstancias que hacen necesario el secreto:

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

Añade el párrafo tercero del precepto que el sumario debe alzarse con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario, como ya se preveía con anterioridad, y el párrafo cuarto se remite a lo previsto por el párrafo tercero del art. 505.3, redactado también por la 5/2015, que reconoce al abogado del privado de libertad acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar su situación.

La reforma tiene como fin definir legalmente las causas de declaración del secreto sumarial y excluir de la posibilidad de privar al detenido o preso del conocimiento de los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad, en transposición de la Directiva 2012/13/UE y en cumplimiento de la jurisprudencia del TEDH a la que ya se ha hecho referencia.

En cuanto a las causas del secreto, se han establecido las mismas que las que se encuentran previstas para la incomunicación, con ciertas diferencias insignificantes de redacción.

Lamentablemente, no se ha aprovechado la reforma para establecer un plazo máximo razonable del secreto sumarial, susceptible de ser prorrogado mes a mes ad infinitum, aprovechado en demasiadas ocasiones en la práctica para la realización de investigaciones más cómodas, de varios años de duración, a espaldas de las partes.

La reforma del Proceso Penal: retos y objetivos¹

ANTONIO DEL MORAL GARCÍA

*Magistrado del TS
Fiscal en excedencia*

Resumen

Reflexiones sobre las líneas generales y aspectos concretos de una reforma global del proceso penal, con referencias a las últimas modificaciones. El cambio a un modelo de fiscal investigador y sus convenientes presupuestos orgánicos, el papel de la acusación popular, las características que debe rodear la actividad del Fiscal, la implementación de mecanismos de aceleración (y entre ellos la conformidad y un nuevo régimen de conexidad), y los recursos contra sentencias son los temas abordados.

Palabras clave

Reforma proceso penal. Investigación Fiscal. Recursos. Acción popular. Conexidad. Conformidad.

¹ Este trabajo es recopilación actualizada de ideas ya expuestas con unas u otras variaciones en diversos textos de formato muy diferente: desde artículos periodísticos, hasta algún trabajo académico de investigación. Resultaría cansino e inútil listarlos todos. Basten dos referencias a algunos más completos y directamente atinentes a esa visión general de la reforma procesal penal. «La atribución de la dirección de la investigación Penal al Ministerio Fiscal (Reflexiones y debates al hilo de un Libro Verde)» es una obra colectiva coordinada por PEITEADO MARISCAL, P. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (Dykinson, Madrid, 2012), con estructura de cuestionario en el que se recogen en distintos apartados algunas reflexiones mías, al lado de otras opiniones mucho más autorizadas y fundadas. Allí se encontrarán expuestas con más detalle algunas de las ideas que ahora reproduzco. La obra “La instrucción penal, ¿juez inquisitivo o juez de garantías? El papel del Fiscal” (Fundación Fernando Pombo y Wolters Kluwer, 2014) recoge la intervención en una mesa redonda desarrollada en un curso de verano celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (p 57 a 70) sobre esta misma materia.

Abstract

This study addresses the general framework as well as some specific aspects of the criminal procedure, at the light of the latest amendments introduced in the CPC last October 2014. In particular, questions regarding the model of a pre-trial investigation under the public prosecutor, the necessary organic adjustments and the features of the functioning of an investigating public prosecutor's office, the role of the popular accusation, the appellate review against judgments and the instruments for speeding up the proceedings (including plea agreements and joinder of actions) are further discussed.

Keywords

reform criminal procedure; criminal investigation; public prosecutor; related and joint actions; popular accusation; class action; plea agreements

Sumario

- I. ATRAPADOS EN EL TIEMPO
- II. JUEZ DE INSTRUCCIÓN VERSUS FISCAL INVESTIGADOR
- III. PRESUPUESTOS DE UN FISCAL INVESTIGADOR: FORTALECIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO FISCAL
- IV. ACCIÓN POPULAR
- V. EL JUEZ DE GARANTÍAS: FUNCIONES
- VI. CONTRADICCIÓN EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN
- VII. VARIACIONES EN EL RÉGIMEN DE I PROCESAL
- VIII. UN OBJETIVO PRIORITARIO: MECANISMOS DE ACELERACIÓN
- IX. REPENSAR LA CONFORMIDAD
- X. RECURSOS CONTRA SENTENCIAS: LA DOBLE INSTANCIA
- XI. RECURRIBILIDAD DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS POR RAZONES PROBATORIAS
- XII. EXPANSIÓN DE LA FUNCIÓN UNIFICADORA DE LA CASACIÓN

I. ATRAPADOS EN EL TIEMPO

El propósito de promulgar una Ley Procesal Penal de nueva planta ha sido postergado otra vez en la finalizada legislatura. Fue sustituido en su último tramo por una serie de reformas casi convulsivas -¡hasta siete en menos de seis meses!- de la LECrim. Se entendió que faltaba el clima de consenso profesional y político y de estabilidad y bonanza económica que generarían una atmósfera más idónea para impulsar esa empresa. Ha quedado un completo Borrador de Código Procesal Penal redactado por una Comisión de expertos *ad hoc*.

Queda así pendiente esa tarea para futuros parlamentos: la elaboración de una ley procesal penal de nueva planta que sustituya a la ya más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, una muy buena norma pero ya demasiado «parcheada».

Siempre que tengo que disertar o escribir sobre esa tantas veces prometida reforma global del proceso penal inevitablemente me viene a la cabeza una deliciosa comedia estrenada a comienzos de los años noventa: «Atrapado en el tiempo». El inefable Bill Murray encarna a Phil, hombre del tiempo, gruñón y hosco, de una cadena de televisión que es enviado como años anteriores a un pequeño pueblo de Pennsylvania a cubrir la información del festival de *El día de la marmota*. En el viaje de regreso, Phil y su equipo se ven sorprendidos por una tormenta que les obliga a regresar a la ciudad. A la mañana siguiente, al levantarse, Phil escucha en el radiodespertador el mismo programa que la mañana anterior: no ha pasado el tiempo y vuelve a situarse en El día de la marmota. Se repiten las mismas situaciones. Al día siguiente, igual: así, una vez y otra, y otra...

Pues bien, algo de complejo de Phil me asalta cuando oigo hablar -o yo mismo expongo o escribo- de la «inminente» reforma del proceso penal: igual de inminente que hace treinta años. Ya he vivido muchos días de la marmota.

Y es que de la reforma estructural del proceso penal español se lleva perorando mucho tiempo, siempre como algo a punto de llegar. La modorra del legislador o los condicionantes políticos han podido más que la necesidad de implantar un modelo procesal penal construido desde los principios de la Constitución de 1978. Se han sucedido las reformas parciales, pero los diversos intentos de una reforma global no han cuajado.

Han sido muchos los anuncios y promesas; inferiores en número los borradores; pero ni siquiera se ha llegado a llevar un texto al Parlamento.

En la lejana época de los gobiernos de la UCD circuló un Anteproyecto. Luego años de palabras y renovadas promesas electorales, pero... nada concreto.

Los buenos propósitos plasmaron en un mandato legal incumplido en la disposición final cuarta de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 1995 –otro día de la Marmota- que compelia al Gobierno a remitir un proyecto legislativo de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el plazo de un año.

En las exposiciones de motivos de las numerosas reformas del proceso penal se han convertido también en tópico fórmulas de estilo que aluden a la necesidad de modificaciones coyunturales en tanto se aborda la esperada reforma global del proceso penal. Seguimos esperando esa reforma. Los más viejos lo hacemos ya sin disimular cierto escepticismo no injustificado: venimos oyendo anunciar esa reforma demasiados años. Yo, desde que comencé a trabajar en el proceso penal. Y hemos visto repetido ese anuncio un número de veces no muy inferior al de ocasiones en que Phil de forma cansina y con una sonrisa cada vez más artificial relata a los telespectadores las actividades de esa «encantadora» fiesta de la marmota.

Sea cual sea el futuro, es innegable que esa tarea pendiente ha recibido nuevos impulsos en los últimos años: se vuelve a hablar de esa nueva Ley de Enjuiciamiento Penal como algo que va a llegar más antes que después. Ojalá, como en la película, esté cercano el momento en que se rompe el sortilegio y pronto, después de un debate amplio y abierto, podamos felicitarnos por la aparición de esa nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, o como se prefiera llamar, que actualice nuestro vetusto sistema procesal penal. Sin prisa, sin precipitaciones, pero sin pausa y con visión de futuro, sin dejarse atrapar por lo puramente coyuntural.

En efecto, en los últimos años se han elaborado dos textos prelegislativos completos. De un lado, el Anteproyecto de 2011 que llegó a estar en la mesa del Consejo de Ministros. Se le conoce popularmente como «Anteproyecto Camaño» en obvia alusión al Ministro de Justicia que lo impulsó. Era un texto de excelente factura técnica, aunque con soluciones discutibles en algunos puntos.

