

La simplificación de la Justicia Penal y Civil

VICENTE GIMENO SENDRA



Derecho Penal
y Procesal Penal

LA SIMPLIFICACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL Y CIVIL

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Vicente Gimeno Sendra, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; director de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo López-Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

LA SIMPLIFICACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL Y CIVIL

VICENTE GIMENO SENDRA
(Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.
Magistrado emérito del T.C.)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2020

Primera edición: octubre de 2020

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Vicente Gimeno Sendra (Catedrático de Derecho Procesal de la UNED. Magistrado emérito del T.C.)
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-20-206-4 (edición en papel)
090-20-207-X (edición en línea, PDF)
090-20-208-5 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2665-0

Depósito legal: M-26705-2020

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
PARTE PRIMERA: «EL DERECHO A LA TUTELA Y LA SIMPLIFICACIÓN DE LA JUSTICIA»	13
PARTE SEGUNDA: «EL DERECHO JUDICIAL ORGÁNICO»	15
I. LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS	15
II. LA PROMOCIÓN MEDIANTE «ESPECIALISTAS»	17
1. La provisión de la Presidencia de la A. N. y de los Magistrados de su Sala de Apelación	17
2. La promoción a las Salas de apelación especializadas en « <i>violencia sobre la mujer</i> »	18
III. LA INFORMATIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	20
1. La entrada de los medios audiovisuales en el proceso	20
2. Los nuevos medios telemáticos de comunicación	23
3. El acceso de los interesados al expediente judicial electrónico	25
4. La inteligencia artificial	27
A) En el proceso penal	27
B) En el proceso civil	30
a) Los procesos sumarios	30
b) Los procesos especiales	31
a') No susceptibles de IA	31
b') Susceptibles de IA	32

	Páginas
PARTE TERCERA: «LA SIMPLIFICACIÓN DEL PROCESO PENAL»	35
I. OBSTÁCULOS	35
1. La LECrim de 1882 y su arcaica concepción del principio de legalidad	35
2. El sistema procedimental penal	36
II. MEDIDAS DE SIMPLIFICACIÓN	38
1. A corto plazo: el principio de oportunidad, la conformidad y la mediación penal	38
A) El principio de oportunidad	38
a) Concepto y fundamento	39
b) Oportunidad y Código Penal	40
a') Supuestos comunes	40
b') Supuestos especiales	41
B) Oportunidad y conformidad	42
C) La mediación penal	45
a) Régimen jurídico	46
b) Ámbito de aplicación	46
c) Presupuesto	47
d) Objeto	48
e) La resolución judicial	48
f) Procedimiento	49
a') Las diligencias policiales de prevención	50
b') La fase instructora y la «derivación al procedimiento de mediación»	51
2. A medio plazo: la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal	51
A) El punto de partida de la reforma	52
B) Los Anteproyectos de reforma, de 2011 y 2013	53
a) La instrucción	53
a') El Anteproyecto de 2011	54
b') El Anteproyecto de 2013	54
b) Las partes privadas	56
a') En el Anteproyecto de 2011	56
a'') La acusación particular	56
b'') La acusación popular	56

	Páginas
b') En el Anteproyecto de 2013	57
a'') La acusación particular	57
b'') La acusación popular	57
c) « <i>De lege ferenda</i> »	58
d) La acción civil	59
e) El recurso de apelación	60
a') El recurso de apelación en el Anteproyecto de 2011	60
b') Valoración crítica: apelación amplia y restrin- gida	61
f) El recurso de casación	63
PARTE CUARTA: «LA SIMPLIFICACIÓN DEL PROCESO CIVIL»	65
I. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000	65
II. ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA INEFICACIA DE LA JUSTI- CIA CIVIL	66
III. LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCESOS ORDINARIOS ...	68
1. La supresión del juicio verbal	68
2. La modificación de la comparecencia previa	70
IV. LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCESOS SUMARIOS Y ES- PECIALES: SU DRÁSTICA REDUCCIÓN	71
V. EL INCREMENTO DEL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN ...	74
1. La consolidación de las obligaciones procesales	74
A) La obligación de comparecencia	74
B) La obligación de veracidad, lealtad y buena fe procesal ..	76
C) La obligación de exhibición de documentos	77
D) La obligación de manifestación del patrimonio	79
E) La obligación de sometimiento a un análisis del ADN para la investigación de la paternidad	80
2. El examen de oficio de los presupuestos procesales	81
ANEXO I. LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA ANUNCIADOS POR EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LOPJ DE 2011	85
ANEXO II. OFICINA JUDICIAL, TRIBUNALES DE INSTANCIA Y AGILIZACIÓN PROCESAL	89
ANEXO III. LOS PROCEDIMIENTOS PENALES SIMPLIFICA- DOS (PRINCIPIO DE «OPORTUNIDAD» Y PROCESO PENAL MONITORIO)	97

	<u>Páginas</u>
ANEXO IV. EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN DE LAS PARTES PRIVADAS EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM DE 2011	119
ANEXO V. EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LOS ANTEPROYECTOS DE REFORMA DE LA LECRIM	141
ANEXO VI. ESTUDIO COMPARADO DEL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN DE LAS PARTES PRIVADAS EN LOS ANTEPROYECTOS DE LECRIM DE 2011 Y 2013	157
ANEXO VII. LA ABOLICIÓN DEL JUICIO VERBAL Y DE LOS PROCESOS ESPECIALES Y SUMARIOS	169
ANEXO VIII. LA MEDIACIÓN PENAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	183
CONCLUSIONES	205

PRÓLOGO

Esta pequeña monografía pretendía convertirse, de un lado, en la conferencia de apertura del proyectado XVII Congreso iberoamericano de Derecho Procesal que se habría de realizar, durante los días 26 y 27 de noviembre, en nuestra Facultad de Derecho de la UNED y, de otro, en la charla que asimismo tendría que impartir en las también malogradas XXVII Jornadas Enrique Ruiz Vadillo que, en el mes de junio de cada año, venimos celebrando, con la participación de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, en nuestro centro asociado de Melilla.

Pero la aparición, a principios de este año 2020, de la pandemia del coronavirus impidió la realización de ambos eventos y me obligó, como todos los españoles, a recluirme en mi domicilio desde el mes de marzo hasta el 21 de junio del año en curso. Fruto de dicha reclusión lo ha constituido esta monografía en la que, tras la pertinente argumentación, realizo unas treinta conclusiones de reforma, tanto de nuestro Derecho Judicial Orgánico, como de la vetusta LECrim e incluso de la LEC, la cual ha cumplido ya 20 años con todos sus logros, pero también con sus defectos apreciados en su práctica forense.

Sin duda muchas de las referidas soluciones «*de lege ferenda*», propuestas al término de esta obra, podrán tildarse de equivocadas, pero si contribuyen a la reflexión y a la crítica desinteresada (esto es, ajena a los intereses corporativos) de nuestra legislación procesal en punto a la obtención de una justicia penal y civil más respetuosa con los derechos fundamentales, más rápida y eficaz en la solución de los conflictos intersubjetivos y sociales y que asimismo dispense una justicia material y más cercana a los ciudadanos, he de darme por satisfecho.

PARTE PRIMERA

**EL DERECHO A LA TUTELA Y LA SIMPLIFICACIÓN
DE LA JUSTICIA**

Según el diccionario de la Real Academia Española, por simplificación cabe entender la acción, consistente en «hacer más sencillo, más fácil o menos complicado algo».

Pues bien, para hacer más sencilla, más fácil o menos complicada nuestra justicia, se hace necesario posibilitar, con toda su amplitud, el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, para ello, en mi opinión, debería cumplirse con las siguientes exigencias constitucionales:

- 1) Ha de existir un libre acceso de los ciudadanos a sus tribunales;
- 2) pero también el ordenamiento ha de otorgar la posibilidad de evitar dicho acceso y acudir a equivalentes jurisdiccionales, siempre y cuando los principios dispositivo y de oportunidad lo autoricen;
- 3) la organización judicial ha de evitar la indebida creación de órganos jurisdiccionales especializados o su provisión mediante no menos indebidas certificaciones que infrinjan los principios constitucionales de «capacidad y mérito»;
- 4) en cualquier caso, el acceso del ciudadano justiciable a sus tribunales y al proceso lo ha de ser con pleno reconocimiento de su derecho de defensa, pero también directo, sin intermediarios, y en términos inteligibles;
- 5) el sistema procedimental debiera contar con uno o a lo sumo dos procesos ordinarios y un escaso número de procesos especiales, que eviten la proliferación de la excepción del procedimiento inadecuado;
- 6) el proceso ordinario ha de estar informado por el principio de oralidad en la fase probatoria, tanto en la primera instancia, como en la de apela-

■ LA SIMPLIFICACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL Y CIVIL

ción. En el proceso penal, se ha de garantizar el derecho a la última palabra en todas las instancias, incluida la casación, cuando se haya de condenar al absuelto o gravar con mayor penalidad al condenado;

7) asimismo debiera de contar con determinadas obligaciones procesales y resoluciones provisionales que garanticen los fines del proceso,

8) el proceso penal ha de cumplir la totalidad de sus fines constitucionales: no sólo la aplicación del derecho estatal de penar, sino también la obtención de la tutela de la víctima y, en la medida de lo posible, la reinserción del imputado. Para ello, ha de cohonestar el derecho de defensa y el acusatorio con la celeridad y eficacia que la sociedad demanda, y

9) la tutela judicial que se dispense ha de ser ética, eficaz, pronta y material, debiéndose desterrar, como regla general, las resoluciones absolutorias en la instancia.

El cumplimiento de estas exigencias constitucionales conlleva la necesidad de revisar y, en su caso, reformar el Derecho Judicial Orgánico, el Procesal Civil y el Penal.

PARTE SEGUNDA

EL DERECHO JUDICIAL ORGÁNICO

En esta materia del Derecho Jurisdiccional conviene nos planteemos la justificación, desde la enunciada perspectiva del derecho a la tutela, de la creación de «tribunales especializados» dentro de los distintos órdenes jurisdiccionales, así como la exigencia de la posesión del título de «especialista» para la provisión de determinados órganos jurisdiccionales.

I. LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS

Tradicionalmente nuestra Jurisdicción aparecía dividida en cuatro órdenes jurisdiccionales: el civil, el penal, el contencioso-administrativo y el social o laboral.

Pero, en estos últimos tiempos y atendiendo a criterios de especialización, han surgido determinados Juzgados especiales, algunos de los cuales no han contribuido precisamente a la simplificación de la justicia.

Ello es lo que sucedió, por ejemplo, con los **Juzgados de lo Mercantil** que, creados por la L. O. 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, y ubicados en las capitales de provincia, ostentan competencia objetiva sobre materias de Derecho Concursal y Mercantil (previstas en el art. 86 ter de la LOPJ).

El problema de estos Juzgados, ciertamente especializados, es que su competencia se solapa, en determinadas materias, con la de los **Juzgados civi-**

les de 1.ª instancia e incluso con los no hace mucho creados por el CGPJ¹ **Juzgados de 1.ª instancia especializados en cláusulas abusivas de las hipotecas**, tales como cláusulas suelo, vencimientos anticipados, intereses moratorios, gastos de formalización de hipoteca o hipotecas multidivisas, etc.

De este modo, si, contra una cláusula abusiva, se ejercitara una acción colectiva, el Juzgado competente sería el de lo Mercantil y se dilucidaría a través de nuestro juicio verbal; pero, si fuera individual y se solicitara su nulidad, habría que acudir al Juzgado de 1.ª instancia e instar la incoación del correspondiente juicio ordinario, y, si se tratara de alguna de las cláusulas previstas en el citado Acuerdo del Pleno del CGPJ, de 25 de mayo de 2017, habría que acudir, también a través del juicio ordinario, al Juzgado de 1.ª instancia especializado en esta materia. El resultado de todo ello es que, si existe algún error en la determinación de la competencia objetiva o la del procedimiento aplicable, habrá de prosperar una resolución judicial absolutoria en la instancia, con las eventuales y consiguientes idas y venidas del justiciable de la capital de la provincia a su periferia.

No se nos oculta que la creación de estos Juzgados de lo Mercantil y sus Salas especiales de las Audiencias Provinciales se ajustan plenamente al criterio de la especialización en una materia cada vez más importante, como lo es el Derecho Mercantil.

Pero esta necesaria especialización no exige la creación de estos órganos separados, como compartimentos estancos y coexistentes con los Juzgados y Salas civiles, cual si de una jurisdicción especial inserta en la ordinaria se tratara, sino la instauración de los anunciados, por el Anteproyecto de reforma de la LOPJ de 2011², **Tribunales de Instancia** en cuyo seno podrían constituirse los correspondientes Juzgados especializados (y no sólo mercantil, sino también de violencia sobre la mujer, familia, propiedad horizontal, etc.), de tal suerte que las demandas se plantearían ante su Presidente, quien, con arreglo a las normas de reparto, las turnaría al órgano especializado quien habría de asumir definitivamente su competencia.

¹ Mediante Acuerdo del Pleno, de 25 de mayo de 2017, y con base en el art. 98.2 LOPJ, que, introducido por la L. O. 7/2015, nos suscita alguna duda de inconstitucionalidad, ya que no se entiende muy bien cómo un órgano gubernativo, cual es el CGPJ, pueda predeterminar la creación de tribunales, si se repara en que el juez ordinario ha de estar «... *predeterminado por la Ley*» (art. 24.2 C. E.) la cual ha de ser la **Orgánica del Poder Judicial** (arts. 81 y 122.1 C. E.).

² GIMENO, «Los Tribunales de Instancia», en *La Ley*, núm. 7586, de 10 de marzo de 2011. Este artículo puede consultarse en el Anexo núm. 1 de esta obra.

II. LA PROMOCIÓN MEDIANTE «ESPECIALISTAS»

Al igual que los Juzgados especializados, sólo razones de especialización en el Derecho material y la promoción de sus titulares con arreglo a los principios constitucionales de «*capacidad y de mérito*» (arts. 23.2 y 103.3 C. E.) justifican su provisión a través del pertinente concurso entre jueces y magistrados.

De aquí que tradicionalmente la condición de magistrado especialista se reservara exclusivamente a los pertenecientes a los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social (arts. 329.2, 330.2. y 3 LOPJ)³.

En el momento actual, sin embargo, determinadas reformas, realizadas en la LOPJ durante la presente década, han contribuido a desvirtuar este principio. Me estoy refiriendo a las novedosas exigencias de obtención de la condición de «*magistrado especialista*» para acceder a los puestos de Presidente de la Audiencia Nacional o de su Sala de apelación, así como las Salas especializadas sobre la violencia de la mujer de las Audiencias provinciales.