Pocos años después –a comienzos de 2013- era dado a conocer el que, rompiendo con la tradición terminológica, se autodenominaba «Código Procesal Penal». También permanece guardado, esperando coyunturas más favorables, en uno de los cajones del edificio de la calle San Bernardo. De él, no obstante, se extrajeron algunos fragmentos para, debidamente remodelados y retocados, alumbrar las dos últimas reformas de la LECrim (LO 13/2015 y L 41/2015, ambas de 5 de octubre), paralelas en su tramitación y aprobación, pero diferenciadas por la naturaleza de la norma (ley orgánica u ordinaria) que les sirve de soporte.

Con la vista puesta en el futuro, es decir en el horizonte de esa reforma global; pero sin dejar de mirar el retrovisor, es decir con referencias a las últimas modificaciones, hilvanaré en estas modestas líneas algunas reflexiones sobre unos pocos temas de entre todos los que deberá resolver ese futuro legislador. Han sido seleccionados por razones de muy distinto signo: desde su importancia, a querencias personales. Podían ser otros temas distintos. Pero es evidente que no podía entretenerme en el inmenso número de cuestiones a los que debe enfrentarse quien por fin asuma decididamente esa tarea de construir un nuevo modelo procesal penal completo, de principio a fin.

II. JUEZ DE INSTRUCCIÓN VERSUS FISCAL INVESTIGADOR

En el debate sobre la opción entre el continuismo –Juez de Instrucción-, o la innovación -Fiscal investigador- ha ido engrosándose el número de los favorables a romper con la tradición del Juez de Instrucción ya abandonada en casi todos los países y unirse a la creciente constelación de ordenamientos que atribuyen las competencias para las investigaciones previas al Ministerio Público. El BCPP de 2013 apostó decididamente por este segundo modelo como había hecho ya el Anteproyecto de 2011.

Sin compartir con otros una oposición radical a ese cambio de sistema, sí que guardo más simpatía por el Juez de Instrucción y, sobre todo, albergo algún recelo frente a su réquiem, si no va acompañado o precedido de ciertas reformas orgánicas.

No se me oculta que el modelo de fiscal investigador, junto a algunos inconvenientes, comporta indudables ventajas que han sido bien destacadas por sus abundantes defensores. La configuración unitaria de la Fiscalía es más idónea para dar respuesta a fenómenos de criminalidad compleja tan presentes en el mundo actual, que el juez de instrucción, atomizado por esencia, no es capaz de afrontar con eficacia. Además el

sistema permite mayor agilidad y rompe cierta esquizofrenia actual. El Juez de Instrucción no podía ser un juez imparcial. Se deja notar la ausencia en la fase de investigación de un órgano jurisdiccional distante que sin la implicación que al final acaba teniendo el Juez de Instrucción adopte las medidas que afectan a derechos fundamentales (juez de garantías).

Pero entiendo que el traspaso de esas funciones tan trascendentes – investigación de los delitos- al Ministerio Público exige garantías, equilibrios y contrapesos. No solo las que proporciona el órgano judicial que durante esa fase está llamado a autorizar determinadas medidas o a dar respuesta a las quejas de los afectados por la investigación (juez de garantías). Son necesarias otras atinentes a la propia organización de la institución: sin una modificación de la estructura orgánica del Ministerio Fiscal que refuerce no solo su autonomía frente al Ejecutivo, sino también la percepción de esa autonomía por parte de la sociedad, no debería acometerse ese cambio. Dicho en sentido positivo, una reforma del proceso penal que arrastre el traspaso de la fase de investigación al Ministerio Fiscal de forma generalizada, suprimiendo al Juez de Instrucción, aconseja una modificación estatutaria en el Ministerio Fiscal que tienda al fortalecimiento de su autonomía. En dos direcciones habría que profundizar:

1. *Ad extra*, lo que significa blindar la institución como tal frente a injerencias de otros Poderes del Estado, singularmente el Poder Ejecutivo. Es necesario impermeabilizar al Fiscal General del Estado frente al Gobierno, creando mecanismos reales y efectivos que alejen la permanente sospecha de que sus actuaciones obedecen a criterios partidistas. Relaciones institucionales leales y receptividad frente a las indicaciones generales de Política Criminal que puedan exigir instrumentos procesales (la política criminal no se agota ni muchísimo menos en las actuaciones ante los Tribunales) son compatibles con un reforzamiento de la autonomía del Fiscal para que no sea percibido socialmente como una *longa manus* del Ejecutivo.
2. *Ad intra*, lo que debe traducirse en la introducción de fórmulas que sin quebrar los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, instrumental éste respecto de aquél, contrapesen las atribuciones del Fiscal General del Estado. El poder interno del Fiscal General del Estado no puede ser algo omnímodo, concebido al modo militar. El principio de jerarquía interna de rango constitucional (art. 124) es compatible con el establecimiento de

pesos y contrapesos, equilibrios y modulaciones en los mecanismos para zanjar las discrepancias en una Carrera formada por profesionales del derecho a los que se exige una alta preparación técnica y que han de acoplarse a unas obligaciones de neutralidad e imparcialidad. Es necesario afianzar cierta autonomía de los integrantes del Ministerio Fiscal sin merma del principio de unidad de actuación. No puede abandonarse exclusivamente al buen criterio de quien en cada momento ostenta el cargo de Fiscal General del Estado el respeto por esa autonomía. No se trata tanto de reducir los poderes del Fiscal General del Estado, como de establecer equilibrios (potenciación de los órganos de asesoramiento, atemperación de sus facultades, cautelas para garantizar objetividad en la carrera profesional, sistema preestablecido en la atribución de asuntos...).

Estas ideas parecían inspirar (aunque no solo ellas: hay algo también de pensamiento en los medios materiales y personales) el párrafo segundo de la aludida disposición final 4ª de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en la que la futura reforma procesal se vinculaba a una previa reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Estos puntos no eran abordados por el BCPP 2013, seguramente porque escapaban de su estricto marco. El Anteproyecto de 2011 sí que creaba para dotarle de un estatuto con ciertas garantías la figura del Fiscal encargado de cada asunto. No es fórmula desechable. El contenido de la regulación era acertado. No obstante es cierto que es materia propia más que de una legislación procesal general de la normativa orgánica.

Apunto ahora algunas líneas que en mi opinión debieran ser objeto de estudio y, en su caso, modificación.

III. PRESUPUESTOS DE UN FISCAL INVESTIGADOR: FORTALECIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO FISCAL

Uno de los puntos clave radica en las relaciones entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno que lo propone. Dentro de esa temática la piedra de toque será alcanzar un sistema de nombramiento que garantice la autonomía del Fiscal General del Estado y, como consecuencia de ello, de toda la institución del Ministerio Fiscal, frente al Poder Ejecutivo. A nivel de reflexión doctrinal predomina en nuestro entorno la idea de un Ministerio Fiscal desvinculado del Poder Ejecutivo. Así se plasmaba en la declaración de principios sobre el Ministerio Fiscal del MEDEL.

Los sistemas legales de estructuración del Ministerio Fiscal se apartan en muchos casos de ese ideal teórico. Precisamente eso ha llevado a la Recomendación (2000) 19 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre el Papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal a elaborar criterios que acerquen los diversos sistemas con el norte en todo caso de dulcificar la eventual dependencia gubernamental e introducir garantías -transparencia, publicidad, motivación- que la hagan más tolerable.

Aunque en mi opinión se puede y se debe afirmar que el Fiscal está concebido en nuestro ordenamiento vigente como Institución independiente, lo cierto es que luego la legislación no prevé los mecanismos necesarios para garantizar esa plena autonomía. La continua tentación del Ejecutivo de tender sus tentáculos hacia esta institución abarcándola en su ámbito de dominio no encuentra obstáculos legales firmes que garanticen lo que por vía de principio sí se puede sostener.

El Fiscal General del Estado es nombrado a propuesta del Ejecutivo, oído el Consejo General del Poder Judicial. Tras la última reforma estatutaria (2007) la ligazón que se establece entre la suerte del Gobierno y la del Fiscal General del Estado invita a presumir el interés de éste en que aquél perdure el mayor tiempo posible. Desde luego la modificación, aunque se haya quedado corta, mejora mucho la situación precedente en que el Gobierno podía cesar al Fiscal General del Estado en cualquier momento. El establecimiento de un plazo de mandato para el Fiscal General del Estado constituye un avance insuficiente: siempre se anuda su suerte a la del Gobierno que propuso su nombramiento.

La comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior previa al nombramiento del candidato a Fiscal General del Estado (art. 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: EOMF) es otro fruto de esa reforma. Tiene mucho de símbolo (lo que no significa minusvalorar los símbolos que son importantes en estos temas); pero muy poco de efectividad en la profundización de la imparcialidad del Fiscal General del Estado o la implicación real del Parlamento en su nombramiento. Los precedentes sobre ese tipo de comparecencias no son muy prometedores. No por ello creo que deba rechazarse esa innovación, aunque sin poner en ella más esperanzas de las debidas: de ese trámite cabe esperar lo que cabe esperar y nada más.

El nudo gordiano estriba en el cese del Fiscal General del Estado. La reforma de 2007 -imposibilidad de renovación en el cargo del Fiscal General del Estado y fijación de un plazo de cuatro años de mandato-

apunta en la buena dirección pero debería haber ido más lejos. Es una garantía de independencia pues evapora un subliminal deseo de complacer al Poder Ejecutivo acrecentado por la aproximación del término del mandato. Pero se desaprovechó una ocasión espléndida para acometer de verdad una reforma que reforzase de manera definitiva su imagen de imparcialidad. Para ello se me antoja imprescindible fijar un plazo de mandato no coincidente con el de una legislatura. Mi propuesta sería un plazo de cinco años junto con la previsión de la censura parlamentaria como causa de cese (exigiéndose la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados).

Otro punto de interés es la regulación de la forma en que el Fiscal ha de adoptar decisiones sobre las actuaciones interesadas por el Gobierno o en que aparezca implicado alguno de sus miembros. Formalmente la reforma del EOMF de 2007 ha avanzado también en esta materia. Se mantiene la necesidad de que el Fiscal General del Estado oiga a la Junta de Fiscales de Sala antes de resolver sobre las actuaciones interesadas por el Gobierno (art. 8 EOMF) aunque su criterio no sea vinculante. Además se introduce otra aparente garantía: la necesidad de esa previa audiencia también cuando el Fiscal General del Estado vaya a impartir una orden o instrucción que afecte directamente a algún miembro del Gobierno.

No obstante materialmente el resultado puede ser el contrario al oficialmente buscado. Esa relativa mayor intervención de la Junta de Fiscales de Sala en las decisiones del Fiscal General del Estado se ve devaluada por el debilitamiento de las funciones de los órganos colegiados del Ministerio Fiscal y en particular del Consejo Fiscal. Su informe favorable en la legislación anterior era vinculante a la hora de nombrar a un Fiscal de Sala. Por tanto la competencia del Fiscal General del Estado para establecer la composición de la Junta de Fiscales de Sala estaba muy contrapesada. Esa interpretación del Estatuto Orgánico (art. 13) fue contradicha por un Fiscal General del Estado en tesis que luego recibiría el refrendo de la jurisprudencia (sentencia de 13 de abril de 1998 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que no obstante iba acompañada de muchos votos particulares). La reforma de 2007 zanjó las dudas consagrando con claridad la libertad del Fiscal General del Estado para proponer al ascenso a Fiscal de Sala a la persona que estime oportuna sin sujeción al criterio del Consejo Fiscal. Si esa Junta de Fiscales de Sala tiene ese protagonismo en asuntos “sensibles” se capta enseguida que surgirá en cualquier Fiscal General del Estado la inmediata tentación de hacer los nombramientos oportunos para asegurarse un criterio favorable de ese órgano colegiado. Por otra parte tenderá a atribuir los asuntos que afecten al Gobierno a

fiscales a los que no “necesite dar instrucciones” o pueda hacerlo sin que éste reclame la activación del mecanismo estatutario previsto para las discrepancias con las órdenes recibidas.

Hasta aquí lo relativo al reforzamiento de la autonomía de la institución considerada como tal, y frente a influencias externas. En otra dimensión se movería una paralela fortificación de las condiciones que garantizan la neutralidad e imparcialidad de cada Fiscal. Eso a mi juicio debe discurrir por tres frentes diferentes:

Primero, la potenciación de las facultades de los órganos colegiados con la consiguiente reducción del poder cuasi omnímodo del Fiscal General del Estado en materia de nombramientos lo que le confiere un ascendiente sobre los fiscales que es caldo de cultivo idóneo para posiciones dóciles en que no plegarse a una sugerencia del Fiscal General del Estado se convierta casi en una heroicidad o un suicidio profesional.

Las últimas reformas del Estatuto han expandido enormemente los criterios de discrecionalidad en la designación de cargos y en general en lo que es la conformación de la carrera profesional, combinados con la temporalidad de las Jefaturas y la necesidad de su periódica renovación. En todos los casos, a pesar de que deba opinar el Consejo Fiscal, legalmente el Fiscal General del Estado tiene absoluta libertad para el nombramiento o la renovación o no renovación. Aunque esta opinión no es compartida por muchos, considero que el excesivo poder que depositó en el FGE y el Gobierno la reforma del EOMF de 2003 para el cese y nombramiento o renovación de jefaturas y la profundización que se ha hecho de eso en la modificación de 2007 por quienes se opusieron a aquélla, ha generado efectos perniciosos. El sistema no crea un clima adecuado para un ejercicio independiente de las funciones fiscales, y está necesitado de paliativos que contrapesen los poderes del Fiscal General del Estado y del Gobierno de turno en ese sistema de nombramientos para evitar que responda a criterios ajenos a los profesionales como los puramente políticos.

Segundo, la objetivación de los criterios para atribuir asuntos a cada fiscal, sin perjuicio de mantener la capacidad de nombramientos *ad hoc* pero siempre con el respaldo del Consejo Fiscal que asegurará la objetividad de esa elección (para lo que sería necesario dotar de mayor contenido a la audiencia que se otorga al Consejo Fiscal en el art. 23 EOMF).

Tercero y último, sopesar y valorar mecanismos para evitar presiones sobre asuntos particulares: bien fomentando la transparencia (comunicación por escrito de las órdenes particulares del Fiscal General del Estado sobre asuntos concretos en tramitación, especialmente las que supongan cancelar una investigación o no formular una acusación, dación de cuenta de las mismas al Consejo Fiscal), bien mediante otras posibles fórmulas que en todo caso debieran ser matizables (como la limitación de la capacidad del Fiscal General del Estado al dictado de órdenes generales pero no sobre asuntos concretos: tema éste que en todo caso debiera ser meditado pues puede suponer recortar demasiado el poder de dirección que ha de tener en todo caso el Fiscal General del Estado para no desvirtuar la naturaleza de la institución y hacerla derivar hacia modelos de independencia de cada fiscalía que el derecho comparado ha demostrado que tampoco son los ideales, aunque sin duda hayan reportado algunos efectos benéficos).

IV. ACCIÓN POPULAR

Un contrapeso al poder de un Ministerio Fiscal con esas sutiles ligazones –o al menos apariencia de ellas– con el Poder Ejecutivo viene constituido en nuestro ordenamiento por la acción popular, institución de honda raigambre española que desde 1978 ostenta rango constitucional. Ha jugado y juega un papel importante y nada baladí en asuntos de relieve social representando a veces un acicate para el celo del Ministerio Fiscal; e incluso en ocasiones con clara función de suplencia de una aparente o real desidia investigadora de aquél.

Ciertamente es mucho más abundante el número de ocasiones en que la acción popular es utilizada de manera abusiva, tratando de judicializar la vida política o alimentando a auténticos profesionales de la acción penal que presentan querellas o denuncias inmediatamente ante cualquier noticia que aparece en un medio que, aunque sea remotamente, pueda guardar alguna relación con el Código Penal. La búsqueda de protagonismo y portadas, o incluso en algunos supuestos un sórdido ánimo chantajista (que también hay casos) constituyen las coordenadas en las que se sustenta realmente ese proclamado “interés” por la justicia.

Esos abusos han provocado el clima actual en que la acción popular está en «horas bajas» y desprestigiada entre autores y, sobre todo, entre políticos.

Pese a esa innegable realidad, no deja de ser un acierto de nuestro sistema ese “exotismo” de la acción popular. Su constitucionalización impone ciertos límites a la generalizada tendencia que se palpa en la actualidad para limitarla o reducirla a algo puramente simbólico a rastras siempre del Fiscal. Los beneficios de la institución son mayores que sus puntos negros que habría que anotar en el *debe*, que no son pocos; y podrían ser paliados o corregidos.

Unas palabras del Juez HOLMES, aunque escritas en otro contexto, reflejan bien la idea que quiero transmitir: *Cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de todo y en nada es esto más patente que en el uso de la libertad de prensa. Por ello la práctica de los Estados ha decidido que es mejor dejar unas pocas ramas perjudiciales desarrollarse a placer que, podándolas, lesionar el vigor de las que dan frutos adecuados. Los funcionarios públicos, cuyo carácter y conducta están abiertos a debate y libre comentario de la prensa, encuentran sus remedios ante acusaciones en falso en procedimientos acogidos a las leyes de libelo y calumnia que prevén satisfacciones y castigo y no en procedimientos para limitar la publicación de la prensa.*

La cita está entresacada de una conocida sentencia del Tribunal Supremo Americano de comienzos de los años 30 que declaraba contraria a la 1ª Enmienda toda limitación previa a la libertad de expresión. Evoca la parábola evangélica del trigo y la cizaña. Aunque se está refiriendo a la libertad de prensa, el pensamiento sirve para romper una lanza en favor de la acción popular. Esa idea del legendario Magistrado americano expresa bien que la constatación de los abusos no es argumento suficiente para abolir una institución que ha demostrado ser un eficaz contrapeso en algunos casos puntuales pero muy significativos.