1. La provisión de la Presidencia de la A. N. y de los Magistrados de su Sala de Apelación

De este modo, la reforma de la LOPJ, operada por la L. O. 19/2003 de previsión de la creación de órganos jurisdiccionales de apelación, instauró en su arts. 333.1⁴ y 330.7. II⁵ la «*preferencia*» en la provisión de la plaza de Presidente de la A. N. y de su Sala de apelación de magistrados que «*ostenten la condición de especialista*», titulación cuyo monopolio de expedición os-

³ Históricamente la Jurisdicción Ordinaria tan sólo era competente para el conocimiento de los litigios civiles y de los procesos penales. Pero paulatinamente fueron apareciendo, de un lado, la Jurisdicción administrativa (que pasa de la jurisdicción retenida del Consejo de Estado a la delegada, hasta llegar, en el año 1956, a la instauración de los Tribunales de lo contencioso-administrativo) y, de otro, surge a principios del S. XX la laboral (leyes de comités paritarios, jurados mixtos y Magistraturas de Trabajo) fundamentalmente para dotar de una mayor rapidez a la heterocomposición de los conflictos de trabajo.

Pero debido a la instauración por la CE del principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5), la LOPJ de 1985 procedió a refundir todas estas jurisdicciones (algunas de las cuales, como es el caso de la laboral, dependía del Ministerio de Trabajo) y a incluirlas dentro del Poder Judicial bajo la denominación de «órdenes jurisdiccionales».

⁴ «... la Presidencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se proveerá entre magistrados con más de quince años de antigüedad en la carrera que hayan prestado servicios al menos durante diez años en el orden jurisdiccional penal, *prefiriéndose entre ellos a quien ostente la condición de especialista*» (art. 333.1 LOPJ).

⁵ «La provisión de plazas de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se resolverá a favor de quienes, con más de quince años de antigüedad en la carrera, hayan prestado servicios al menos durante diez años en el orden jurisdiccional penal, *prefiriéndose entre ellos a quienes ostenten la condición de especialista*» (art. 330.7. II LOPJ).

tenta el C. G. P. J. (art. 599.1.4.^a y 37.2 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial⁶).

No se entiende, sin embargo, con base en qué criterios del Derecho Material puede requerirse un certificado de «Magistrado especialista» para el genérico conocimiento de los objetos procesales civiles o penales, ya que dicho conocimiento, al ser exigible en el ingreso en la función judicial, es reclamable de todo juez o magistrado.

De aquí que haya de concluirse en que el otorgamiento de esta facultad al órgano de gobierno de los jueces, que evoca las tristemente famosas «declaraciones de especial idoneidad» del Estado franquista, puede contribuir a efectuar un control ideológico sobre estos órganos de decisión destinados a hacer cumplir el C. P. también en los supuestos de corrupción política⁷.

Por ello, debiera suprimirse esta competencia del C. G. P. J., cuyo ejercicio puede vulnerar el **juez legal**, que, según nuestra Ley Fundamental ha de ser «*independiente y sólo sometido al imperio de la Ley*» (art. 24.2 en relación con el art. 117.1 C. E.).

2. La promoción a las Salas de apelación especializadas en «*violencia sobre la mujer*»

Aun cuando la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, efectuada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, haya de recibir todos nuestros aplausos, no podemos afirmar otro tanto con respecto a la reciente creación, en las Audiencias Provinciales, de las Secciones de violencia contra la Mujer, que ha inaugurado la reforma a la LOPJ operada por la L. O. 5/2018, de 28 de diciembre.

En efecto, con respecto a la creación de tales Juzgados especializados no hay nada que objetar, sino antes al contrario, están dirigidos a contribuir a erradicar esta grave lacra social que es la violencia contra la mujer, la cual

⁶ «Para la cobertura de aquellas plazas a las que la LOPJ atribuye a la especialización el carácter de mérito preferente, los jueces y magistrados que hayan superado las pruebas de promoción o especialización previstas para los órdenes civil y penal tendrán la consideración de especialistas en los respectivos órdenes».

⁷ Sirva a título de ejemplo paradigmático los nombramientos, mediante Acuerdo de 17 de mayo de 2017 del CGPJ, de D. Enrique López López y D. Eloy Velasco Núñez, como únicos especialistas en la jurisdicción penal estimados por el CGPJ para formar parte de la recién creada Sala de apelaciones de la A. N., según afirmó la querrela, de 13 de abril de 2018, presentada ante el T. S. por la «*Associacio Atenes juristes pels drets civils*» y suscrita por D. Elpidio José Silva Pacheco, la cual fue inadmitida mediante la ATS de 14 de enero de 2019 con imposición, por el ATS de 26 de julio de 2019, a la referida asociación de una multa por infracción de la buena fe procesal de 5.000 euros.

requiere, sobre todo en materia de emisión de medidas cautelares y provisionales, una respuesta rápida de nuestra jurisdicción penal, que los juzgados ordinarios de instrucción, excesivamente burocratizados, no siempre pueden otorgar.

Pero, si bien estas razones de política legislativa abonan por el mantenimiento y potenciación de estos Juzgados especializados, no sucede otro tanto con la creación, por la referida L. O. 5/ 2018, de las Secciones de «*violencia contra la mujer*», que, en el tercer turno de promoción a Magistrado, ha yuxtapuesto e incrementado a los órdenes administrativo, social y a los tribunales mercantiles, la especialización «*de violencia sobre la mujer*»⁸.

Y es que aquí no encontramos justificación alguna al incremento de este tercer turno de concurso restringido, pues, ya no se trata de disponer con urgencia y eficacia medidas cautelares sobre los maltratadores, sino de aplicarles, sin más, el Código Penal, para lo cual están capacitados todos los magistrados de cualquier Sección de la Audiencia Provincial.

Por ello, y con independencia del mantenimiento de los siempre necesarios cursos de formación del C. G. P. J., la promoción de los jueces y magistrados debiera suceder atendiendo a los únicos criterios que el art. 23.2 puesto en relación con el art. 103.3 C. E., consagra: los de «*capacidad y mérito*»⁹.

La obtención de este resultado en los preceptivos concursos se puede hoy facilitar mediante el recurso a las nuevas tecnologías que están siendo introducidas en nuestra administración de justicia

De este modo, para determinar la capacidad y mérito del juez o magistrado, no sólo debieran tomarse en consideración sus títulos universitarios de doctorado, másteres y cursos del CGPJ realizados, sino también la calidad de sus sentencias que, al estar informatizadas, permiten ser analizadas mediante buscadores inteligentes que determinen el número de sus resoluciones revocadas, así como las citas jurisprudenciales, en sus sentencias, de nuestros más altos tribunales (TJUE, TEDH, T. C., T. S...) y por qué no, al igual como acontece en la R. F. A., también debiera la comisión calificadora tomar en consideración las citas doctrinales (en la actualidad inexistentes) que demuestren la actualización y calidad de los conocimientos jurídicos del aspirante.

⁸ Art. 311.1. III LOPJ: «*La tercera vacante se proveerá, entre jueces, por medio de pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, y de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social, y en materia mercantil y de violencia sobre la mujer*».

⁹ SSTC 96/1997, 167/1998, 138 y 235/2000, 107/2003, 27/2012, 215/2013, 131/2017...

III. LA INFORMATIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Con independencia de los mencionados concursos de promoción del personal jurisdiccional, la entrada de las nuevas tecnologías en el proceso ha supuesto una auténtica revolución en nuestra justicia y provocado, en especial, la crisis de determinadas profesiones jurídicas, tales como la del Secretario judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia) o la del Procurador.

1. La entrada de los medios audiovisuales en el proceso

Como es sabido, la figura del Secretario judicial ha sufrido una importante transformación como consecuencia, de un lado, de la aparición de los nuevos medios de reproducción de la imagen y del sonido y, de otro, del correo electrónico.

La exigencia de que todas las vistas hayan de ser grabadas mediante dispositivos electrónicos¹⁰ ha hecho innecesaria la presencia en ellas del Secretario, limitándose su función a garantizar, mediante su firma electrónica, la autenticidad de los grabados¹¹. La fe pública judicial, último reducto de la «imparcialidad» del Secretario (arts. 452.1 LOPJ y 145 LEC), ha quedado, pues, relegada a esta función y a los escasos supuestos de emisión de actas de constancia cuyo contenido no pueda «registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción» (art. 146.2. II LEC).

Como consecuencia de todo ello, los Secretarios judiciales que, por ejercer la potestad de instrumentación, ínsita en la de juzgar, permitían su configuración como un «órgano colaborador de la Jurisdicción» o cuasi jurisdiccional, han pasado a convertirse, tras la reforma a la LOPJ efectuada por la L. O. 19/2003, en «*funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior, único... dependiente del Ministerio de Justicia...*» (art. 440) y, en cuanto tales funcionarios, están sometidos a los principios de «*unidad y dependencia jerárquica*» (art. 452.1 LOPJ).

Conforman, pues, los Letrados de la Administración de justicia un **órgano administrativo** (perteneciente a la denominada «*Administración de la Ad-*

¹⁰ Arts. 230.3 LOPJ, redactado por la L. O. 4/2018, 743 y 972 LECrim y 147 LEC.

¹¹ Arts. 453.1. II LOPJ y 147. II LEC.

*ministración de Justicia»*¹²), **cuya función**, tal y como han declarado, tanto el TJUE¹³, como nuestro T. C.¹⁴, **en modo alguno posee naturaleza jurisdiccional**.

Así, pues, ni pueden plantear los Letrados de la Administración de Justicia la «cuestión prejudicial» del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ni expedir títulos ejecutivos en el procedimiento monitorio¹⁵, ni dictar Decretos que no puedan ser impugnados ante el Juez competente¹⁶.

¹² «El art. 149.1.5 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la «Administración de Justicia»; ello supone, en primer lugar, extremo este por nadie cuestionado, que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución). La competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí. Pero no puede negarse que, frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existen un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se colocan, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal, «al servicio de la Administración de Justicia», esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial; cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales. Ciertamente, deslindar los elementos básicos del autogobierno era una tarea difícil de realizar en el momento en que se aprobaron los Estatutos de Autonomía y eso explica que se dejara ese deslinde al legislador orgánico, sin perjuicio del hipotético control de constitucionalidad de este Tribunal. Lo que la cláusula subrogatoria supone es aceptar el deslinde que el Estado realiza entre Administración de Justicia en sentido estricto y «Administración de la Administración de Justicia»; las Comunidades Autónomas asumen así una competencia por remisión a ese deslinde, respetando como núcleo inaccesible el art. 149.1.5 de la Constitución, con la excepción de lo dispuesto en el art. 152.1, segundo párrafo.» (STC 56/1990, F. J. 6).

¹³ STJUE de 16 febrero 2017, Caso Ramón Margarit Panicello contra Pilar Hernández Martínez. «el Secretario Judicial, en el ejercicio de sus funciones, debe atenerse a las instrucciones que le imparta su superior jerárquico...el Secretario Judicial no constituye un «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE... Por consiguiente, el Secretario Judicial no está facultado para plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial».

¹⁴ SSTC 34/2019 de 14 marzo (RTC 2019\34), SSTC 58/2016 (RTC 2016, 58) y 72/2018 (RTC 2018, 72). «Son los jueces y magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado [art. 117.3 CE (RCL 1978, 2836)]; en última instancia, se pretende garantizar que toda resolución del letrado de la administración de Justicia en el proceso pueda ser sometida al control del juez o tribunal, lo que resulta una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE...». «Lo que a estos efectos interesa es que, al igual que en el caso del párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA (RCL 1998, 1741) y del art. 188.1, párrafo primero, LJS (RCL 2011, 1845) se crea un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, privando a las partes, dada la ausencia de recurso contra el decreto, de instrumentos indispensables para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, como es su derecho a que la decisión procesal del letrado de la administración de justicia sea examinada y revisada por quien está investido de jurisdicción (esto es, por el juez o tribunal) (STC 58/2016, FJ 7, y 72/2018, FJ 4)» (STC 34/2019).

¹⁵ STJUE de 18 de febrero de 2016.

¹⁶ Ello es lo que ocurrió con el art. 102 bis.2 LJCA que, al prohibir la impugnación de los Decretos resolutorios del recurso de reposición, fue declarado inconstitucional por la STC 58/2016 de 17 marzo (RTC 2016\58), así como con el art. 188.1 de la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social que contenía idéntica prohibición, por lo que también fue declarado inconstitucional por la STC 72/2018 de 21 junio (RTC 2018\72).

Y, si no ostentan naturaleza jurisdiccional, habrá que proceder a revisar la mal denominada distribución de «competencias»¹⁷ entre los Jueces y los Secretarios realizada por la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Personalmente ya en el año 2011¹⁸ me ocupé de este tema y propuse determinadas limitaciones a la descongestión de funciones judiciales en el Secretario, a quien se le debería vedar la adopción de las siguientes resoluciones:

- a) las que gocen de los efectos de cosa juzgada;
- b) las limitativas de derechos fundamentales;
- c) las medidas cautelares y provisionales que ocasionen indefensión material;
- d) los actos de prueba personal, incluida la preconstituida o anticipada, y
- e) los actos de enjuiciamiento de los que dependa el examen de la relación jurídico material (decisiones sobre presupuestos procesales, resoluciones sobre cuestiones prejudiciales devolutivas y no devolutivas, acumulación de acciones y de pretensiones, intervención de terceros, decisión de incidentes y, en general, la resolución de cualquier cuestión previa que obstaculice la decisión de fondo, etc.).

Ciertamente **nuestro Tribunal Constitucional ha circunscrito, hasta esta fecha, sus declaraciones de inconstitucionalidad para los supuestos en que las resoluciones del Secretario no puedan judicialmente ser revisadas**, pero si la tutela judicial que han de dispensar los jueces ha de ser «efectiva», parece conveniente, también desde el punto de vista de la simplificación del proceso, revisar la atribución al Secretario, efectuada por la Ley 13/2009, de la decisión por él de importantes actos procesales, tales como la admisión de la demanda (arts. 404 y 405.4 LEC) o la concurrencia de determinados presupuestos procesales, como es el caso del procedimiento adecuado o la determinación de la cuantía de la demanda que también la Ley 13/2009 otorgó al Secretario (arts. 58 y 254.1. II y 3).

Mediante esta delegación legislativa, se ha instaurado en la práctica forense un **doble control** de estos actos procesales, **el del Secretario al inicio**

¹⁷ De «competencias» del Secretario judicial nos habla la Exp. de Motivos (III, 1.º párrafo) de la Ley 13/2009; término incorrecto, pues, la competencia, al igual que la Jurisdicción, ni se parte, ni se reparte: corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional, el cual se constituye con el Juez y el Secretario.