La acción popular es una herramienta que contrapesa la eventual «permeabilidad» del Fiscal General del Estado y por derivación del Ministerio Fiscal a los intereses del Poder Ejecutivo. La acción popular supone una muy relevante fórmula de control y también de complemento al poder de acusar del Ministerio Fiscal. Su presencia ha servido para alentar y estimular la investigación en esos procesos en que el Fiscal puede verse inclinado a posturas más pasivas. Es verdad que son más bien escasas las ocasiones en que se ha llegado a una sentencia condenatoria a instancia exclusiva de la acusación popular y en contradicción con la petición absolutoria del Fiscal. Algunas existen. Pero no son necesarios muchos esfuerzos memorísticos para que acudan a la cabeza asuntos de trascendencia pública en que estaban o están implicados los aparatos del poder político —a veces de otros países— en los

que ha sido la presencia de la acción popular la que ha permitido al Instructor mantener el temple en la investigación y culminar con éxito la instrucción pese al perfectamente describable entusiasmo investigador del Ministerio Fiscal. No es aventurado pronosticar que en otras condiciones alguno de esos procesos no hubiese llegado a buen puerto, y se hubiese visto abocado al sobreseimiento. La personación de ciudadanos instando diligencia y haciendo de “voz de la conciencia” de la acusación pública ha dado buenos frutos democráticos pues ha fortificado la independencia del Poder Judicial y, también indirectamente, ha servido para dotar de mayor autonomía al Fiscal frente al Poder Ejecutivo. La acción popular blindada también en cierta medida al Fiscal de presiones políticas.

De nuevo hay que decirlo: ¡claro que existen abusos! Pero sería lastimoso que por tratar de atajar esos abusos se acabe también con sus ricos beneficios.

Tratemos de reducir los abusos. Desde hace unos años se ha estrenado en el Tribunal Supremo una práctica que utilizada con medida puede mitigar esos abusos: la imposición de una multa al amparo del art. 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando el ejercicio de la acción popular a través de una querrela se revela como un puro abuso o fraude procesal.

No puede olvidarse que nunca la exclusiva voluntad de un acusador popular va a sentar a alguien en el banquillo. Siempre será necesario que un Juez independiente valore si esa acusación es razonable y que una Sala de justicia formada por tres magistrados haya avalado esa decisión si fue recurrida (el juicio de acusación es siempre exigible).

Los acusadores no públicos pueden moverse en virtud de intereses políticos, de venganza, o económicos (como sucede cuando es la víctima que quiere reclamar una indemnización). Muchos de esos intereses son legítimos. No son los que deben inspirar a la Administración de Justicia, pero nada se opone a que muevan a particulares a personarse en un proceso penal. Serán los Jueces quienes resolverán sobre si las pretensiones alentadas por esos intereses merecen acogida desde el punto de vista estricto de la Justicia y de la legalidad. Si coinciden con las exigencias de la justicia penal, ¡bienvenida sea esa colaboración, cualesquiera que sean sus motivaciones! Y si una acusación popular –o particular- se adentra en el terreno de la mala fe (arts. 11 LOPJ y 247 y 4 LECivil), o del derecho penal (chantaje), reprímase esa conducta: he mencionado ya recientes precedentes de imposición de multas al amparo

de esos preceptos ante querellas infundadas. Pero, queriendo acabar con el abuso, no asfixiemos el uso legítimo y benéfico.

Es verdad que la posibilidad de que el perjudicado por el delito ejerza la acusación sin limitación alguna, subsiste. Pero también lo es que en muchos delitos -singularmente aquellos en que la acusación popular despliega un papel más relevante- no puede hablarse de perjudicado directamente por el delito (el delito urbanístico o los delitos relacionados con prácticas corruptas constituyen un buen ejemplo). Todos somos perjudicados: lo es la sociedad y no debía privarse a ésta de esa posibilidad de suplir una eventual inactividad de su representante natural –el Ministerio Fiscal- ante los Tribunales, que puede encontrarse en una situación de proximidad a los intereses del Gobierno a quien debe su nombramiento el Fiscal General.

Si en los primeros años del régimen constitucional se tendió a alentar el ejercicio de esa acción (reconociendo legitimación a las personas jurídicas o resaltando que la fianza exigible para su ejercicio no puede ser desproporcionada), ahora parece haberse iniciado la trayectoria inversa, comenzando a desandar el camino avanzado. El poder político constituido –al margen de cuál sea su ideología- tiende a contemplar con buenos ojos toda medida que recorte iniciativas que escapen a su control, directo o indirecto. Ojalá que el buen trigo no quede sepultado por la incontrolada –y a veces interesada- obsesión por no consentir el abuso.

El BCPP 2013 contenía una aceptable regulación de la acción popular, que no se plegaba a las numerosas voces que quisieran confinar esta institución a un papel meramente simbólico: el mínimo imprescindible para que pueda argumentarse que se respeta su mención constitucional. Se reducían los legitimados (solo personas físicas con exclusión expresa de los partidos políticos y sindicatos: art. 70 BCPP), y se acotaba el campo de los delitos en los que podía operar. Pero en su funcionalidad mantenía toda su operatividad. Constatado que en el listado de delitos se encuentran precisamente aquéllos en que *a priori* la acusación popular puede desempeñar ese importante factor de contrapeso –entre los que destacan los delitos relativos a la corrupción de funcionarios públicos y los delitos de urbanismo o contra el medio ambiente- considero muy asumible esa propuesta de regulación (art. 71 BCPP).

Estimular en lugar de dificultar las formas de participación directa de los ciudadanos en el ejercicio de los poderes es lo propio de una sociedad que quiere profundizar en la democracia. Será eso señal de que siguen presentes esas mínimas dosis de idealismo necesarias para creer en

ciudadanos que por encima de sus propios intereses quieren contribuir a la realización de la justicia. Esa fe que hacía decir a SOLÓN que la ciudad mejor regida es *aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa*. Apostillando al sabio de Grecia, añade PLUTARCO *Concedió indistintamente a todos el poder presentar querrela en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los c a todos el poder presentar querrela en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo*.

V. EL JUEZ DE GARANTÍAS: FUNCIONES

Hay un núcleo del ámbito funcional del Juez de Garantías que nadie cuestiona: el Fiscal ha de acudir a él siempre que desee la adopción de medidas que, por incidir en determinados derechos fundamentales, exigen autorización judicial (registro domiciliario, intervención telefónica, prisión preventiva...).

Fuera de ese reducto, casi todo lo demás es discutido y discutible.

El BCPP 2013 le asignaba también la realización del juicio de acusación. Lo considero correcto. No hacía así el Anteproyecto de 2011 que, queriendo preservar mayor pureza en esa decisión, diseñaba otro órgano competente en la fase intermedia para adoptar ese acuerdo. En mi opinión aportaba poco –aunque, sin duda, algo aportaba– en comparación con las complicaciones procedimentales que introducía. En todo caso me parece absolutamente irrenunciable en la arquitectura del proceso penal la presencia de ese juicio de acusación (ponderación de la razonabilidad de la acusación) atribuido a un órgano jurisdiccional e indispensable para poder entrar en el juicio oral. Y prefiero que esté residenciado como hacía el BCPP en un órgano diferente al de enjuiciamiento lo que nos sitúa en el Juez de Garantías.

Generó mucho rechazo –y algunos han visto en ello una de la causas últimas del encallamiento de ese proyecto– la opción del BCPP por un Juez de Garantías con capacidad para “supervisar” a partir de las quejas e impugnaciones de las partes, toda la actividad investigadora del

Ministerio Fiscal. Está o puede estar –dicen los críticos- demasiado presente en esa fase de investigación.

En efecto, el BCPP diseñaba una fase de investigación a cargo del Fiscal que estando lejos de un puro mimetismo de la actividad que en la actualidad se desenvuelve en los Juzgados de Instrucción, sí incorporaba algunas de sus características: significativamente la presencia de las partes, la necesidad en general de documentar y correlativamente la posibilidad de impugnar las decisiones del Fiscal ante el Juez de Garantías que a través de esas impugnaciones, aunque sea de forma indirecta, iría revisando la tarea del Fiscal.

El art. 128 BCPP declaraba impugnables los decretos del Ministerio Fiscal acordando o denegando medidas de investigación o de recogida de instrumentos, efectos del delito o fuentes de prueba, así como aquéllos que aceptasen o rechazasen tener por parte a quien pretendía intervenir como tal en las diligencias de Investigación y en general todos los decretos cuya impugnación estuviese expresamente autorizada por la Ley.

El control del Juez de Garantías era de pura legalidad. Así se deducía del citado precepto que apostillaba que la anulación del decreto como consecuencia de una impugnación había de basarse en una «infracción del ordenamiento jurídico».

El Anteproyecto de 2011 tomaba partido por un sistema diferente de mayor autonomía y libertad en la investigación del Fiscal. Solo al final de su actividad se abría un periodo incidental para dar entrada al resto de las partes y comprobar que la investigación era completa y adecuada y en su caso arbitrar medidas para subsanar los déficits.

VI. CONTRADICCIÓN EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN

Más allá de cuestiones de detalle hay una opción de fondo implicada: el valor que se quiera dar a las diligencias de investigación, y, como secuela, la necesidad de introducir o no contradicción en la fase de investigación. Ésta carece de sentido si se quiere privar de todo su valor a las actuaciones de esta fase. Su exclusiva finalidad sería preparar la acusación, pero no formar convicciones. Esas dos cuestiones están íntimamente vinculadas. Si las diligencias que practica el Fiscal en su investigación carecen de efectiva contradicción, y el derecho de defensa está debilitado y no aparece con toda su fuerza hasta la judicialización, no puede conferirse a esas actuaciones ningún valor probatorio. Precisamente ese argumento

es blandido por muchos para destacar una secuela benéfica del traspaso de la instrucción al Ministerio Fiscal: redimensionar la importancia del juicio oral como único escenario apto e idóneo para generar pruebas que puedan fundar la sentencia.

Si, por el contrario, se estima que no es operativo despreciar esas diligencias iniciales y que confiar todo al acto del juicio oral es algo que la práctica no consiente pues supondría renunciar muchas veces a diligencias iniciales que son más espontáneas y más aptas para esclarecer los hechos, y que las decisiones quedaran al albur de las rectificaciones que luego se hacen en el acto del juicio oral (testigos que se retractan; confesiones iniciales que se explican en el juicio como fruto de inexistentes presiones), sería necesario crear en la fase de investigación una atmósfera en las que el derecho de defensa rija de forma amplia, en que la contradicción esté garantizada. Sólo así se sientan las bases para poder utilizar ese material para completar o matizar el resultado del plenario, en el que esas diligencias podrían introducirse de forma que la contradicción quedase plenamente a salvo.

En mi opinión la secuencia con la que ha de plantearse el problema no es primero determinar qué grado de contradicción introducimos en la fase de investigación a cargo del Fiscal y con arreglo a esa decisión negar todo valor probatorio a las diligencias de esa fase o admitirlo solo en ciertas condiciones y con ciertos límites; o darles el mismo valor que hoy pudieran tener las diligencias que se practican dirigidas por un Juez de Instrucción en la fase sumarial. El orden del planteamiento ha de ser el inverso: ¿puedo prescindir totalmente de esas diligencias de investigación para alcanzar una justicia más justa?; ¿debe ser absolutamente indiferente que el acusado haya confesado o no ante el Fiscal y habrá que estar solo a lo que diga en el acto del juicio oral? ¿solo valdrán las declaraciones del testigo practicadas en el acto del juicio oral, aunque sean contradictorias con las verdidas ante el Fiscal; o, si existen contradicciones entre unas y otras, podría el Juzgador llegar a entender que las veraces son la iniciales? Si, como estimo, no puede prescindirse de forma radical y rotunda de un relativo valor y utilizabilidad de esas diligencias (a diferencia de lo que se puede postular desde ámbitos académicos, pero en posición que no resiste su contraste con la práctica: muchos delitos de terrorismo o relativos a la corrupción hubiesen desembocado en absolución si se atendiese estrictamente a esos cánones profesoriales), la consecuencia es que hay que pensar en una fase de investigación a cargo del Fiscal en que se introduzcan ciertas garantías y en que se dé amplitud al derecho de defensa, única manera de salvar la utilizabilidad de esas diligencias, aunque siempre con subordinación al acto del juicio oral (de una u otra

forma han de ser introducidas en el plenario y contrastadas con la prueba desplegada en ese acto que es la auténtica fase probatoria).

El tema tiene una enorme trascendencia. Cualquier repertorio jurisprudencial permite comprobar que no es infrecuente que algunas condenas vengan fundadas en las declaraciones realizadas ante el Instructor, pero luego desdichas en el plenario. No es momento de entrar en las múltiples explicaciones que tiene esta realidad; tampoco de adentrarse por los complicados vericuetos de la temática relativa a la valorabilidad de las diligencias introducidas en el acto del juicio oral a través de su lectura para resaltar la contradicción con las que en ese momento se prestan. Baste recordar como el art. 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado adoptó una solución radical: se pretendía que las declaraciones en fase de instrucción sirviesen exclusivamente para graduar la credibilidad del testigo, acusado o perito, pero nunca para fundar directamente el veredicto (“Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, **no tendrán valor probatorio** de los hechos en ellas afirmados”). La unión de un testimonio al acta introducía un elemento de confusión que luego ha servido para reconducir (y en cierta medida traicionar) en la práctica y en la jurisprudencia ese deseo legislativo que, en mi opinión, suponía un dislate. Sin ninguna vacilación ante lo que objetivamente supone de violentar la voluntad clara de la Ley, la jurisprudencia ordinaria, con las bendiciones del TC (STC 151/2013, de 9 de de septiembre), ha optado por vaciar de contenido la declaración del art. 46.5 de La LOTJ y proclamar que en el ámbito de tal proceso rigen idénticos criterios en relación con la valoración de la prueba sumarial que en el resto de los tipos procesales (por todas, SSTs 1825/2001, de 16 de octubre o 1060/2013, de 23 de septiembre).

En relación a las diligencias del Fiscal contamos con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional favorable a esa valorabilidad, aunque la decisión descansa en una mayoría tan exigua que no puede hablarse de criterio sólido o asentado, sino más bien situado en una posición de difícil equilibrio que en cualquier momento puede cambiar. Me estoy refiriendo a la sentencia 206/2003, de 1 de diciembre de la Sala Primera del Tribunal Constitucional que analizaba la legitimidad de una sentencia condenatoria dictada por un Juzgado de lo Penal que basaba su convicción en las declaraciones prestadas por un menor, copartícipe de los hechos, ante el Fiscal en las diligencias incoadas conforme a la legislación penal de menores. La declaración luego no había sido reiterada.

Personalmente -y pienso en muchos casos a los que me he enfrentado en mi ejercicio profesional- considero un dislate implantar la idea que goza de mucho atractivo académico de que todo lo efectuado antes del juicio oral carece de cualquier valor probatorio salvo los casos de prueba anticipada o preconstituída. Los sistemas continentales que partieron de esas premisas (Italia) tuvieron que acabar rectificando (aunque los vaivenes no acabaron ahí).

No puede ser indiferente el sentido de las declaraciones prestadas ante el Fiscal o de las manifestaciones del acusado. Para que eso sea así es necesario que las diligencias del fiscal tengan carácter contradictorio, que exista presencia e intervención de la defensa; y que se las dote de solidez alcanzada por las garantías que las rodean.

En este punto representa una medida ineludible la tipificación del delito de falso testimonio en una declaración ante el Fiscal. En la actualidad la conducta de un testigo que no dice la verdad al Fiscal es impune. Eso puede que no tenga demasiada importancia en sí. La tiene sobre todo indirectamente: unas declaraciones en las que mentir no tiene sanción alguna acrece de cualquier valor frente a otras prestadas en juicio con esa advertencia y que son menos espontáneas y que por tanto materialmente muchas veces gozan de menor credibilidad.

Lo dicho apunta en pro de una publicidad interna de la investigación (no puede hacerse a espaldas de los investigados). Eso no empece a la necesidad de que el Fiscal pueda tener en su mano decretar el secreto de su investigación. Así estaba previsto en el BCPP, aunque la medida ha de ser ulteriormente ratificada por el Juez de Garantías.

VII. VARIACIONES EN EL RÉGIMEN DE CONEXIDAD PROCESAL

Una de las novedades del BCPP de 2013 rescatada para incorporarla a una de las reformas que acaba de entrar en vigor (Ley 41/2015, de 5 de octubre) ha sido la honda mutación del régimen de conexidad procesal invirtiendo las reglas: ahora la excepción es el seguimiento de una única causa con objeto plural o múltiple. En principio cada delito ha de dar lugar a una causa, salvo que se trate de delitos conexos y sea imprescindible el enjuiciamiento conjunto o no vaya a padecer con ello en exceso la deseable agilidad.

Era muy deseable a mi juicio esa variación del régimen de investigación y enjuiciamiento de los delitos conexos. La rigidez de la regla de

enjuiciamiento conjunto de un muy poco matizado listado de delitos conexos (arts. 300 y 17 LECrim) suponía que hasta que no quedaba esclarecida toda la actividad delictiva con todas sus derivaciones y determinadas todas las responsabilidades (delimitados e identificados todos los autores), no se podía proceder al enjuiciamiento. En los supuestos delictivos ligados a grupos organizados u otros de gran alcance social (como pueden ser los relativos a la corrupción) la actividad criminal no suele ser puntual, sino con múltiples derivaciones, desarrollada en un tiempo largo y con muchos implicados. Sucede con frecuencia que van apareciendo hechos muy claros con responsables muy claros, pero no se puede proceder a su pronto enjuiciamiento, aunque no sean necesarias ulteriores investigaciones en cuanto a esas conductas, porque quedan por ventilar muchas otras vinculadas o, identificar a otros implicados. Eso lastraba enormemente la eficacia del proceso penal. La ciega obediencia a ese criterio ha generado las populares “macrocausas” en que el juicio puede prolongarse meses, precedido de muchos años de investigación. El efecto «cereza» podría llegar a aniquilar la eficacia preventiva de la pena al dilatar su imposición y ejecución, si no se fragmenta el enjuiciamiento.