¹⁸ Cfr. mi trabajo (que puede consultarse en el Anexo núm. 2) *Oficina judicial, Tribunales de Instancia y agilización procesal*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, de 7 de abril de 2011, pp. 109 y s.s. Publicado también en *La Ley*, núm. 7665, de 4 de julio de 2011.

del proceso («*a limine litis*») y el **del Juez en la comparecencia previa**, con respecto al cual, si bien es cierto que, tal y como aduce la exposición de motivos de la mencionada Ley en relación con la admisión de la demanda, no se vulnera el derecho a la tutela en su manifestación de derecho de acceso a la Jurisdicción, (porque el Secretario admite y no rechaza la demanda), tampoco lo es menos que, si triunfaran las pertinentes excepciones del demandado, se ocasionará, tras la celebración de la comparecencia previa, una resolución absoluta en la instancia con el surgimiento de las correspondientes dilaciones indebidas, incrementadas por el ejercicio de los recursos contra los Decretos del Secretario.

De aquí que, tal y como se examinará con mayor detenimiento en el último epígrafe (véase infra Parte 4.^aV.2), si se incumplen los presupuestos procesales o la exigencia de aportación de documentos a la demanda, sería más económico que fuera el Juez y no el Letrado de La Administración de Justicia quien requiriera de subsanación o inadmitiera la demanda y no, como sucede ahora, que el Secretario admita la demanda para que posteriormente el Juez, en la comparecencia previa, pudiera inadmitirla por el incumplimiento de un requisito que debió haberse advertido «*ab initio*» en el momento de su presentación.

Por ello, y porque un acto tan importante como la «*litispendencia*»¹⁹ debiera seguir perteneciendo al patrimonio jurisdiccional y porque, en un proceso civil oral, el Juez debiera tomar conocimiento de la demanda desde su presentación en el Juzgado, y no al inicio de la comparecencia previa, pienso que debieran derogarse estas innovaciones legislativas, sin perjuicio del mantenimiento de la importantísima función de **dación de cuenta** del Secretario al Juez sobre la observancia de los requisitos y presupuestos procesales.

2. Los nuevos medios telemáticos de comunicación

Junto a su tradicional función de depositario de la fe pública judicial, el Letrado de la Administración de Justicia también es un **órgano de comunica-**

¹⁹ Ya que constituye un antecedente de la cosa juzgada (SSTS 896/2006, de 25 septiembre (RJ 2006, 6546), 47/2006, de 24 enero (RJ 2006, 2652), 266/2006, de 22 marzo (RJ 2006, 2315), 959/2005, de 28 noviembre (RJ 2005, 9837), 435/2005, de 1 junio (RJ 2005, 6384)...), que genera importantísimos efectos, tanto materiales (interrupción de la prescripción extintiva y adquisitiva, mora del deudor y devengo de intereses, adquisición del status de bien litigioso...), como procesales («*perpetuatio iurisdictionis*», prohibición de «*mutatio libelli*», preclusión de entrada de nuevos hechos y de causas de pedir y efecto negativo de la litispendencia, etc.).

ción (art. 152.1 LEC²⁰) entre el tribunal, las partes y los demás órganos jurisdiccionales.

Sucede, sin embargo, que la aparición de sistemas telemáticos de comunicación ha puesto en cuestión el tradicional sistema de la escritura en el «papel de oficio» y su sustitución por la utilización de **medios telemáticos de comunicación** mediante el sistema LexNET en los T. S. J. de la competencia del Ministerio de Justicia o el que haya instaurado la C. A. con competencia sobre la materia.

En la actualidad, como es sabido, tras la reforma de la LEC realizada por la Ley 42/2015, es obligatoria la utilización de los medios telemáticos o electrónicos de comunicación²¹.

Lo que no ha hecho, sin embargo, la referida Ley es posibilitar la comunicación inmediata y directa entre el Abogado y la oficina judicial. Antes al contrario, ha mantenido, como regla general, el **monopolio de la representación procesal por el Procurador**²², por lo que el Abogado se ve obligado a remitir todos sus escritos de postulación a su Procurador para que éste, a su vez, los reenvíe, a través del sistema LexNET o el competente de la C. A., al Letrado de la Administración de justicia quien abrirá y/o lo incluirá en el expediente electrónico. Y lo mismo sucederá cuando el Secretario judicial tenga que efectuar una notificación a la parte procesal: habrá de comunicársela, vía de regreso, al Procurador para que éste la reenvíe al Abogado.

Como puede observarse, el sistema no puede ser más antieconómico, indebidamente oneroso e incluso fuente de indefensiones procesales si, por las circunstancias que fuera, el Procurador se viera impedido de abrir el correo del Abogado al término de un plazo perentorio.

De aquí la conveniencia de una reforma legislativa en la que (sin perjuicio de abundar en la política inaugurada por la Ley 42/2015 de incremento de las funciones del Procurador como colaborador del Secretario²³ y del

²⁰ «Los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del letrado de la Administración de Justicia, que será el responsable de la adecuada organización del servicio» (art. 152.1 LEC).

²¹ «Todos los profesionales de la justicia están obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos, iniciadores o no, y demás documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la presentación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que éstas se hicieren.» (art. 273.1 LEC).

²² Art. 543.1 LOPJ: «Corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa». Art. 23.4 (introducido por la ley 42/2015): «En los términos establecidos en esta Ley, corresponde a los procuradores la práctica de los actos procesales de comunicación y la realización de tareas de auxilio y cooperación con los tribunales».

²³ Así en la práctica de las notificaciones. Vide arts. 23.3-5, 26.2.8.º y 551.3 LEC, introducido por la Ley 42/2015.

Abogado²⁴) **debiera permitirse, con carácter potestativo, la asunción por el Abogado de la representación procesal en todos los procesos** en los que fuera exigible, tal y como acontece en la instrucción del proceso penal abreviado (art. 768²⁵).

3. El acceso de los interesados al expediente judicial electrónico

La Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia ha consagrado, en su art. 4²⁶, el derecho que tienen los ciudadanos a acceder a los expedientes judiciales electrónicos y a obtener las copias pertinentes.

Pero no a todo ciudadano le asiste este derecho, sino, como señala el art. 234 LOPJ, exclusivamente a los «*interesados*», quienes vienen determinados por «*las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo*»²⁷.

²⁴ Mediante la colaboración, por ej., en la investigación del patrimonio del deudor. Véase infra, Parte Cuarta, V.I. D.

²⁵ «*El abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo necesaria la intervención de procurador hasta el trámite de apertura del juicio oral*».

²⁶ «Artículo 4. *Derechos de los ciudadanos.*

1. *Los ciudadanos tienen derecho a relacionarse con la Administración de Justicia utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en los Capítulos I y VII del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la forma y con las limitaciones que en los mismos se establecen.*

2. *Además, los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad judicial, y en los términos previstos en la presente Ley, los siguientes derechos:*

c) *A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean parte procesal legítima, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en las leyes procesales.*

d) *A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de parte o acrediten interés legítimo, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en las leyes procesales.*

e) *A la conservación en formato electrónico por la Administración de Justicia de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente conforme a la normativa vigente en materia de archivos judiciales».*

²⁷ «Artículo 234.

1. *Los Letrados de la Administración de Justicia y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas o reservadas conforme a la ley.*

2. *Las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo tendrán derecho a obtener, en la forma dispuesta en las leyes procesales y, en su caso, en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, copias simples de los escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados. También tendrán derecho a que se les expidan los testimonios y certificados en los casos y a través del cauce establecido en las leyes procesales».*

Así, pues, todas las partes materiales, bien sean principales, bien subordinadas (vgr.: los coadyuvantes), ostentan el derecho de poder acceder, mediante medios electrónicos, al expediente judicial electrónico, así como recabar del Letrado de la Administración de Justicia las copias de los documentos en él existentes; expediente electrónico que, como mínimo, ha de abarcar el «estado de tramitación del procedimiento», «la relación de los actos de trámite realizados, con indicación sobre su contenido, así como la fecha en la que fueron dictados» (art. 41 L. 18/2011).

Este derecho de acceso para la obtención de la información procesal es reclamable en cualquier procedimiento en donde la intervención del Abogado y del Procurador sea necesaria (excepción hecha, claro está, de las actuaciones declaradas secretas o reservadas).

Y en los procedimientos en donde la observancia de la capacidad de postulación no sea obligatoria (arts. 23.2 y 31.2 LEC), podrán los titulares del derecho a la tutela judicial y de defensa comunicarse con el órgano judicial directamente a través de los mismos medios electrónicos que utilizan Procuradores y Abogados (art. 230 LOPJ)²⁸, si bien sus actos de alegación habrán de plasmarse en los pertinentes formularios que contempla la Ley 18/2011²⁹.

²⁸ Art. 230.

«Los juzgados y tribunales y las fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen el capítulo I bis de este título y la normativa orgánica de protección de datos personales.

Las personas que demanden la tutela judicial de sus derechos e intereses se relacionarán obligatoriamente con la Administración de Justicia, cuando así se establezca en las normas procesales, a través de los medios técnicos a que se refiere el apartado 1 cuando sean compatibles con los que dispongan los juzgados y tribunales y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate».

²⁹ Artículo 36. Iniciación del procedimiento por medios electrónicos.

«1. La iniciación de un procedimiento judicial por medios electrónicos por los ciudadanos, en aquellos juicios en los que pueden comparecer de forma personal y directa por no ser preceptiva la asistencia letrada ni la representación por procurador conforme a lo establecido en las normas de procedimiento, requerirá la puesta a disposición de los interesados de los correspondientes modelos o impresos normalizados en la sede judicial electrónica, que deberán ser accesibles sin otras restricciones tecnológicas que las estrictamente derivadas de la utilización de estándares y criterios de comunicación y seguridad aplicables de acuerdo con las normas y protocolos nacionales e internacionales.

4. Todo escrito iniciador del procedimiento deberá ir acompañado de un formulario normalizado debidamente cumplimentado en los términos que se establezcan reglamentariamente».

Téngase en cuenta que, aun cuando los arts. 23.2 y 31.2 LEC tan sólo eximan de la intervención del Procurador y del Abogado «la petición inicial de los procedimientos monitorios», de dicha regla hay que exceptuar el monitorio europeo en el que la intervención de estos profesionales tampoco es preceptiva para la oposición del deudor (art. 1.7 de la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía).

El acceso de los ciudadanos al expediente electrónico debiera conllevar, en primer lugar, la modificación, para ellos, de lo dispuesto en el art. 324 LOPJ³⁰ sobre los tratamientos honoríficos de los Jueces y Magistrados en el sentido de su inexigibilidad para ellos; en segundo, en la práctica forense, debieran suprimirse los arcaísmos innecesarios (tales como el «*suplico*» o el «*otrosí*» de las demandas) y, en general, debiera el lenguaje jurídico, sin merma de la precisión de los conceptos, hacerse más accesible a los legos en Derecho.

4. La inteligencia artificial

Como es sabido, la aplicación de la inteligencia artificial en el mundo de la justicia constituye hoy una materia polémica, que, sin embargo, no impide que se esté implantando en diversos países, de entre los que cabría citar el sistema «*Prometea*» argentino³¹, los «*jueces robot*» de Estonia para las reclamaciones de cantidad inferiores a 7.000 euros³², el *Tribunal de Internet de Pekín*, desarrollado plenamente con inteligencia artificial,³³ o el COMPAS-N (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) de los E. E. U. U.³⁴, que fue utilizado el 13 de julio de 2016 por el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin para imponer, por vez primera, un pena privativa de libertad.³⁵

A) EN EL PROCESO PENAL

Personalmente no suscribo la referida tesis del Tribunal Supremo de Wisconsin, cuya práctica además se reveló injusta, como lo demuestra el hecho de que, entre otro orden de cosas, los algoritmos utilizados sugerían a los jueces

³⁰ «*El Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo, el Presidente de la Audiencia Nacional y los de los Tribunales Superiores de Justicia tienen el tratamiento de excelencia. Los Presidentes de las Audiencias Provinciales y demás Magistrados, de señoría ilustrísima. Los Jueces, el de señoría.*»

³¹ *Inteligencia artificial para la justicia*, www.unsam.edu.ar, de 23 de noviembre de 2017.

³² *Estonia se prepara para tener «jueces robot» basados en inteligencia artificial*, www.thetechnolawgist.com, de 12 de junio de 2019.

³³ *¿La inteligencia artificial y sus «bias» en el sistema de justicia!*, KARIN TAFUR, adefinitivas.com, 8 de enero de 2020.

³⁴ *¿Puede la inteligencia artificial mejorar la justicia?*, www.ambito.com, de 16 de enero de 2020.

³⁵ DE MIGUEL BERIAIN y PÉREZ ESTRADA, «La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados», *RDUNED*, núm. 25, 2020.

que los acusados de color podían ser más reincidentes en un 44.9% mientras que un acusado blanco podría serlo sólo en un 23.5%³⁶.

En nuestro país, sin duda, **la utilización de los algoritmos para la imposición de condenas a penas privativas de libertad**, aunque técnicamente sería posible incluso en la valoración de la prueba indiciaria³⁷, **sería inconstitucional por violación del derecho fundamental a la libertad del art. 17 en relación con el art. 24 C. E.**, puesto que, excepción hecha de los supuestos de conformidad y la voluntaria renuncia del acusado al juicio oral, **a nadie se le puede imponer una condena a una pena privativa de libertad sin haber realizado previamente un juicio oral con todas las garantías** y bajo la intermediación de un tribunal independiente e imparcial.

Ahora bien, sentado lo anterior, parece obligado convenir en que dicha prohibición constitucional en nada impide que **la inteligencia artificial (IA, en lo sucesivo) pueda convertirse en un auxilio de los jueces de instrucción, órganos jurisdiccionales penales e incluso del Ministerio Fiscal y de la policía judicial** en actuaciones distintas a las informadas por el principio de oralidad, es decir, que no sean audiencias, ni juicios orales.

De este modo, y sin ningún ánimo exhaustivo podrían citarse los siguientes supuestos de utilización de la IA para formular **propuestas de resolución** a los órganos jurisdiccionales penales:

1) **El cómputo del cumplimiento efectivo de las penas** (arts. 988. III LECrim y 76 C. P.), según el programa «*Calculadora 988*» del Ministerio de Justicia que utiliza la Fiscalía del T. S. y que constituye la primera utilización de la IA en nuestra Justicia penal³⁸.

2) **Los presupuestos procesales**, tales como **la jurisdicción** (arts. 9 y 23 LOPJ) y **los conflictos transfronterizos**; la competencia objetiva y aforamientos (art. 303 LECrim); competencia sobre **conexión** de delitos (arts. 17.1. II y 300), **competencia territorial** (arts. 19 y s.s.); **la prescripción** (arts. 131 y s.s. C. P., 666.3.ª LECrim); el **perdón** del ofendido (arts. 130.1.5.º C. P., 106. II LECrim), el **indulto** (arts. 130.1.4.º C. P., 666.4.ª LECrim y L. de 18 de junio de 1870) y el **suplicatorio** (arts. 666.5.ª, arts. 11-14 del Reglamento del

³⁶ FARID, Hany. *The danger of predictive algorithms in criminal justice*. TED, octubre-2018 [traducción propia]., cit. por KARIN TAFUR, op. cit., cita n.º 8.

³⁷ Véase la STS 532/2019 de 4 noviembre. RJ 2019\4781, ponente Vicente MAGRO, en el que se determinan nada menos que 20 «reglas... para entender concurrente la prueba indiciaria como suficiente para dictar una sentencia condenatoria» y que podrían ser utilizadas en la Inteligencia Artificial.

³⁸ Vide: DOLZ LAGO, *Los intelectuales y la política judicial: ayer y hoy. ¿Qué hacer en nuestra era digital?*, Madrid, 2020, pp. 123 y 131.

Congreso de los Diputados y art. 22 del Reglamento del Senado), la **cosa juzgada** (art. 666.2.^a).

3) **Las medidas cautelares civiles** (arts. 764, 589 y s.s.), **la fianza del acusador popular** (art. 280) y **el decomiso** (arts. 127-127 octies C. P.).

4) **Las resoluciones provisionales de prohibición de residencia** (art. 544 bis LECrim en relación con los arts. 57 y 48 C. P.) y **órdenes de protección** (art. 544 ter), la **privación** provisional, en la instrucción, **del permiso de conducción** (art. 529 bis LECrim), la **suspensión del funcionario** prevista en la legislación administrativa, la **suspensión provisional** de la función o cargo público del procesado en situación de prisión provisional y sospechoso de pertenecer a una organización **terrorista o rebelde** (art. 384 bis LECrim), la **clausura temporal de una empresa** y suspensión temporal de las actividades de una sociedad (art. 529.3 C. P.) y el **secuestro de publicaciones** y la prohibición de difundir las noticias delictivas (arts. 816 y 823 bis) LECrim, 189.8, 270.3 y 510.6 C. P.).

5) **El archivo del atestado por inexistencia de autor conocido** (art. 284.2 LECrim).

6) **El sobreseimiento por razones de oportunidad ante los delitos-bagatela** (art. 963.1.1.^a LECrim).

7) **Los supuestos de mediación penal y/o sentencia de conformidad negociada por razones de oportunidad** que, culminadas en la fase intermedia, tengan una **tramitación escrita** (arts. 784.3 y 787.1)³⁹.

8) **El proceso por aceptación de Decreto** (arts. 803 bis.a-803 bis.j)⁴⁰.

9) **Otras resoluciones:** las **pruebas del ADN** para la determinación del imputado que se efectúan ya mediante algoritmos (arts. 5 L. O. 10/2007 y 3.a del RD 1977/2008), la declaración de **rebeldía** y de **contumacia** (arts. 512-514 y 786 LECrim); los **plazos de la instrucción** (art. 324); la **ejecución de una euroorden** de detención y entrega (arts. 47 y s.s.) y de una orden europea (arts. 16 y ss L. 23/2014), la **petición vinculante de sobreseimiento** (arts. 642-645 y 782); **resoluciones recurribles** (arts. 216 y s.s., 766, 790, 803, 846 bis a), 846 ter, 847 y 976); el **depósito** del acusador particular (art. 875) y los **plazos** para la interposición de los recursos (arts. 212, 766.3, 803.1.1.^a, 856 y 976.1), etc.

³⁹ De lo que se infiere que la IA no será posible en la mediación oral efectuada dentro de la guardia del Juzgado en los juicios rápidos (art. 779.1.5^a).

⁴⁰ Ante su ineficacia práctica, quizás sería mejor la instauración de un auténtico proceso penal monitorio con la posibilidad de que la policía de tráfico pudiera lanzar, en los delitos contra la seguridad vial arts. 379-385 ter-, una propuesta de sanción de multa, privación del permiso de conducción y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad que, si fuera aceptada por el infractor, le habilitaría a la imposición de dichas sanciones y a no remitir el atestado a la autoridad judicial.

B) EN EL PROCESO CIVIL

Si el objeto procesal mediato del proceso civil no lo constituyera un derecho fundamental, la utilización de los algoritmos jurídicos, en los distintos procesos que contempla nuestra LEC y siempre y cuando se trate de actos procesales informados por la escritura, podría ser mucho más amplia.

De este modo, y también sin ánimo exhaustivo alguno, la IA podría aplicarse, tanto en las distintas clases de procesos, como en los presupuestos procesales y determinadas resoluciones jurisdiccionales.

Dentro de los procesos civiles hemos de distinguir los sumarios y especiales, de los ordinarios.

a) *Los procesos sumarios*

Conviene recordar al lector que el objeto procesal de los procesos sumarios se reduce a determinados aspectos de la relación jurídico material debatida. Al tener, pues, este tipo de procesos una cognición limitada, los efectos de la cosa juzgada se extenderán exclusivamente a dicho objeto procesal; de lo que se infiere que la parte gravada podrá reproducir con toda su plenitud el litigio en el proceso ordinario correspondiente. Dicho en menos palabras: los procesos sumarios no producen la totalidad de los efectos materiales de la cosa juzgada (art. 447.2-4), sino tan sólo con respecto a su objeto procesal⁴¹, lo que les convierten en poco respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Como se podrá observar, **las características de los procesos sumarios facilitan la introducción, en ellos, de la IA**, ya que la hegemonía de la prueba documental y, con ella, la del principio de la escritura, la limitación de la alegación del actor a dichos aspectos de la relación jurídico material y el carácter tasado de las excepciones que pueda oponer el demandado ocasionan que los algoritmos cuenten con escasas reglas que deban tomar en consideración para efectuarle al Juez la propuesta de resolución.

⁴¹ En alguna ocasión, el legislador intenta corregir estos defectos al suscribir la doctrina del T. S. (así, por ej., la STS de 2 de julio de 2002 –2002/1473–), conforme a la cual la cosa juzgada también opera con respecto a las excepciones que pudieron aducirse en el proceso sumario. Cfr. a este respecto el art. 827.3 del juicio cambiario que recoge dicha doctrina jurisprudencial: «3. *La sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente*».

De aquí que se haya de convenir en que **la totalidad de los 13 procesos sumarios con los que cuenta nuestro ordenamiento son susceptibles de ser tratados mediante la IA**, a saber:

los **interdictos de retener, recobrar y contra okupas** (arts. 2501.4.º, 437.3.bis, 439.1, 441.1bis, 447.2, 150.4), el **interdicto de obra nueva** (arts. 250.1.5.º y 441.2), el **de obra ruinosa** (arts. 250.1.6.º), el **de adquirir la posesión** (arts. 250.1.3.º, 266.3.º, 441.1.1bis; **el desahucio por falta de pago** (arts. 249.1.6.º y 2501.1.º, 22.4 y 5 437.4.3.ª, 439.3, 440.3 y 4, 444.1, 549.3-4, 703.4, 704) y **por precario** (arts. 2501.2.º); **el proceso para la protección de los derechos reales inscritos** (arts. 250.1.7.º, 439.2, 440.2, 441.3, 444.2, 447.3); **el juicio ejecutivo**⁴² (arts. 517.2.4.º-9.º, 518-522, 572, 549-564); **el juicio cambiario** (arts. 819-827 y L. 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque) y **el proceso para la tutela del derecho de crédito dimanante de los contratos de venta de bienes muebles a plazos y de arrendamiento financiero** (arts. 250.1.10.º y 11.º, 439.4, 441.4, 444.3).

b) *Los procesos especiales*

Distinto tratamiento debieran tener los procesos especiales, destinados, como su nombre indica, al conocimiento, en su plenitud, de determinadas relaciones jurídico materiales con respecto a las cuales la sentencia sobre las que versan, al igual que los procesos ordinarios, y a diferencia de los sumarios, goza de la totalidad de los efectos de la cosa juzgada.

Ello no obstante, conviene diferenciar los procesos especiales que, por la relevancia del bien litigioso o su complejidad, no deberían ser tratados mediante la IA, de aquellos que permitan su entrada.

a') No susceptibles de IA

Esta cualidad (la de desplegar sus sentencias todos los efectos materiales de la cosa juzgada), que hace más difícil la introducción, en ellos, de la IA, unida a la relevancia, en ocasiones, de su objeto procesal, hacen desaconsejable esta solución en determinados procesos, tales como: a) aquéllos cuyo bien

⁴² Aunque el juicio ejecutivo aparezca regulado, en la vigente LEC de 2000, dentro del proceso de ejecución de conformidad con la tesis de su naturaleza ejecutiva, sostenida por un sector de la doctrina (Carreras, Gutiérrez de Cabiedes, De la Oliva...), siempre he compartido su naturaleza sumaria mantenida por otro sector de la doctrina (Prieto Castro, Fairén, Serra...).

litigioso (al igual como sucede en el proceso penal con el derecho a la libertad) esté comprometido algún derecho fundamental, lo que acontece con el **proceso civil de amparo** (art. 249.1.2.º) y del **derecho de rectificación** (art. 259.1.9.º) o los procesos sobre el **estado civil de las personas** (incapacitación, prodigalidad e internamiento en establecimiento psiquiátrico –arts. 756-763–) en los que pueden estar comprometidos no pocos derechos fundamentales; y b) los que manifiesten una gran complejidad en la aplicación del Derecho material y Procesal, como es el caso del proceso para la **impugnación de los acuerdos** de las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y de cooperativas (arts. 204-208 D.-Leg. 1/2010, L. 27/1999, 249.1.3.º LEC), el **proceso de la Ley de patentes** (arts. 249.1.4.º y 256-263 LEC L. 11/1986), el **de marcas** (arts. 249.1.4.º LEC, L. 17/2001), **propiedad intelectual** (arts. 149.1.4.º, RD-Leg 1/1996), **competencia desleal** (art. 149.1.4.º y 217.4 LEC, Leyes 34/1988, 3/1991 y 15/2007), **publicidad ilícita** (arts. 149.1.4.º, L. 34/1988) y, en materia de **consumo**, el proceso para la declaración de nulidad de las **condiciones generales de la contratación** (art. 149.1.5.º, L. 7/1998) y los procesos para el ejercicio de **acciones colectivas de cesación y reparación** (arts. 11, 13.1, 221, 222.3, 2501.12.º y 711.2, R. D.-Leg. 1/2007), si bien los de nulidad de determinadas cláusulas abusivas idénticas en materia de consumo (así, por ejemplo, la de las cláusulas suelo) podrían ser objeto de la IA (infra b'. 3).

b') Susceptibles de IA

La inexistencia de derechos fundamentales en conflicto y la escasa complejidad del objeto procesal permiten, sin embargo, la aplicación de la IA en los siguientes procesos:

1) Los procesos sobre **filiación, paternidad y maternidad** (arts. 756-763), **menores** (arts. 769.3, 778 bis-781 bis, 250.1.13.º en **relación** con la L. 42/2003), **división de herencia** (arts. 782-805), **liquidación del régimen matrimonial** (arts. 806-811), **retracto** (arts. 149.1.7.º 266.2 LEC), **propiedad horizontal** –formación judicial de acuerdos, impugnación de acuerdos, pago de obligaciones comunitarias y cesación de actividades prohibidas– (arts. 149.1.8.º, L. 8/1999), **alimentos** (arts. 2501.8.º, 266.1.º y 269.2) y **proceso para la declaración de nulidad de los préstamos usurarios** (L. de 23 de julio de 1908).

2) **Los Juicios verbales sobre reclamaciones de cantidad inferiores a los 6.000 euros** (art. 250.2 LEC) y el **proceso europeo de escasa cuantía o**

inferior a los 2.000 euros (D. F. 24.^a LEC, Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007), procesos que, unidos a los sumarios y especiales que se tramitan por las normas del juicio verbal permiten inferir la conclusión de que todos ellos posibilitarían la aplicación de la IA.

3) **El procedimiento monitorio** de la LEC (arts. 812-818) y el **monitorio europeo** (Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo núm. 1896/2006 «*por el que se establece un proceso monitorio europeo*», de 12 de diciembre de 2006), en la medida que están destinados a la creación de un título de ejecución y de que su tramitación es totalmente escrita permiten la plena aplicación de la IA.

4) **La propuesta de resolución de sentencias dimanantes de las «Sentencia-testigo»⁴³ en materia de cláusulas abusivas e intereses colectivos y difusos**, posibilitan también, con plenitud, la importación de la IA, ya que de lo que se trataría es de incorporar a la sentencia los datos de las partes y la determinación de los hechos y documentos relevantes, debiendo aplicarse, en su integridad, la doctrina de la «sentencia modelo».

5) **Los actos de la jurisdicción voluntaria** (L. 15/2015), al tener una tramitación predominantemente escrita y sin contradicción en la mayoría de los supuestos también posibilitarían la proposición al Juez de la pertinente resolución mediante la aplicación de la IA.

6) **Los presupuestos procesales:**

Debido a la importante circunstancia de que la vigente LEC de 2000 incrementó notablemente el **examen de oficio** de los presupuestos procesales⁴⁴ el tratamiento de ellos a través de la IA se simplificaría notablemente y, así, pueden tratarse mediante algoritmos los siguientes presupuestos procesales:

La **jurisdicción** (art. 36-39, 416.2 LEC, los Convenios internacionales sobre l materia y los arts. 21-23, 238.1 y 240.2. II LOPJ); la **competencia objetiva**

⁴³ A diferencia de la ZPO alemana, cuyo parágrafo 325.^a contempla las «sentencias modelo» («*Musterentscheidungen*»), en nuestro ordenamiento tan sólo el art. 37.2 LJCA contempla el tratamiento preferente de un recurso testigo, cuyos fundamentos servirán para dilucidar a los acumulados.

⁴⁴ En el momento actual, puede afirmarse que, como regla general, todas las excepciones procesales, contempladas explícita o implícitamente por el art. 416, permiten su **examen de oficio**. Ello es lo que sucede con la capacidad de las partes (art. 9), la jurisdicción, la competencia objetiva y territorial imperativa (art. 404; STS de 28 de mayo de 1992), la subsanación del procedimiento inadecuado (art. 254.4) y de la acumulación de acciones en la demanda (art. 73.4), la falta de postulación y de representación procesal (art. 414.2-4), el litisconsorcio necesario (art. 420.3), la litispendencia y la cosa juzgada (art. 421) y el defecto en el modo de proponer la demanda (424.2). Todos estos obstáculos procesales, que en la anterior LEC tenían, la mayoría de ellos el tratamiento de «excepciones dilatorias» (art. 533 LEC/1881), pasaron a convertirse en auténticos presupuestos procesales y, en cuanto tales, vigilables de oficio por el tribunal.