El TS ya en la sentencia de BANESTO (STS 29 de julio de 2002) llamó la atención sobre esto invitando a flexibilizar la interpretación de esos preceptos, ahora modificados. Las investigaciones tienden a prolongarse eternamente y además se diluyen responsabilidades: en los casos de delincuencia económica compleja la sentencia aconseja separar en la medida de lo posible las distintas conductas delictivas, siempre que sea posible una valoración penal fragmentada, por obvias razones pragmáticas y de eficacia. Algunas resoluciones más recientes del TS se han hecho eco decidido de esa recomendación apostando sin ambages por la fragmentación de esas grandes causas en su caso a través del mecanismo de las piezas separadas (ATS de 26 de septiembre de 2012). Se llegó a distinguir entre una conexidad necesaria y una conexidad por razones de conveniencia (vid. STS de 5 de marzo de 1993 y en la misma línea de relativización de la necesidad de enjuiciamiento conjunto, SSTS 471/1995, de 30 de marzo, 578/2012, de 26 de junio, 277/2015, de 3 de junio o 990/2013, de 30 de diciembre²).

² «Aun no siendo esta sentencia el lugar para una exposición del problema que suelen suscitar los denominados macroprocesos, sí debemos al menos una mínima reflexión sobre esa práctica de dudosa pertinencia.

La nada escasa indeterminación del criterio de conexidad establecido en el nº 5 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debe impedir la ponderación de intereses contrapuestos en el trance de decidir la acumulación de procesos, con sendos y diferenciados

La reforma ha acogido esas sugerencias jurisprudenciales. La regla pasa a ser el enjuiciamiento separado en pro de la agilidad, con las excepciones imprescindibles.

VIII. UN OBJETIVO PRIORITARIO: MECANISMOS DE ACELERACIÓN

La eficacia disuasoria del Derecho penal se juega más que en la gravedad de la sanción en su inevitabilidad y prontitud. El simple incremento de penas en el ordenamiento penal no potencia la capacidad desincentivadora del derecho penal si esas sanciones no se perciben como algo que va a tener que ser soportado en poco tiempo. Una política criminal basada exclusivamente en elevar penas no solo acabaría lesionando el principio de proporcionalidad (la medida del castigo debe correr pareja a la gravedad de la acción), sino que, además, no sería eficaz. Nuestro

objetos, en un único procedimiento. **Más si cabe, cuando las pretendidas ventajas de dicha acumulación son de relevancia muy inferior a la de los perjuicios que conlleva.**

Por un lado por la complejidad que redunde en dilaciones de la tramitación. Dilaciones que no se acarrearían en el caso de plurales procedimientos e intervención de pluralidad de órganos jurisdiccionales. Ejemplo de ello es las tantas veces aludida tramitación de la causa desgajada del procedimiento origen de este recurso, al que se vienen refiriendo como caso Metro 3.

La disparatada prolongación de las sesiones de juicio oral, con separaciones en el tiempo de pruebas que versan sobre hechos diversos, en la medida de la flaqueza de la humana memoria, se puede traducir, en un debilitamiento de los deseables beneficios de la inmediación.

No son desdeñables los perjuicios que implica trasladar a algunos de los sujetos pasivos del procedimiento las consecuencias gravosas inherentes a la dilación, que encuentra su causa en las exigencias temporales de las actuaciones seguidas respecto de otros sujetos, en nada relacionados con los demás intervinientes.

Por otra parte los supuestos beneficios de la acumulación no parecen siempre de obligada renuncia, en caso de tramitación autónoma del procedimiento. Incluso cuando algunos de los sujetos tengan participación en todos los hechos objeto de cada uno de los procesos acumulados. Ni en cuanto a la prueba, pues siempre será menos oneroso la parcial reiteración de la misma en diversos procedimientos de los concretos aspectos comunes, que subordinar la duración de lo sencillamente enjuiciable a la demora exigida por lo de enjuiciamiento dificultoso. Ni en cuanto a los beneficios penológicos para el reo, a cuyos efectos la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé los mecanismos necesarios (artículo 988).

De ahí que, como ocurre en el presente caso, la complejidad haya sido generada en buena medida por una harto cuestionable decisión de acumulación. A la cual desde luego son ajenos los diversos acusados.

Si a ello se añade la consideración de los hitos del procedimiento antes relatados, necesariamente habrá de convenirse que ha radicado más en los órganos jurisdiccionales las demoras indicadas que en la complejidad eludible de los asuntos o, desde luego, el comportamiento de los acusados».

legislador penal en los últimos quince años ha caído en esa tentación: creer que las penas más largas son las más disuasorias. Ante la proliferación de algunos delitos, el clamor social por otros, o la comisión de un crimen abyecto que conmociona a la opinión pública, la respuesta fácil y económica es endurecer el castigo. En ocasiones es conveniente; otras, esa ingenua reacción apacigua pasajeramente a una indignada opinión pública, pero sin réditos concretos.

Las penas más eficaces son las más inevitables. Es actual la advertencia de Lardizábal a Carlos III: no vale para nada amenazar con penas gravísimas que no se sabe si podrán ser aplicadas; lo que hace temible la justicia penal no es la dureza del castigo, sino la constancia, rapidez y seguridad de su actuación. Idea sabia y no original: el mayor freno del delito no es la crueldad de la pena sino su infalibilidad (Beccaría). Es preferible una pena corta pero pronta -explicó Silvela- que otra de larga duración. La estadística lo avala: un incremento punitivo no supone un correlativo descenso de delitos. La ecuación “más prisión *ergo* menos delitos” es rigurosamente inexacta.

La potencialidad disuasoria de la pena no depende exclusiva ni fundamentalmente de su magnitud que es solo uno de los factores y probablemente no el más determinante. Inexorabilidad y prontitud del castigo influyen tanto o más. Una pena elevada que se percibe como eludible (es probable o no ser descubierto; o la absolucón) o de futuro lejano e incierto el tiempo disuade poco. La pena más leve captada como casi inevitable y de pronta ejecución desalienta más.

Por eso no es siempre la ley penal la herramienta más idónea para potenciar el fin de la pena: mejorar la eficaz persecución del delito (medios de investigación) y agilizar la respuesta son ser armas más efectivas.

Por eso también resulta tan necesaria la búsqueda de mecanismos que logren engrasar nuestras avejentadas estructuras procesales que funcionan relativamente bien para la delincuencia más tradicional (robos, homicidios...) en cuyo enjuiciamiento se invierten plazos en general razonables; pero muy mal cuando nos trasladamos a la gran delincuencia económica; el crimen organizado; los actos de corrupción generan procesos con tendencia a empantanarse frustrando o mermando esa función preventiva. El transcurso de años entre el descubrimiento del delito y la sentencia no solo es injusto para el absuelto; además menoscaba, si no anula, los fines de prevención aun llegando la condena.

En ese *desideratum* –agilidad- la reciente reforma ha acertado. No ya con la bienintencionada imposición de unos voluntariosos plazos máximos de investigación (quizás inviables en casos muy complejos o si el instructor carece de medios: podrían originar –¡ojalá no!- cierres en falso); pero sí con la comentada sustancial variación de las reglas para la acumulación.

En la misma línea se mueve la previsión para delincuencia simple y leve, de un procedimiento muy sencillo y ágil (aceptación del decreto del Fiscal). Aliviará la carga de trabajo con el benéfico efecto de un incremento de la dedicación a asuntos de mayor dificultad, aunque quizás se solapa en exceso su ámbito con el de los juicios rápidos.

En el BCPP 2013 esas medidas se combinaban con otras dos, también útiles, pero que no han sido asumidas por el legislador de 2015. De una parte la introducción de un principio de oportunidad para prescindir de perseguir hechos cuando en los casos de pluralidad de delitos la repercusión penológica sería nula. De otra, una previsión en fase de ejecución semejante a la del actual art. 988 para aplicar todas las reglas concursales cuando el enjuiciamiento haya sido fragmentado, también las del delito continuado (art. 74 CP) y del concurso ideal (art. 77 CP), como mecanismo para ajustar las penas si se hace necesario.

Se ha propuesto también, en medida que yo suscribiría, arbitrar la posibilidad de que la fijación de las responsabilidades civiles en ciertos casos se difiera a un proceso no penal posterior (o, en su caso, a un incidente contradictorio en fase de ejecución). Mantener esas responsabilidades anudadas de forma inexorable a la determinación de las responsabilidades penales, salvo reserva, supone a veces un flaco servicio a la justicia pues retrasa todo el enjuiciamiento. Los hechos penales pueden estar claros y contarse con elementos sobrados para el enjuiciamiento penal, pero ser muy premioso y dificultoso determinar todo el alcance de las responsabilidades civiles. El único mecanismo de relajación de ese rígido sistema en nuestro proceso penal actual –art. 115 CP- es marcadamente insuficiente. Cuando el esclarecimiento de las responsabilidades civiles lastra el enjuiciamiento penal debiera ponerse en manos del Juez Instructor la posibilidad de declararlo así motivadamente, para poder concluir la instrucción en los aspectos exclusivamente penales, hacer una reserva a los perjudicados de oficio de las acciones civiles y proceder al enjuiciamiento exclusivamente penal. De esa forma no se atrasa éste por una cuestión que a veces no va a tener de hecho trascendencia (por la insolvencia de los imputados). Tampoco se ocasionarían excesivos perjuicios en los casos de solvencia: la sentencia penal llegará pronto con lo que eso comporta de ejemplaridad y además

servirá luego para un procedimiento civil no costoso pues los hechos en sus trazos gruesos estarán ya fijados por la sentencia penal que vincula en esos términos al orden civil. Si es insolvente no compensará ni siquiera indagar sobre esos puntos no ventilados.