(arts. 48.1 LEC y 238.1 y 240.2. II LOPJ), la competencia **territorial imperativa** (arts. 54, 58 y 416.2. II LEC) y por **conexión** (art. 53); la **capacidad para ser parte** (arts. 9, 418 y 391.1) la **capacidad de conducción procesal** (art. 266.2-5...), el **litisconsorcio pasivo necesario** (arts. 416.1.3.^a y 420 LEC. 238.3 y 240.1 LOPJ), la **caducidad de la acción**⁴⁵ (circunstancia «análoga» del art. 425 que debe ser examinada de oficio como la jurisdicción y la competencia objetiva –arts. 38 y 48–); el **incumplimiento de la tasa judicial** (art. 8.2. II L. 10/2012); la **litispendencia y la cosa juzgada** (art. 421 en relación con el art. 222.2 y 3); el **procedimiento adecuado** (arts. 254, 416.1.4.^a, 422 y 423); la **caución** del demandado en el proceso para la protección registral de los derechos reales (arts. 439.2 y 440.2), los **requerimientos: a) de pago** en los contratos de ventas a plazos o de arrendamiento financiero (arts. 439.4, 403.3 en relación con el art. 266.5 LEC); **b) de rectificación** en tutela del derecho al honor (arts. 403.3 en relación con el art. 266.5 LEC y 5. II LO 2/1984) y **c) de cesación** de un actividad prohibida al propietario (arts. 403.3 en relación con el art. 266.5 LEC y 7. II LPH) y los presupuestos de los recursos: el **gravamen** y la **capacidad de conducción procesal** (arts. 13.3. III y 448.1), así como los **depósitos para recurrir** (Disp. Ad. 15.^a de la LOPJ).

7) Otras resoluciones:

La **acumulación de acciones** (arts. 71-73; la acumulación de oficio **de procesos** (arts. 75-80, 84 y 98); la **transacción** judicial (arts. 19 y 415), la **renuncia** y el **desistimiento** (arts. 19.3, 20 y 450); el **allanamiento** (arts. **13.3 y 395**); la **satisfacción extraprocésal de la pretensión** (arts. 22 y 413); las **medidas cautelares** (arts. 721 y s.s.); el **cómputo de plazos para la interposición de los recursos** (arts. 452 y 454 bis.2, 458.1, 470.1, 479.1, 495.1, 502.1.1 y 2 y 512.1 y 2); **resoluciones recurribles** en la apelación (arts. 34.2III, 207.1, 246.3, 455.1) y **presupuestos especiales** (art. 449); **admisión de medios de prueba** en la 2.^a instancia (art. 460.2 y 3) y **resoluciones recurribles** en infracción procesal y casación (Disp. Ad. 16.1.^a y 477.2; Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Civil del T. S., de 27 de enero de 2017. II).

⁴⁵ Recordemos al lector que la caducidad es una causa material de extinción del derecho de acción que sucede en las acciones constitutivas y se rige por la legislación material que le es propia. La prescripción del derecho subjetivo, por el contrario, es una excepción que no puede ser examinada de oficio.

PARTE TERCERA

LA SIMPLIFICACIÓN DEL PROCESO PENAL

I. OBSTÁCULOS

A la hora de arbitrar medidas de simplificación de nuestra justicia penal, conviene advertir que dicha política legislativa tropezaría con dos graves obstáculos motivados por la vigencia de un Código Procesal Penal que, como es el caso de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, data del año 1882, con lo que, de un lado, mantiene una arcaica concepción del principio de «legalidad» y, de otro, como consecuencia de las sucesivas reformas habidas para adecuarla a la realidad social cambiante, se han incrementado notablemente el número de procesos ordinarios y especiales hasta el punto de haber contribuido notablemente a dotar a nuestro ordenamiento procesal penal de una gran inseguridad jurídica.

1. **La LECrim de 1882 y su arcaica concepción del principio de legalidad**

Nuestra LECrim mantiene, ante todo, una concepción obsoleta del principio de legalidad. Así, de conformidad con las doctrinas retribucionistas de aquella época, dispone su art. 100 que *«de todo delito nace acción para el castigo del culpable»*, de cuya declaración se infiere que, para la LECrim, sólo la actuación del «derecho de penar» del Estado se erige en finalidad exclusiva

o absoluta del proceso penal¹, función exclusiva que debería ser hoy revisada, si se repara, en primer lugar, en la circunstancia de que el proceso penal es un instrumento neutro de la jurisdicción para hacer valer, tanto el «*ius puniendi*» del Estado, como el derecho fundamental a la libertad del inocente y, en segundo, en que también debería alcanzar, en el momento actual, otras finalidades constitucionales, tales como la obtención de la pronta reparación de la víctima y, en la medida de lo posible, la de la reinserción del imputado.

De lo dicho se desprende que el proceso penal contemporáneo, inserto en nuestra actual sociedad democrática, no puede estar destinado exclusivamente a aplicar el derecho de penar del Estado, sino a solucionar, en un plazo razonable y mediante la puntual aplicación del Derecho Penal y del Civil de daños, los dos grandes conflictos que en él subyacen: el conflicto social entre el delincuente y el Estado y el conflicto intersubjetivo o litigio entre el agresor y su víctima.

2. El sistema procedimental penal

En el momento actual, para la solución de dichos conflictos, contamos nada menos que con **cinco procedimientos ordinarios**, a saber: a) el proceso común o sumario ordinario para delitos graves; b) el proceso penal abreviado; c) el proceso para los delitos de la competencia del jurado²; d) el juicio de delitos leves y e) el proceso de menores.

A estos 5 procedimientos hay que adicionar todavía, por su relevancia en la práctica forense, los **dos especiales con vocación de ordinarios**: los «juicios rápidos» y el no hace mucho instaurado «procedimiento por Decreto», así como con anterioridad al día 12 de octubre de 2020, fecha límite de la creación de la Fiscalía europea³, es posible que contemos con un nuevo proceso para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos contemplados en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de Europa, de 12 de octubre de 2017, cuya instrucción ostentará el M. F.

¹ Para nuestra doctrina clásica (FENECH, VIADA-ARAGONESES, MONTERO) ésta era la única misión del proceso penal.

² En toda Europa el proceso ante el Jurado (hoy es hegemónico el escabinado), es un proceso ordinario. Peo la L. O. 5/1995, del Tribunal del Jurado, decidió instaurar una instrucción especial (la regulada en sus art. 24-37) con lo que, para algunos autores, sería un proceso especial. Ahora bien, si se prescindiera de esta instrucción (de escasa utilización en la práctica forense), las únicas especialidades de dicha Ley sería las administrativas de la constitución del Jurado.

³ Según el art. 120.2. III del Reglamento (UE) 2017/1939 DEL CONSEJO de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

Ahora bien, ante la subsistencia de estos 7 procedimientos, forzoso se hace reconocer que su aplicación práctica se convierte, tanto en un factor de **retardo** –pues el Juez de Instrucción ha de dedicar no pocas energías a la calificación de la «*notitia criminis*» y a su reconversión en el procedimiento adecuado⁴ con el consiguiente ejercicio, por la parte interesada, de los medios de impugnación contra dichas resoluciones interlocutorias–, como en una fuente de **inseguridad jurídica** para las partes que presencian impasibles el trasvase de normas de uno a otro procedimiento.

Piénsese, a este respecto, que lo normal sería que el **sumario ordinario** para el conocimiento de los delitos graves, que instauró la LECrim de 1882, fuera el proceso común. Sin embargo, cualquier profesional que se relacione con la justicia penal sabe que **dicho carácter de proceso común lo ostenta hoy el proceso penal abreviado**, por la sencilla razón de que el sumario ordinario ha caído en total y absoluto desuso⁵. De este modo, y a título de ejemplos de este carácter supletorio del proceso abreviado, cabe mencionar: a) la congruencia penal que, si en el sumario ordinario se limitaba al hecho histórico (cfr. arts. 733 y 742), en el abreviado, el art. 789.3 la extendió a la petición de pena –de tal suerte que no puede el Tribunal imponer una pena más grave que la máxima solicitada por las partes acusadoras⁶–, **nueva congruencia cuantitativa a la petición de pena que el TS**, en su Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006, **extendió al sumario ordinario**⁷; b) la caótica regulación de la conformidad, con respecto a la cual cabe mencionar que, **de las nada menos que 9 conformidades** con las que cuenta nuestra LECrim (las dos del sumario ordinario, tres en el abreviado, dos en el procedi-

⁴ Mediante la adopción de resoluciones, cuya parte dispositiva se limita a ordenar el cambio de procedimiento: «pásese de Diligencias Urgentes a Previas, de Previas a la Instrucción del Jurado, de dicha instrucción a sumario ordinario», etc.

⁵ Tal y como lo demuestra la L. 41/2015, de 5 de octubre, de instauración del recurso de apelación contra las Sentencias, que modifica los arts. 790-792 relativos a la impugnación de las sentencias del proceso abreviado con olvido de las dictadas por las AAPP en el sumario ordinario. Y ¿qué pasaría, en el improbable supuesto de que una A. P. dictara una sentencia a través de las normas del sumario ordinario? La contestación se nos manifiesta sencilla: se aplicarían las normas de los arts. 790-792, dada su condición de proceso común y no las de los arts. 222 y s.s.

⁶ SSTC 70/2010, de 18 de octubre –La Ley 5094/2010–, 186/2009, de 7 de septiembre –La Ley 167199/2009–; SSTS 925/2009, de 7 de octubre, 1319/2006, de 12 de enero, 20/2007, de 22 de enero, 159/2007, de 21 de febrero, 424/2007, de 18 de mayo, 504/2007, de 28 de mayo; en contra: SSTS 532/2015, de 23 de septiembre, de 1 de junio de 2007, que justifica la agravación de la pena por no haber arbitrariamente afirmado el M. F. la concurrencia de una circunstancia agravante de la culpabilidad.

⁷ Posteriormente el TS matizaría su doctrina en el Acuerdo de dicho Pleno no Jurisdiccional, de 27 de noviembre de 2007 en el sentido de que la vinculación a la pena debe ceder sólo cuando la pena solicitada no se ajuste a la ley o a las reglas de determinación contenidas en el art. 66 CP. Pero la STC del Pleno 155/2009, de 25 de junio, resucitó aquel Acuerdo de 2006 (HERNÁNDEZ GARCÍA), al declarar que no puede el órgano judicial imponer una pena más grave de la solicitada por la acusación aun cuando la norma penal así lo autorice (SSTC 186, 198 y 205/2009).

miento ante el Jurado, una «premiada» en los juicios rápidos y otra en el proceso por Decreto), **las que se aplican usualmente son las del abreviado**⁸ y no las del sumario ordinario; c) la instauración definitiva de la segunda instancia, efectuada por la L. 41/2015, lo que ha reformado son, como se ha dicho en la anterior nota núm. 50, las normas relativas a la impugnación de las sentencias del proceso abreviado, circunstancia que no impide que **operen como supletorias del sumario ordinario**, etc.

II. MEDIDAS DE SIMPLIFICACIÓN

Una vez delimitados los principales obstáculos con los que se ha de contar a la hora de efectuar una simplificación de nuestra justicia penal, estamos ya en condiciones de proponer medidas «*de lege ferenda*» que podría adoptar el legislador, las cuales pueden ser sistematizadas en «a corto» y «a medio plazo».

1. A corto plazo: el principio de oportunidad, la conformidad y la mediación penal

Como reforma razonable que permitiría, sin desembolso presupuestario alguno, una gran economía procesal, a la vez que contribuiría a la pronta solución de los conflictos que constituyen el objeto del proceso penal, cabe señalar la potenciación del principio de «oportunidad» y la de la «conformidad», así como la instauración de la «mediación penal»⁹.

A) EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Ha sido necesario que hayan transcurrido nada menos que 30 años para que finalmente nuestro legislador se haya manifestado receptivo a incorporar

⁸ En la práctica forense adquiere una gran virtualidad la «**conformidad negociada**» del art. 784.3. II, hoy regulada además por el Protocolo de Actuación para juicios de conformidad, de 1 de abril de 2009 (desarrollado por la Instrucción de la FGE, 2/2009, de 22 de junio), el cual permite la suscripción conjunta entre M. F. y Abogado defensor de un convenio de conformidad que, con el consentimiento del acusado, ha de formalizarse con una anterioridad a diez días de la celebración del juicio oral.

⁹ Sobre el principio de oportunidad y la mediación penal puede verse nuestro trabajo *La mediación penal y el principio de oportunidad*, ponencia presentada el 9 de agosto de 2020 al XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, que puede consultarse en nuestro anexo núm. VI.

en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad, cuya instauración propugné nada menos que en el año 1988¹⁰. Por fin las L. O. 1/2015 y L. 41/2015 han incorporado tímidamente este principio en los arts. 284.2 y 963.1.1.ª LECrim, el cual debería consolidarse y ampliarse incluso muy por encima del marco de los delitos bagatela.

a) *Concepto y fundamento*

Recordemos al lector que, por principio de oportunidad, cabe entender la facultad que el ordenamiento procesal confiere al M. F. para que, no obstante la sospecha de la comisión de un delito público, pueda dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una conformidad que efectúe una reducción sustancial de la pena a imponer al encausado en los casos expresamente previstos por la norma penal sustantiva y siempre y cuando hayan de tutelarse intereses constitucionalmente protegidos¹¹.

El fundamento de este principio hay que encontrarlo en el art. 124.1 C. E., que configura al M. F., no sólo como defensor de la «*legalidad*», sino también «*de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*» y, tanto el interés público, como los derechos de la víctima a su pronta reparación o el del imputado a su reinserción social pueden aconsejar al M. F., en los supuestos permitidos por el C. P., a instar del juez un sobreseimiento, la minoración de una pena privativa de libertad o su sustitución por otra privativa de derechos.

De lo dicho se desprende que, contrariamente a una opinión bastante generalizada, dicho principio **no permite la consagración de la arbitrariedad**¹², **ni se opone al de legalidad, sino que viene a complementarlo** en la medida en que son razones de política criminal y de interés público los que autorizan al legislador a permitir las rebajas en la pena, siempre y cuando se cumpla el presupuesto fáctico de su norma penal habilitante.

¹⁰ Concretamente en mi artículo «Los procedimientos penales simplificados (principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», *Revista del Poder Judicial*. Número especial II: Justicia Penal, 1988. Este trabajo constituyó una conferencia pronunciada en la Escuela judicial en dicho año 1988, la cual motivó el escándalo de los recién ingresados en la carrera judicial, quienes a los 10 minutos de mi exposición abandonaron la sala acusándome de preconizar la arbitrariedad. Puede consultarse este artículo en el Anexo III a esta monografía.

¹¹ Cfr. mi trabajo «El principio de oportunidad y la mediación penal», en CALAZA/MUNIELLO, *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 243-244.

¹² Tal y como ha quedado dicho en la nota 55, ocurrió con mi conferencia pronunciada en el año 1988 en la Escuela Judicial.

Hablar, pues, de «oportunidad reglada» encierra hoy una tautología¹³, pues, por supuesto, la aplicación del principio de oportunidad exige también el cumplimiento del principio de legalidad.

b) *Oportunidad y Código Penal*

Nuestro C. P. de 1995 que, a diferencia del C. P. del franquismo, sustituyó, como pena modelo, la privativa de libertad, por la de multa y las limitativas de derechos, conserva no pocos supuestos de delitos informados por el principio de oportunidad que todavía esperan su genérica autorización en la LECrim como motivos de oportunidad.

Todos estos supuestos, que vamos a exponer a continuación, poseen como común denominador su finalidad, la cual está destinada a procurar, como se ha dicho, la satisfacción de los derechos de la víctima a su pronta reparación y el del imputado a su rehabilitación, por lo que, si el investigado desea beneficiarse de los efectos favorables de este principio, deberá cumplir con determinadas prestaciones de conformidad con la naturaleza del delito cometido (así, la indemnización al perjudicado, su deshabituación a su drogodependencia, su colaboración con la justicia, etc.).

En una primera aproximación, tales supuestos materiales que posibilitan la aplicación del principio de oportunidad cabe sistematizarlos en comunes y especiales:

a') Supuestos comunes

Son supuestos comunes de aplicación del principio de oportunidad y **aplicables**, por lo tanto, **a todo tipo de delito**, la atenuante cualificada de la regla 5.^a del art. 21 C. P. (la «*reparación del daño*»), la **suspensión de la pena** de los arts. 80-83 y la **suspensión/sustitución** de la pena privativa de libertad del art. 84 C. P.

Como es sabido, esta circunstancia atenuante, la del art. 21.5.^a C. P., que suele ir acompañada con la del *arrepentimiento* de la regla 4.^a del art. 21, pue-

¹³ El término conformidad «reglada» fue ideado por un excelente Fiscal y vocal entonces del CGPJ (tristemente fallecido), Antonio GONZÁLEZ CUELLAR, para evitar las críticas que surgieron, en la década de los años 80, ante la publicación de un artículo mío, intitulado «Los procesos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», *Poder Judicial*, núm. 2, 1988, pp. 31-52.

de ser solicitada por el M. F. como muy cualificada, en cuyo caso permitirá una rebaja de la pena de hasta dos grados (art. 66.1.2.^a C. P.).

Y, tratándose de la suspensión de la pena, ha de tenerse muy en cuenta la situación de los **drogodependientes**, a quienes no les alcanzan las limitaciones de las reglas 1.^a y 2.^a del art. 80.1, procediendo la suspensión de su pena privativa de libertad de hasta 5 años si obtuvieran su curación o se sometieran voluntariamente a un procedimiento de desintoxicación (art. 80.5 y párrafo 2.º del art. 376).

b') Supuestos especiales

Asimismo, la Parte Especial del C. P. contempla múltiples supuestos de rebajas sustanciales de la pena por razones de oportunidad que respondan a la protección de distintos bienes o «intereses públicos», de entre los que, sin ningún ánimo exhaustivo, cabría citar los siguientes:

1) **Mejor eficacia en la aplicación del «ius puniendi».**

El art. 579 bis.3 C. P. permite rebajar sustancialmente la pena al **terrorista arrepenido** que colabore en el desmantelamiento de la organización terrorista.

Algo similar ocurre también con la delación de los representantes de las personas jurídicas que, a modo de los «*whistleblowers*», se encuentra prevista como circunstancia atenuante en el art. 31 quater; en la delación de miembros pertenecientes a organizaciones criminales contra la salud pública contemplada en el art. 376 C. P. o, en general, la de los integrantes de cualquier grupo u organización criminal –art. 570 quater.4 C. P.–, así como la excusa absolutoria del art. 426 del particular que denuncie un cohecho.

2) **La protección del erario público**

En los **delitos fiscales** cabría citar la condición objetiva de punibilidad del art. 305.4 o la excusa absolutoria de su número 6.

Similares prescripciones consagran los arts. 307.3 y 5 y 307 ter 3 y 6 del C. P. en todo lo referente a los delitos **contra la Seguridad Social**.

3) **La reparación del daño**

En los delitos de **incendios**, la reparación del daño ocasionado posibilitará la rebaja de la pena en uno o dos grados (arts. 351 y 358 bis C. P.) y, en los delitos **contra la ordenación del territorio, urbanismo, protección del pa-**

rimonio histórico y medio ambiente, dicha reparación permitirá la rebaja en un grado de la pena (art. 340 C. P.).

4) **La escasa culpabilidad del investigado**

Finalmente otro importante grupo de delitos autorizan al M. F. a instar del tribunal una sustancial rebaja de la pena cuando la culpabilidad del investigado fuera escasa. Ello es lo que acontece, por ej., con lo dispuesto en el art. 65.3 referente a la culpabilidad del *extraneus*, con los delitos que pudiera cometer el **receptor de un órgano humano ilícitamente trasplantado** (art. 156 bis.3), con el de **corrupción en los negocios** del art. 286 bis.3, con el delito **contra los ciudadanos extranjeros** del art. 318 bis.6 o los delitos contra la salud pública previstos en el segundo párrafo del art. 368, con el **delito de reunión o manifestación ilegal** del art. 514.2 o el de **tenencia ilícita de armas** del art. 565 C. P., etc.

B) OPORTUNIDAD Y CONFORMIDAD

Si, como acaba de examinarse, la legislación penal material ha sido generosa en el tratamiento del principio de oportunidad, no podemos decir otro tanto con la legislación procesal, que no ha sabido, con prontitud, adaptarse a él, pues el instituto que podía hacerlo valer dentro del proceso, esto es, la conformidad, ha permanecido, hasta el año 2002, anclada en su clásica y exclusiva función de obtención de una pura **economía procesal**, evitando la realización de procesos innecesarios.

Y es que el principio de oportunidad ha venido y sigue siendo hoy todavía concebido como **un principio material que se aplica en las sentencias definitivas**, razón por la cual la aplicación de este principio suela llegar, en muchas ocasiones, mal y tarde.

Un ejemplo ilustrará esta afirmación, cual es el de la legislación antiterrorista y más concretamente el tratamiento de los «**arrepentidos**», con respecto a los cuales el legislador español desde siempre secundó exclusivamente la vía material con olvido de la procesal. De este modo desde la L. O. antiterrorista 11/1980 a la última L. O. antiterrorista 9/1984, copió el modelo de la Ley antiterrorista italiana de 1980 que, en relación con los «*pentiti*» o arrepentidos, se inclinó por la solución de las excusas absolutorias, con olvido del modelo procesal instaurado por la «*Antiterrorismusgesetz*» de 1978 que introdujo el párrafo 153.e de la StPO alemana, conforme al cual el M. F. puede solicitar ya dentro de la instrucción el sobreseimiento del proceso en relación con un

terrorista arrepentido que confiese su participación en el delito y contribuya, con su delación, al desmantelamiento de la organización terrorista.

En mi opinión, la adopción de la solución alemana se hubiera manifestado, en la lucha contra el terrorismo, mucho mejor¹⁴ que la italiana/española y ello, por una razón que se nos manifiesta evidente y es la de que **las excusas absolutorias exigen que se plasmen en una sentencia, con lo que los efectos del arrepentimiento pueden difuminarse** si se piensa en que el arrepentido al inicio de la instrucción puede, en el juicio oral, y tras el transcurso de los años, volver a arrepentirse, pero esta vez de su confesión efectuada (que diría haber sido arrancada mediante torturas) y ello, como consecuencia de las silentes coacciones contra él efectuadas por otros miembros de la banda terrorista.

Por ello, debiera incluirse un **nuevo motivo de conformidad**, similar al previsto en la regla 5.^a del art. 779.1, introducido por la L. 38/2002, el cual debiera ampliarse también a determinados delitos graves de entre los que habría que incluir naturalmente, pero no sólo, a los de terrorismo¹⁵, de tal suerte que, **cuando el arrepentido confiese su participación en el hecho punible y esté dispuesto a delatar a los demás miembros de la organización criminal**, debe la policía o el M. F. trasladar inmediatamente al detenido ante el Juzgado de guardia para que, con todos los efectos de la prueba preconstituida, se le practique la declaración de urgencia¹⁶ que, una vez firmada con la intervención de su Abogado, posibilitaría la suscripción de una **conformidad negociada**, que contribuiría, con mayor eficacia, al desmantelamiento de la organización terrorista, mafiosa o de corruptos.

Como puede observarse la clave de la introducción del principio de oportunidad en nuestro proceso penal la ejercitaron las L. O. 8/2002 y L. 38/2002 que, no sólo permiten efectuar la conformidad en la guardia del Juzgado (a diferencia de la clásica solución del sumario ordinario que reserva este momento al ejercicio de la acusación dentro de la fase intermedia), sino que también la remisión que efectúa el art. 779.1.5.^a al art. 801 permite asimismo trasladar a ese momento inicial de la instrucción la exigencia de la reparación a la

¹⁴ Piénsese que tras la reforma efectuada por dicha Ley antiterrorista a la StPo alemana de 1978, así como por la «*Kontaktsperregesetz*» (Ley de intervención de las comunicaciones) y la «*Verteidigerausschluss*» (exclusión del defensor en determinadas actuaciones) se produjo el desmantelamiento total de la «Baader-Mainhof».

¹⁵ Y, así, debería agilizarse la conducta del arrepentido en el cohecho del art. 426 C. P. incluso una vez incoado el proceso penal y fuera del plazo por el precepto previsto. Mediante estas medidas se evitarían los macroprocesos, tales como el del caso Malaya que con 95 acusados duró más de 9 años o el del caso ERE, que, con 265 imputados todavía espera su sentencia definitiva.

¹⁶ La «*sofortige Vernehmung*» del parágrafo 135 StPo

víctima¹⁷ o la rehabilitación del drogodependiente como presupuestos para la obtención de la suspensión de la pena privativa de libertad del art. 80 C. P. (art. 801.3 LECrim).

Así, pues, **tras la promulgación de las Leyes, Orgánica y Ordinaria, de 2002 de instauración de los juicios rápidos es claro que la conformidad ha pasado a desempeñar una nueva función** yuxtapuesta a la de economía procesal, cual es **la de convertirse en un instrumento de la justicia restaurativa de la víctima, así como rehabilitadora de su agresor.**

Lo que, sin embargo, puede parecer un absurdo es que, en primer lugar, este tipo de conformidad en la guardia sea únicamente practicable en los «juicios rápidos»¹⁸ y, en segundo y sobre todo, que la reparación a la víctima tan sólo constituya un presupuesto de la suspensión de la pena privativa de libertad, pero no de la rebaja en un tercio de la pena prevista (art. 801.2), cuando, a fin de estimular la pronta reparación del perjudicado y la rehabilitación del acusado, deberían convertirse ambas prestaciones también en un presupuesto de la conformidad «premiada».

De aquí la necesidad de la **promulgación de una Ley de simplificación de la conformidad que reduzca las 9 conformidades existentes en nuestra LECrim a una sola** y en la que se plasmen todas las mencionadas finalidades (desmantelamiento de organizaciones criminales, reparación de la víctima y reinserción del imputado...), **pero con la instauración de 2 modalidades:** a) **la conformidad en el Juzgado de guardia**, tal y como se encuentra regulada o **al inicio de la instrucción**¹⁹, y a las que se adicionaría el enunciado estímulo de la reparación y reinserción, y b) **la conformidad negociada en todo tipo de procesos**, entre la acusación y la defensa, que prevista por la Instrucción de

¹⁷ De tal suerte que la conformidad se convierte también en un estímulo a la pronta reparación de la víctima, ya que, en la práctica, si el acusado desea evitar el juicio, está interesado en reparar puntualmente al perjudicado a fin de que éste no comparezca en el proceso y solicite una pena superior a seis años, en cuyo caso la conformidad no sería procedente, debiéndose abrir el juicio oral. Por esta razón, la L. O. 8/2002 instauró el número 3 del art. 801 y, con él, el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles como requisito previo para obtener la conformidad.

¹⁸ Y no, por ejemplo, en el proceso por Decreto, con respecto al cual decimos en nuestro manual que «desgraciadamente la escasa incentivación de esta conformidad, pues en los juicios rápidos la reducción de la pena siempre es de un tercio (art. 801) y en los procedimientos administrativos por infracciones contra la seguridad del tráfico vial la sanción de multa se reduce en un 50% si el infractor satisface inmediatamente la multa, en tanto que, en este proceso especial, el MF tan sólo puede reducir la pena de privación del permiso de conducción en un tercio, puede ocasionar un escaso éxito de este procedimiento».

¹⁹ Tal y como preconiza la FGE en su «*PROPUESTA DE 60 MEDIDAS PARA EL PLAN DE DES-ESCALADA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA TRAS LA PANDEMIA DE CORONAVIRUS COVID-19*», de 24 de abril de 2020, epígrafe II.48.^a

la FGE 2/2009, de 22 de junio, ha sido objeto de recomendación por la Propuesta de 24 de abril de 2020²⁰.

C) LA MEDIACIÓN PENAL

Como es sobradamente conocido, aunque el art. 2.2.a de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, haya excluido de su ámbito de aplicación las «mediaciones penales», lo cierto es que, desde la década de los años 90, como un fenómeno típico de creación judicial del Derecho vienen practicándose ante los órganos jurisdiccionales incluso más mediaciones penales que las civiles. De este modo, según información facilitada por el C. G. P. J., de las 104 mediaciones civiles efectuadas en el año 2015 finalizaron con acuerdo 48, lo que origina una «*ratio*» del 46'15% de triunfo de la mediación, mientras que, en la jurisdicción penal, durante ese mismo año, 2015, se realizaron **1.881 mediaciones**, de las que obtuvieron acuerdo 1.491, lo que significa un **79'26%** de éxito de la mediación penal²¹.