IX. REPENSAR LA CONFORMIDAD

Aceptadas en nuestro ordenamiento procesal, pese las sombras que acompañan a su luces, fórmulas de justicia consensuada basada en pactos entre Fiscalía y acusados, ese régimen legal debe incorporar ciertas características. La conformidad a mi juicio debe ser:

- a. transparente y legal: los beneficios penales no han de ser clandestinos o fruto de voluntaristas propuestas, sino algo legalmente fijado y judicialmente controlado;
- b. flexible desde el punto de vista subjetivo y objetivo, esto es, permitida también cuando es subjetivamente parcial y con independencia de la gravedad del delito;
- c. cronológicamente encorsetada, es decir, privada de todo beneficio a partir de un momento que puede ser el del señalamiento del juicio oral.

Estas tres ideas en sus líneas generales eran acogidas por el BCPP de 2013.

Sin duda las conformidades incrementan la eficacia del sistema procesal en cuanto permiten llegar a soluciones más ágiles. Pero también comportan peligros: pueden desprestigiar la justicia penal al crear la apariencia de componendas que se gestan en beneficio de los más poderosos y que acaban por cuartear los resortes de prevención general. Esas coordenadas ayudarían a atenuar esos riesgos y acentuar sus utilidades.

X. RECURSOS CONTRA SENTENCIAS: LA DOBLE INSTANCIA

Es esta materia en la que la última reforma ha innovado muy profundamente y para bien. En lo que son las líneas maestras en nada debería separarse el futuro legislador de las ahora trazadas.

La doble instancia ya anunciada en la Ley Orgánica del Poder Judicial desde la reforma de 2003 (art. 73) ha sido por fin implantada en la reforma de 2015. Se establece un recurso de apelación para las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales a resolver por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

El llamado derecho a la doble instancia cobró actualidad con ocasión de un dictamen del Comité de Derechos Humanos previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fechado el 20 de julio de 2000. Tal dictamen declaraba que el recurso de casación de nuestro ordenamiento no colmaba las exigencias del derecho de toda persona a que su condena sea revisada por un tribunal superior. Las limitaciones de la casación en relación con temas probatorios alentaba esa contundente opinión del organismo internacional. El argumento nuclear de ese dictamen fue recogido y asumido por otros posteriores.

Nuestra jurisprudencia se preocupó por subrayar que no conducían a la descalificación generalizada del sistema de impugnación del ordenamiento procesal penal español. Tanto la Sala Segunda del Tribunal Supremo (entre otras SSTs 203/2000 de 8 de febrero y 543/2000 de 27 de marzo), como el Tribunal Constitucional (SSTC 80/1992, de 28 de mayo, 113/1992, de 14 de septiembre, 29/1993, de 25 de enero, ó 120/1999, de 28 de junio y Auto 369/1996, de 16 de diciembre) han proclamado reiteradamente que el art. 14.5 del Pacto citado no padece por las restricciones que introduce la casación en cuanto a la revisión de la valoración probatoria. Esa jurisprudencia nacional cuenta con el aval del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: decisiones de inadmisión de 18 de enero de 2000 -caso PESTI Y FRODL-, 30 de mayo de 2000 -asunto LOEWENGUTH-, ó 22 de junio de 2000 -asunto DEPERROIS-, por citar solo algunas. El principio de inmediación, esencial en el proceso penal, arrastra algunos condicionantes.

El citado Comité rectificó después su posición. Pero, aun así, era necesidad sentida y reclamada desde la Sala Segunda del Tribunal Supremo la generalización de una apelación³. Tras años de espera y

³ Las SSTs 480/2009, de 22 de mayo, y 197/2012, de 23 de enero de 2013, entre muchas otras, reflejaban el estado de la cuestión con estas aseveraciones:

1º.- Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las resoluciones referidas consideró que en el art. 2 del Protocolo número 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de éste último. En muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de Derecho. La posibilidad de recurrir en casación puede satisfacer las exigencias

aplazamientos se ha implantado un recurso ordinario devolutivo – apelación- para todas las sentencias dictadas en la instancia, ya sean competencia de los Juzgados de lo Penal, de la Audiencia Provincial. En el Tribunal del Jurado pese a la denominación, no puede hablarse con total propiedad de recurso ordinario.

Esa innovación muy probablemente repercutirá en los contornos jurisprudenciales del recurso de casación. Ahora toda sentencia que acceda al recurso de casación (con la única excepción de los procesos contra aforados seguidos en los Tribunales Superiores de Justicia) se habrá dictado no en primera instancia, sino resolviendo un recurso de apelación. El sistema de doble recurso que regía en exclusiva en el proceso por jurado se generaliza. Aunque se introduce un matiz importante: solo las sentencias definitivas son recurribles en casación. Aquéllas que se hayan limitado a anular la de instancia para repetir el juicio o dictar nueva sentencia no son susceptibles de casación art. 847.2 LECrim).

Dos líneas de fuerza, que en alguna medida operan en direcciones opuestas, van a ser capaces en mi opinión de mutar de facto los perfiles del recurso de casación:

del art. 2 del Protocolo 7 del Convenio.

2º.- Que han recaído con posterioridad al primer grupo de dictámenes varias decisiones de inadmisión de Comunicaciones, en las que el Comité de Naciones Unidas considera adecuada y suficiente la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo Español en un recurso de casación. La Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005 PARRA CORRAL c. España, 4.3) señala que «la alegación referente al párrafo 5 del art. 14, esto es, el hecho de que presuntamente los tribunales españoles no examinaron de nuevo la apreciación de las pruebas no es consecuente con el texto de los fallos del Tribunal Supremo y Constitucional en el caso de autos. Después de que estos dos tribunales examinaron a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran insuficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron con todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena». Igualmente la Decisión de 25 de julio de 2005, (comunicación núm. 1399-2005, CUARTETA CASADO c. España, § 4.4) destaca que «con respecto a la presunta violación del párrafo 5 del art. 14, del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó con gran detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el Juzgado de primera instancia. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados delitos, como la agresión sexual». En igual sentido la Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1389-2005, BERTELLI GÁLVEZ c. España, § 4.5, la Decisión de 28 de octubre de 2005 (comunicación núm. 1059-2002, CARBALLO VILLAR c. España, § 9.3 y Dictámenes 1156/2003, de 18 de abril de 2006, 1094/2002 de 24 de abril de 2006, 1102/2002, de 26 de abril de 2006, 1293/2005, de 14 de agosto de 2006, 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006).

1. De una parte es muy probable que se redimensione la holgura con que el Tribunal Supremo se adentra en cuestiones de prueba al conocer de invocaciones de la presunción de inocencia. Hay todo un debate detrás de mayor calado sobre cuáles sean las últimas exigencias de la presunción de inocencia y hasta dónde puede llegarse en una fiscalización probatoria desde esa óptica. Pero sea cual sea la concepción que al respecto se defienda, lo cierto es que el Tribunal Supremo, especialmente a raíz de aquéllos dictámenes de comienzos de siglo de Naciones Unidas antes comentados, ha tendido a ensanchar, siempre con ciertas autolimitaciones, su capacidad de fiscalizar el tratamiento de la prueba dado por el Tribunal de instancia. Muchas veces no se limita a constatar la presencia de prueba de cargo, sino que examina su solidez y su fuerza convictiva. Existiendo ya un recurso de apelación previo con amplia capacidad para revisar la valoración de la prueba cuando la sentencia es condenatoria, es pronosticable que la casación irá paulatinamente abandonando ese territorio, seguramente ajeno, que había ocupado bajo la bandera de la presunción de inocencia. Devendrá innecesario suplir las carencias derivadas de la ausencia de una apelación.
2. La segunda cuestión es también clave aunque son más difíciles las previsiones. Afecta a los casos en que el recurso de apelación ha sido estimado dando lugar a la revocación de la sentencia condenatoria por motivos diferentes a una infracción de ley del art. 849.1º (caso en el que no hay problema alguno para que sea viable la impugnación en casación de la sentencia de apelación). En esos otros supuestos –v.gr., estimación del recurso por considerarse que la prueba era insuficiente (presunción de inocencia), o estimación de una ilicitud probatoria desechada en la instancia- ¿será posible acceder a la casación? No son temáticas encajables en una infracción de ley. El único mecanismo para acceder al Tribunal Supremo sería la denuncia de una vulneración constitucional. Si concebimos el derecho a la tutela judicial efectiva (como ha tendido a hacer el Tribunal Supremo para abordar estos mismos supuestos en las sentencias dictadas en el ámbito del tribunal del Jurado) de una forma muy amplia, camaleónica, como cajón de sastre a través del cual se pueden rectificar todas las discrepancias con la sentencia de apelación temas como los apuntados podrían volver a ser revisados por el Tribunal Supremo. Sí, por el contrario, como sostengo, el derecho a la tutela judicial efectiva no es vulnerado más que cuando se dicta una resolución

manifiestamente irrazonable (y no meramente contraria a la ley o a determinada interpretación de la ley) habrá que concluir que esos supuestos *mueren* en la apelación (no cabe una presunción de inocencia invertida). Aunque el Tribunal Supremo pueda discrepar de la decisión del Tribunal Superior de Justicia en esas materias no habría vía de acceso a la casación. Tan solo cuando se detecte una vinculación clara con un derecho fundamental (y no una débil y etérea referencia al proteico derecho a la tutela judicial efectiva) la acusación podrá elevar la cuestión al Tribunal Supremo (por ejemplo, considerando que la declaración improcedente de ilicitud de una prueba afecta al derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes del art. 24 CE). La forma en que se interprete el art. 852 LECrim y la versatilidad que se otorgue al derecho a la tutela judicial efectiva serán determinantes para ver si también en este segundo ámbito habrá una reducción (que considero deseable, máxime para centrar la atención en los problemas de derecho sustantivo) de los motivos de casación que permiten revisar sentencias absolutorias o no.

XI. RECURRIBILIDAD DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS POR RAZONES PROBATORIAS

La cuestión de los límites de la revaloración de la prueba en vía de recurso entró en ebullición a raíz de un pronunciamiento constitucional recaído en la segunda mitad del año 2002 al que siguieron muchos otros introduciendo severas limitaciones para la revocación de sentencias absolutorias por razones probatorias. La génesis de esa posición del TC hay que buscarla en la jurisprudencia europea. Desde hace años el TEDH ha examinado esta materia con peculiar rigor. La recepción de esa doctrina en nuestra jurisprudencia se produjo tardíamente. Se inició con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y se reiteró en numerosas sentencias posteriores (hasta alrededor de un centenar). El eje de la argumentación es que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria donde el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de las pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resulta necesaria

la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Los principios de publicidad, inmediación y contradicción exigen que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. El órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

En la doctrina de Estrasburgo la primera resolución que abordó esta materia fue el caso Ekbatani contra Suecia (STEDH de 26 de mayo de 1988). Luego vendrían tres SS TEDH con la misma fecha: 29 de octubre de 1991 (caso Helmers contra Suecia, caso Jan-Ake Anderson contra Suecia y caso Fejde contra Suecia). El criterio se consolidó en pronunciamientos posteriores (STEDH de 8 de febrero de 2000 (caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino); STEDH 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumanía) y STEDH 25 de julio de 2000 (caso Tierce y otros contra San Marino). Se sostiene que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción considerada punible. Son múltiples los pronunciamientos del TEDH en esta materia condenando a España (por todos, sentencia de 21 de septiembre de 2010, Caso Marcos Barrios c. España). Tal doctrina había tenido ya una repercusión evidente en casación al autorrestringirse la capacidad de revisar inferencias. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012 negó la posibilidad de una vista en casación encaminada a satisfacer esas exigencias, de lo que se infiere la imposibilidad de revisar cualquier cuestión fáctica (tanto objetiva como interna o subjetiva), en contra del reo, sea por la vía del art. 849.2º (error en la valoración de la prueba derivada de un documento), sea por la puerta del art. 849.1º (a través de la clásica doctrina sobre la revisión de inferencias o juicios de valor).

Doble instancia e inmediación parecen principios incompatibles especialmente cuando la primera sentencia es absolutoria. Sentada la necesidad de generalizar la doble instancia, atribuyendo a los Tribunales

Superiores de Justicia el conocimiento de la apelación de sentencias dictadas por los tribunales colegiados; y a su vez abriendo la casación a todas las sentencias de fondo de apelación (no a las que se limitan a anular la sentencia de instancia en postulado felizmente introducido en la reforma: art. 847.2), el legislador había de optar por alguna de estas fórmulas para compatibilizar los dos principios:

1. Negar la posibilidad de que las sentencias absolutorias por temas de valoración probatoria sean susceptibles de recurso por motivos de fondo. De estimarse el recurso tendríamos que la primera condena habría recaído en apelación y por tanto no existiría frente a ella posibilidades de un recurso amplio como es la apelación. Este es el sistema americano. Y es el modelo que acogía el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Tiene un inconveniente grave en mi opinión, aunque posiblemente sea la fórmula menos complicada. Alienta en el juzgador de instancia una sutil sensación de blindaje o inmunidad cuando sus sentencias son absolutorias. Ese sentimiento es campo bien abonado para el desacierto. La posibilidad de recurso ejerce también una benéfica influencia disciplinaria en el proceso de enjuiciamiento.
2. Admitir la apelación pero estableciendo la necesidad de reproducir la prueba en la segunda sentencia. Es el modelo alemán. Como se intuye, deja sin solucionar el tema de la doble instancia cuando la condena se produce por primera vez en la apelación contra la inicial sentencia absolutoria. La utilización de la grabación como sucedáneo de esa reproducción de prueba creo que, amén de estar ya rechazada por el TC, no es buen sistema. Ni hay intermediación en rigor, ni se alcanzan sus fines.

Frente a esos dos extremos cabían fórmulas intermedias precisadas de algunas dosis de imaginación. Entre ellas, el mantenimiento de los recursos contra sentencias absolutorias por razones de prueba pero con modulaciones. El tradicional motivo de error en la valoración de la prueba solo ha de admitirse frente a sentencias condenatorias. Pero en apelación las sentencias absolutorias podrían ser anuladas, cuando la motivación fáctica adolezca de deficiencias relevantes. Es la senda que elegía el BCPP de 2013 y que ha pasado a la ley de la mano de la reforma de 2015.

El ya vigente art. 792.2 LECrim dispone a este respecto: «...la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas... No obstante, la

sentencia absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida».

Y en armonía con ello, establece el art. 790.2: «Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada».

XI. EXPANSIÓN DE LA FUNCIÓN UNIFICADORA DE LA CASACIÓN.

Hasta la fecha solo un tanto por ciento muy bajo de figuras penales tiene acceso ordinario a la casación. Si a esa realidad se une el hiperactivismo de nuestro legislador penal de los últimos años, el resultado era preocupante: la interpretación de un gran número de tipos penales quedaba en manos de las distintas Audiencias Provinciales, sin posibilidad de homogeneizar.

Se hacía imprescindible por ello una casación que permitiese al Tribunal Supremo pronunciarse sobre todas las materias. Eso solo se podía conseguir reduciendo el número de asuntos que ha de resolver la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En la actualidad llegan muchos asuntos y pocas materias: hay que invertir la proporción. Todos los temas penales han de contar con interpretación de la Alta instancia jurisdiccional, lo que exige paralelamente unos filtros para descongestionar las tareas del Tribunal y permitirle desarrollar su función nomofiláctica de manera plena. Las divergencias en temas como la prescripción de la pena, o las exigencias subjetivas de los delitos de violencia intrafamiliar son dos ejemplos –de entre muchos– de esa patente esa dispersión. Era urgente mayor cohesión interpretativa.

Ha acertado también en esto la reforma operada por la L 41/2015. El nuevo art. 847.1.b) LECrim abre las puertas de la casación a todas las sentencias de fondo dictadas en apelación, aunque cuando se trate de asuntos enjuiciados en primera instancia por un Juzgado de lo Penal exclusivamente cabe acudir al Tribunal Supremo por la vía del art. 849.1º (infracción de ley penal sustantiva).

La limitación de asuntos se produce de esa forma mediante la limitación de los motivos de casación. Solo cuando la sentencia de primera instancia se

ha dictado por un Tribunal colegiado rige toda la panoplia de causales de casación. En los demás supuestos solo es posible invocar la infracción de una norma jurídica sustantiva que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal , lo que comporta la necesidad de respetar los hechos que la sentencia declare probados: art. 884.3º LECRIM.

Pienso que en este punto sería opción más inteligente para mantener la simetría expulsar de la casación las infracciones procesales, aunque tengan alcance constitucional, así como la presunción de inocencia. Tales temas ya serán ventilados en la obligada apelación y, en su caso, a través del recurso de amparo que podría ser simultáneo al recurso de casación por infracción de ley. Así recuperaría el TS su auténtica función y espacio: la última palabra para la interpretación de la ley penal. Existiendo la apelación y recurso de amparo, no hay razones de peso que aconsejen intercalar otro escalón (el Tribunal Supremo) en cuestiones de tipo procesal constitucional. Es más, nada se opone a la simultaneidad impugnativa: un recurso de casación destinado exclusivamente a fijar la interpretación de la ley penal sustantiva no pierde su función ni finalidad por el hecho de que en el asunto concreto, el TC declare, anticipadamente o después, que se ha violado la presunción de inocencia. La sentencia del Tribunal Supremo interpretando la ley penal sienta doctrina más allá de que *in casu* exista o no, prueba; o sea o no procedente la condena.