No obstante dicho éxito, lo cierto es que, salvedad hecha de algunas referencias legislativas, tales como los arts. 5.1.k y 15 de la L. 4/2015, del estatuto de la víctima del delito²², la mediación de menores del art. 19 de la L. O. 5/2000 o la de Leyes autonómicas²³ que, como es el caso de la Ley valenciana 24/2018, de 5 de diciembre, también permite su aplicación al proceso penal, ante la inexistencia de una Ley específica o de una reforma de nuestra LECrim que prevea su regulación, su régimen jurídico es todavía inexistente, debiéndose acudir, tal y como se ha adelantado, a los **usos forenses**, que de algún modo pretenden ser armonizados por el **Protocolo de la Mediación Penal**, contenido en la «*Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*», editado por el Consejo General del Poder Judicial²⁴.

²⁰ Véase la «*PROPUESTA DE 60 MEDIDAS...*», cit., epígrafe II.3.º

²¹ En los 11 años de funcionamiento de la mediación en el País Vasco la duración de la mediación ha sido de 2 meses en el 85% de las efectuadas con un éxito del 75% en el año 2017. *Protocolo de coordinación interinstitucional para el servicio de justicia restaurativa*, 2019, epígrafe 1.

²² Promulgada en cumplimiento de las Recomendaciones del Consejo de Europa R (83) 7, R (85)11, R 87 (18) y R (99)19, sobre mediación en el ámbito penal, la Decisión Marco de la U. E. 2001/220/JAI, de 15 de marzo y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.

²³ Según el **epígrafe 1** del *Protocolo de coordinación interinstitucional para el servicio de justicia restaurativa*, 2019, en los 11 años de funcionamiento de la mediación penal en el País Vasco su duración ha sido de 2 meses en el 85% de las efectuadas con un éxito del 75% en el año 2017.

²⁴ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>.

De aquí **la necesidad de promulgar una nueva Ley de la mediación penal** que potenciaría este método autocompositivo de solución, tanto del conflicto social, como el del intersubjetivo, contribuyendo fundamentalmente a través de la conformidad a simplificar y descongestionar nuestra justicia penal²⁵.

a) *Régimen jurídico*

No obstante, como se ha dicho, la existencia de la prohibición establecida por el art. 2.2.a de la L. 5/2012, ella no impedirá, en virtud de lo dispuesto en el art. 4 LEC y hasta tanto el Poder Legislativo promulgue la pertinente Ley de la mediación penal, que sean de **aplicación supletoria²⁶ a la pretensión penal, lo dispuesto en sus Títulos II («Principios informadores de la mediación»), III («Estatuto del mediador») y IV («Procedimiento de mediación») de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación**, cuyos preceptos²⁷ son perfectamente compatibles con la naturaleza de la pretensión penal.

Y, debido a nuestro régimen procesal de acumulación de la acción civil al proceso penal (art. 108), hay que distinguir entre ambos conflictos: a) el **penal** que, regido por el principio de **oportunidad** y por las disposiciones pertinentes del C. P. y de la LECrim, finalizará normalmente mediante un **negocio jurídico procesal de conformidad** en tanto que b) el **civil** que, informado por el principio **dispositivo** y por las disposiciones de la LEC (que, en todo lo referente a la pretensión resarcitoria es de aplicación directa y no supletoria), culminará con una **transacción judicial**.

b) *Ámbito de aplicación*

La mediación penal debiera poderse aplicar ante cualquier tipo de delito, incluidos los graves²⁸, si bien hay que tener en cuenta que el art. 87 ter. LOPJ, intro-

²⁵ De la mediación penal se ocupó, aunque someramente, el Anteproyecto de «**Código Procesal Penal**» de 2013, del Ministro Catalá (arts. 143-146). También la preconiza la FGE, en «*Propuesta...*», cit., de 24 de abril de 2020, epígrafe 28.^a

²⁶ PERIS SALAS, «¿De qué hablamos cuando hablamos de mediación en España?», en LLORIA, *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, Madrid, 2018, p. 131.

²⁷ Según lo dispuesto en el art. 144.1 del Anteproyecto/2013 «1. *A la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables las normas establecidas en los arts. 6.1, 6.3, 7, 8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*».

²⁸ Que, por cierto, son los que provocan, en el País Vasco, el mayor número de mediaciones. Vide. *El Protocolo de coordinación interinstitucional...*, op. y loc. cit.

ducido por la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con ocasión de la determinación de la competencia objetiva de los Juzgados de violencia sobre la mujer, establece en su ordinal 5 la siguiente prohibición: «*En todos estos casos está vedada la mediación*».

En mi opinión, dicha prohibición debiera ser revisada y anulada por el legislador²⁹, ya que viene a desconfiar de la labor de nuestros Jueces/zas de violencia contra la mujer quienes saben perfectamente distinguir entre un delito de violencia de género con peligro para la integridad física de la víctima y en el que el agresor ejerce una influencia dominante (supuesto que siempre habrá de ser excluido de la mediación), del que podría ser reconducido a una solución amistosa (la separación por mutuo acuerdo), revelándose en la práctica, con las retractaciones de la víctima en el proceso incluidas (ante la posibilidad, por ej., de que el varón sea sometido a prisión provisional y no pueda satisfacer los alimentos)³⁰, como contraproducente³¹.

c) *Presupuesto*

Presupuesto esencial de la conformidad es la **confesión** del imputado³². Sin el reconocimiento por parte del investigado o encausado de la existencia de un hecho punible y de su autoría no puede iniciarse el procedimiento de la

²⁹ En contra PERIS SALAS, «¿De qué hablamos cuando hablamos de mediación en España?», en LLORIA, *Convivencia ciudadana...*, cit., p. 128.

³⁰ No se nos oculta, sin embargo, que el ejercicio de la dispensa a declarar del art. 416 LECrim en ocasiones obedece a coacciones del agresor contra la víctima. De aquí que se haya propuesto su reforma mediante su derogación en delitos de violencia de género. Vide.: CASTILLEJO, *Posibilidad del procedimiento de mediación en el proceso penal seguido por violencia de género*, en LLORIA, «Convivencia ciudadana...», cit., Madrid, 2018, pp. 83-87.

³¹ El precepto (art. 87 ter. 5 LOPJ) «...debe ser suprimido pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y parte acusada», CASTILLEJO, op. cit. p. 98.

«En tal dinámica expansiva, y mediante una formulación lapidaria y seca, emerge la prohibición de la mediación introducida en el número 5 del art. 87 ter de la LOPJ, por el art. 44 de la Ley integral que desconcierta porque implica la negativa absoluta, la indiscriminada «veda» (por utilizar el áspero término empleado por el legislador) al uso de un instrumento de reconocida eficacia para la consecución de los propósitos tan profusamente expresados en el resto de su articulado. Tal parece que se nos quisiera trasladar la idea de que el diálogo, el consenso, la cultura de la paz valen en tanto en cuanto no exista conflicto, porque desde que éste se declara y desemboca en violencia (del tipo e intensidad del más amplio espectro, el que la propia Ley describe), se descarta cualquier posibilidad de resolución pacífica; a partir de entonces los loables propósitos transversales e integrales de la Ley se reducen a una declaración de principios puramente retórica porque sólo valdrá el recurso al derecho penal en su versión más punitiva para restablecer, eso sí, a su modo, con su particular lógica, la armonía quebrada». SAEZ, Concepción, *La mediación penal dentro del proceso*, CGPJ, noviembre 2010, pp. 144-145.

³² También en los U. S. A. Vide PÉREZ CEBADERA, «El principio del consenso en Estados Unidos», en *Mediación, Justicia y Unión Europea*, epígrafe III.

mediación. Pero dicha confesión ha de ser libremente prestada y con la asistencia del Abogado, sin someterla a género alguno de coacción, pues en el proceso penal rige, con toda su plenitud la presunción de inocencia³³.

La confesión del imputado conlleva implícitamente su arrepentimiento, lo que, unido a su disposición reparadora podrá posibilitar, como ha quedado dicho, la aplicación de las **atenuantes muy cualificadas** previstas en las circunstancias 4.^a y 5.^a del art. 21 C. P. en orden a obtener una rebaja en la pena de hasta **dos grados** (art. 66.1.2.^a C. P.).

d) *Objeto*

El objeto de la mediación consiste fundamentalmente en conseguir una puntual **reparación** de la víctima, de manera que, mediante la solución de su conflicto intersubjetivo, se satisfaga puntual y plenamente su derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta satisfacción de la víctima permitirá, de un lado, que no comparezca en el proceso penal como acusador particular, en cuyo caso se opondría a una eventual sentencia de conformidad y ocasionaría la frustración de la mediación penal y, de otro, autorizará al órgano jurisdiccional a aplicar la referida atenuante del art. 21.5.^a C. P. o la suspensión de la pena si se ha efectuado dicha reparación (art. 80.1. II y 2.3.^a C. P.).

e) *La resolución judicial*

La mediación puede ocasionar un auto de sobreseimiento (así, el supuesto del art. 963.1.1.^a LECrim o el de la petición vinculante de sobreseimiento del art. 782 LECrim y STS 1045/2007, de 17 de diciembre o doctrina BOTÍN³⁴), pero lo más normal será finalizar el proceso mediante una **sentencia explícita o implícita de conformidad**.

a') Denominamos **sentencia explícita** de conformidad a la que puede obtenerse, bien dentro de la instrucción ante el Juez de Guardia, en el enjuiciamiento rápido (arts. 801 y 779.1.5) y que hemos examinado con anterioridad,

³³ Véase, en lo referente al proceso de menores, GONZÁLEZ NAVARRO, «La mediación penal en España: situación actual y perspectivas de futuro», en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Málaga, 2006, p. 672.

³⁴ Véase. mi artículo «La doctrina del T. S. sobre la acusación popular: los casos “BOTÍN” y “ATUTCHA”», *Diario La Ley*, 2008, núm. 6970.

bien en el juicio oral, normalmente como **conformidad negociada** o «*plea bargaining*», al amparo de lo dispuesto en el art. 787.1 LECrim.

Si la **sentencia de conformidad se efectuara dentro de la guardia** de los juicios rápidos, **tendrá una tramitación oral**, ya que, en tal supuesto el Juez de guardia citará a las partes a una comparecencia oral (art. 779.1.5.^a)³⁵.

Pero, **fuera de este supuesto, la conformidad se resolverá de modo escrito en la fase intermedia**. Así se encargan de establecerlo, tanto el art. 784.3³⁶, como el art. 787.1³⁷.

b') Por el contrario, la **sentencia implícita** de conformidad sucederá dentro del juicio oral, lo que necesariamente ha de ocurrir, como veremos, en los delitos de violencia de género³⁸ o cuando la pena solicitada exceda de los 9 años de privación de libertad (art. 757 LECrim), en cuyo caso, debido a la existencia de la congruencia cuantitativa a la petición de pena del M. F. (art. 789.3), el M. F. puede obtener extraprocesalmente una conformidad negociada con la defensa lo que ocasionaría una sustancial rebaja en la individualización de la pena.

f) *Procedimiento*

En el procedimiento de la mediación ha de distinguirse la fase de las diligencias policiales de prevención, de la instrucción, propiamente dicha.

³⁵ En efecto, tal y como dispone la regla 5.^a del art. 779.1 si «*el investigado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado*».

³⁶ Art. 784.3. «*En su escrito –el de contestación al de acusación–, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787. Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1*».

³⁷ Art. 787.1. «*Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior: Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes*».

³⁸ Téngase en cuenta que la prohibición de la mediación en estos delitos la efectúa el art. 87 ter.5 que limita su ámbito de aplicación a los Juzgados de violencia contra la mujer, los cuales, en materia penal, tan sólo tienen plena competencia con respecto a los delitos leves. Pero en los demás, en los de la competencia de los Juzgados de lo Penal o de las A. P. en las fases intermedia y en el juicio oral ya no debiera regir esta prohibición.

a') Las diligencias policiales de prevención.

Aunque no estén legalmente autorizados los funcionarios de la policía judicial a dictar una resolución de derivación del objeto procesal a la mediación, pues su misión se reconduce, una vez investigada la «*notitia criminis*», a remitir el atestado a la autoridad judicial o al M. F. (arts. 284, 295, 496.11, 773.2 LECrim), **sí deben comprobar**, tras prestar declaración al detenido y a la víctima, **la concurrencia o no de los presupuestos de la mediación**, cuales son, de un lado y fundamentalmente, el reconocimiento por el investigado de su participación en el hecho punible y su voluntad reparadora, así como, de otro, la posibilidad de obtener el perdón o la voluntad autocompositiva de la víctima, de cuyos extremos habrán de dejar constancia en las diligencias policiales de prevención.

«*De lege ferenda*» sería recomendable que incluso con anterioridad al inicio de la instrucción y mediante la instauración de un procedimiento administrativo simplificado como el del alemán para las contravenciones («*Ordnungswidrigkeiten*»), la policía (fundamentalmente la de tráfico), en los delitos leves, actuara de mediador entre el agresor y su víctima y contribuyera «*in situ*» a obtener una solución negociada de la responsabilidad civil y a solucionar el conflicto penal mediante la emisión de una propuesta de sanción que, si fuera aceptada por el investigado, pondría también fin al proceso; en caso contrario, remitiría el atestado al Juzgado con la posibilidad de que el M. F. pudiera solicitar incluso mayor «*quantum*» de pena.

En tal supuesto de posibilidad de éxito de la mediación, no debiera el atestado ser remitido a la autoridad judicial, sino que, al igual como acontece en el proceso penal del menor (art. 6.2 L. 5/2000), con base en lo dispuesto en el art. 773.2, **debería enviarse a la Fiscalía a fin de que**, tras la realización de una investigación preliminar, **fuera el M. F. y no el Juez de instrucción quien dictara el Decreto de derivación a la mediación** en el que, en un plazo de 3 meses³⁹ y nunca superior al de los 6 meses de conclusión de dichas Diligencias Informativas (art. 5. V EOMF⁴⁰), habrá de concluirse el proceso de mediación.

La razón de que sea el Fiscal y no el Juez quien dicte esta resolución, se nos manifiesta bastante clara, pues, con independencia de los prejuicios que el Juez de instrucción pueda adoptar sobre la culpabilidad del investigado confe-

³⁹ Según lo dispuesto en el art. 20 de la L. 5/2012: «*La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*».

⁴⁰ «*La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado*».

so, que le inhabilitarían para conocer ulteriormente de un juicio por delitos leves, la derivación a la mediación constituye siempre una manifestación del principio de **oportunidad** y, en cuanto tal, es más propia del M. F., que de la autoridad judicial, siempre sometida exclusivamente al principio de legalidad.

b') La fase instructora y la «derivación al procedimiento de mediación»

Cumplidos los presupuestos de la mediación y, una vez manifestada ante el Juez de instrucción, en unas Diligencias Previas, o ante el M. F., en sus Diligencias Informativas, la voluntad de la víctima y de su victimario de someterse al procedimiento de mediación, comienza la primera fase de derivación a dicho procedimiento mediante la emisión de una resolución motivada.

Aunque, según el «*Protocolo de derivación a mediación*» del CGPJ, «la selección de los casos que hayan de derivarse a Mediación la realizará el órgano judicial»⁴¹, por las razones anteriormente indicadas pienso que la autoridad de derivación debiera ser, bien el **Letrado de la Administración de Justicia**, si se adoptara en el seno de una instrucción judicial, bien el **Ministerio Fiscal** en el de sus Diligencias Informativas.

A partir del Decreto de derivación comienza propiamente el procedimiento de la mediación con una serie de fases, como lo son la notificación al servicio autonómico de mediación, el nombramiento del mediador, la notificación a las partes, la fase de información, la de encuentro o acogida y la de acuerdo que se trasladará al M. F. para la suscripción de una conformidad negociada.

2. A medio plazo: la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal

Lo que sí puede y debiera (de una vez por todas, si se repara en que el Ministerio de Justicia tiene invertido, sobre esta materia, más de 15 años de trabajo⁴²) efectuar el legislador es la ansiada elaboración de una **nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal** que instaure una justicia penal en consonancia con las exigencias de nuestra actual sociedad democrática.

⁴¹ *Protocolo de la Mediación Penal del CGPJ*, cit., pp. 101 y s.s.

⁴² La elaboración de una nueva LECrim bajo el modelo del M. F.-Director de la instrucción comenzó, siendo Ministro de Justicia Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, hacia finales del año 2005 con 2 comisiones, presididas por Tomas Vives y un servidor, las cuales elaboraron un borrador de fases instructora, juicio oral, recursos y procedimiento ante el Jurado que posteriormente sería utilizado por los Anteproyectos.

La tarea, examinada desde un punto de vista técnico, no debiera ofrecer ningún problema, habida cuenta de que, como es sabido, se han elaborado dos magníficos textos prelegislativos, el Anteproyecto de LECrim de 2011 de la época del Ministro Caamaño (Ant./2011, en lo sucesivo) y el borrador de Código Procesal Penal de 2013 de la del Ministro Catalá (que, aunque no llegó a ser un Anteproyecto, sino un borrador, también lo denominaremos Ant./2013).

Ambos textos normativos poseen el **común denominador**, de un lado, **de simplificar nuestro sistema procedimental efectuando una drástica reducción de procedimientos penales**⁴³ y, de otro, como es sabido, **de conferir al M. F. la dirección de la instrucción**, reservando al Juez de garantías la función de adoptar las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales y de efectuar un control judicial de la actividad investigadora del M. F. Pero, como veremos, las diferencias son también notables.

A) EL PUNTO DE PARTIDA DE LA REFORMA

En mi opinión, esta situación de estancamiento prelegislativo tan sólo podría superarse si los partidos políticos, que hayan de consensuar la reforma, suscribieran al menos este propósito de política legislativa: **una nueva LECrim debiera incrementar la rapidez y eficacia de la justicia penal sin merma alguna de las garantías habidas en el derecho de defensa y en el principio acusatorio.**

Que haya de dotar de mayor celeridad a nuestros procedimientos penales y obtener una mayor eficacia en la investigación penal es algo que nadie duda. Pero conviene recordar que nuestro país ha sido pionero en la tutela de los derechos fundamentales a la libertad y de defensa⁴⁴ que han acabado

⁴³ Así, el Ant./2011 contempla 2 procesos ordinarios (el de delitos y el juicio de faltas) y 4 especiales (el juicio inmediato, el del Jurado, el de delito privado y el monitorio penal), y el Ant./2013 1 sólo proceso ordinario y 4 especiales (el juicio directo, el de aceptación de Decreto, el del Jurado y el proceso de decomiso autónomo).

⁴⁴ En esta línea merecen ser mencionadas las Leyes 53/1978, 14/1983 y 7/1988, en cuya virtud se abolieron los tres clásicos estadios de la intervención del defensor, propios del modelo liberal (esto es, la defensa *prohibida* en la detención, *permitida* en la instrucción y *obligatoria* en el juicio oral), para refundirlos en uno sólo: la *defensa necesaria* a partir de la detención o desde el primer acto de imputación judicial y hasta la obtención de una resolución definitiva y firme.

Sin duda alguna, tales reformas, junto con la instauración del derecho al «*habeas corpus*», efectuada por la LO 6/1984, y el establecimiento de plazos a la prisión provisional (LO 9/1984), han permitido situar al ordenamiento procesal penal español entre los más avanzados en Europa en lo que a la protección de los derechos a la libertad y de defensa se refiere.

consolidándose en el resto de los Estados europeos como consecuencia fundamentalmente de la aplicación de Directivas tales como la 2012/13/UE (derecho a la información en los procesos penales), 2013/48/UE (sobre el derecho a la asistencia de letrado) o la 2016/343 (acerca de la presunción de inocencia).

Es más, como consecuencia de la publicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, y del mandato de su art. 120 que obliga, con anterioridad al 12 de octubre de 2020, a todos los Estados miembros a promulgar un procedimiento penal especial para el conocimiento de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, la Sección de procesal de la Comisión de Codificación ha elaborado ya un texto articulado sobre dicho proceso especial de instrucción por la Fiscalía Europea que consagra un régimen en materia de defensa y de publicidad de la instrucción similar al existente.

Por ello, resultaría paradójico que este procedimiento especial de la Fiscalía europea pudiera tener mayor protección el derecho de defensa que el que regulara una nueva LECrim.

B) LOS ANTEPROYECTOS DE REFORMA, DE 2011 Y 2013

Tal y como se ha adelantado, aunque, tanto el Anteproyecto de 2011, como el de 2013 consagren al M. F. como Director de la instrucción, las diferencias son también notables fundamentalmente en la regulación de la fase instructora, en la intervención de las partes privadas y en los medios de impugnación, cuyos rasgos generales pasamos a examinar a continuación.

a) *La instrucción*

La principal característica de ambos Anteproyectos que me permitiría señalar es la de que, a simple vista los dos Anteproyectos parecen irreconciliables, pues, **en tanto que el Anteproyecto de 2011 parece haber sido elaborado por y para los Fiscales, el de 2013 podría decirse que lo fue por y para los Abogados.**

a') El Anteproyecto de 2011

Así, en el Anteproyecto de 2011⁴⁵ el derecho de defensa no surge con la imputación, sino en la primera comparecencia del investigado (art. 37.3 Ant./2011); asimismo confiere al M. F. la declaración de secreto con ratificación del Juez pero sin límite temporal y ocultación total a la defensa incluso del fundamento de sus medidas cautelares (arts. 457.3, 469, 488.1 y 2 Ant./2011); la intervención de las comunicaciones, mediante sucesivas prórrogas, puede alcanzar una duración indefinida (art. 283); si el imputado no hubiera sido detenido, ni deba el Juez dictar alguna resolución limitativa de algún derecho fundamental, la investigación del M. F. puede practicarse con absoluta comodidad y a espaldas del Abogado (arts. 466.1 y 2 y 467); la intervención del Abogado tan sólo se prevé en los interrogatorios, policial y fiscal, de su patrocinado (el art. 472 tan sólo permite la intervención del Abogado «*en los supuestos que esta ley expresamente prevea su intervención*», pero resulta que el Ant./2011 no contempla supuesto alguno de autorización de la participación del Abogado⁴⁶); la defensa puede pedir la práctica de diligencias, pero salvo que lo ordene el Juez, no está prevista en ellas la asistencia del Abogado (arts. 33.1.«k» y 472); fuera del Decreto de denegación de la solicitud de práctica de «diligencias complementarias» (que ha de suceder al término de la instrucción del Fiscal: art. 495.1), no existe supuesto alguno de impugnación de los Decretos del M. F. por la defensa⁴⁷ etc

b') El Anteproyecto de 2013

En el Anteproyecto de 2013⁴⁸, por el contrario, la defensa, al igual que en el régimen vigente del art. 118 LECrim, surge con la imputación (art. 260.1

⁴⁵ Sobre este anteproyecto puede verse en el Anexo IV mi trabajo «El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim de 2011», *Diario La Ley*, 2011, núm. 7738.

⁴⁶ Cfr.: arts. 255-267 (Inspecciones e intervenciones corporales), 334.3 (entrada y registro), 347 (Incautación de archivos informáticos), 127.2 (interrogatorio de testigos),

⁴⁷ Dispone el art. 492 que «*los decretos dictados por el fiscal durante el procedimiento de investigación sólo podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías en los supuestos expresamente establecidos en esta ley.*» Pero no existen supuestos en los que se autorice su impugnación fuera del señalado. Dicha omisión del prelegislador es particularmente grave a la hora de negar a la defensa la posibilidad de recurrir las resoluciones de imputación que van jalonando el procedimiento de investigación: la detención por el M. F., el Decreto de inicio de la investigación, la citación para la primera comparecencia e incluso el Decreto de conclusión de la investigación y apertura del plazo para formular acusación, que viene a cumplir una función similar a nuestro Auto de Transformación del Procedimiento Penal Abreviado, no son susceptibles de recurso.

⁴⁸ Sobre este anteproyecto pueden verse en el Anexo V mis siguientes artículos: «Estudio comparado del régimen de intervención de las partes privadas en los anteproyectos de LECrim de 2011 y 2013»,

Ant./2013); el secreto instructorio está sometido a plazo (de 3 y 12 meses: art. 138 Ant./2013) y, sin perjuicio de esta declaración, hay que comunicar al preso su imputación (art. 201.2); la duración de la intervención de las comunicaciones está sometida a un plazo de 1 año (art. 302); el derecho del Abogado al conocimiento de las actuaciones, a la propuesta de práctica de diligencias y a su participación en ellas es la regla (art. 7.2)⁴⁹; también es la regla general la impugnación devolutiva de los decretos del M. F. (art. 128.1), etc.

De este estudio comparado de la instrucción de ambos textos prelegislativos me atrevería a afirmar estas dos **conclusiones**: 1) **el régimen de intervención del Abogado defensor no puede ser similar al de las «diligencias informativas» del art. 773.2, por lo que debiera suscribirse el del Anteproyecto de 2013, y 2) sin embargo, debiera reformarse el régimen de impugnación de todas las resoluciones no exceptuadas, trazado por el art. 766.1, ya que en el modelo del M. F.-Director de la instrucción sería suficiente trasladar las alegaciones contra los Decretos a su superior jerárquico o, en su caso, al Juez de garantías.**

Téngase en cuenta que la generalización del recurso de apelación contra todos los autos del Juez de instrucción, que establece el mencionado art. 766.1, fue establecida por la Ley 38/2002, de instauración de los juicios rápidos, como medio para evitar las inquisiciones generales que caracterizaban aquella época. Pero, en una nueva instrucción dirigida por el M. F., no debieran los jueces, vía recurso de apelación, inmiscuirse en las funciones instructoras con riesgo de pérdida de su imparcialidad. Nos encontramos ante otro modelo procesal, el del M. F. instructor, en el que la parte gravada no necesita acudir a un Juez para que revise un decreto del M. F.: sería suficiente acudir al superior jerárquico del M. F. competente para exponerle sus alegaciones, pudiendo incluso el Fiscal Jefe., convocar a la Junta de Fiscales «ex» art. 24.1 EOMF o, en su caso, apelar al Juez de garantías.

Diario La Ley, 2014, núm. 7738; «El fortalecimiento del derecho de defensa en los Anteproyectos de reforma de la LECrim», *Diario La Ley*, 2015.

⁴⁹ De este modo, el Abogado defensor, no sólo ha de estar presente en el interrogatorio de su patrocinado (art. 260.4.b), sino que también ha de estarlo en el reconocimiento en rueda (art. 275.1); en la apertura de correspondencia (art. 317.1); en la diligencia de entrada y registro de una persona detenida (art. 340.4) y, si no lo estuviere, podrá presenciarlo personalmente (art. 340.3); está autorizado a estar presente en las inspecciones e intervenciones corporales (arts. 281 y s.s.); en la incautación de archivos informáticos (arts. 347 y s.s.); en la recogida del cuerpo del delito (art. 356) e inspección ocular (art. 360); puede asistir a las declaraciones testimoniales y careos (art. 376), recusar peritos (art. 395), proponer un perito cuando el objeto sea irrepetible (art. 397), presentar un dictamen pericial (art. 402.1) e intervenir en el examen (art. 401), etc.

b) *Las partes privadas*

a') En el Anteproyecto de 2011

En la regulación de las partes privadas hemos de distinguir al acusador particular, del acusador popular, si bien el Ant./2011 les establece un régimen similar, por cuanto ambos querellantes, popular y privado, han de comparecer como partes principales en la fase intermedia, después del ejercicio por el M. F. de la acusación (art. 520).

a'') La acusación particular

Pero, a diferencia del acusador popular, que ha de comparecer mediante querrela ante el Juez de garantías, el particular lo ha de hacer ante el M. F. «*en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite de presentación del escrito de acusación*» (arts. 77.1 y 473). Es más, también y a diferencia del acusador popular, tanto la policía judicial, como el M. F. le han de efectuar, en el curso de la investigación, el ofrecimiento de acciones, debiendo la víctima manifestar, si las ejercita ambas o se reserva el ejercicio de la acción civil (arts. 77.2 y 76).

Ahora bien, su papel es del **mero colaborador del M. F.**, ya que puede facilitarle información, instarle la práctica de diligencias y conocer, salvo declaración de secreto, las actuaciones, pero no se le autoriza a participar en su práctica (arts. 477-480). Su capacidad de postulación durante la investigación del M. F. es muy limitada hasta el punto de que no puede predicarse siquiera su estatus de coadyuvante o de parte subordinada.

b'') La acusación popular

La acusación popular, como se ha dicho y según el Ant./2011, ha de comparecer con posterioridad a la presentación del escrito de acusación del M. F. Como novedades notables del Ant./2011 cabe citar la prohibición de la acción popular a los partidos y a los sindicatos (art. 82.1.d)⁵⁰ o la configuración de las entidades privadas portadoras de intereses difusos como acusadores populares (art. 536.2. II)⁵¹.

⁵⁰ Prohibición que, en todo lo referente a los partidos políticos, nos parece muy plausible, visto las actuaciones electoralistas de algunos de ellos. En cambio no debiera excluirse a los sindicatos, los cuales debieran estar legitimados para el ejercicio, al menos, de la acción penal en los delitos contra los derechos de los trabajadores.

⁵¹ A mi juicio, este régimen de intervención de dichas entidades como acusadores populares y no particulares, que podría tener algún fundamento en la doctrina establecida en la STS 54/2008, de 21 de

b') En el Anteproyecto de 2013

a'') La acusación particular

A diferencia del régimen de intervención del acusador particular, trazado por el Ap.2011, el Ap./2013 le confiere todo el estatus de **parte principal**.

Con independencia del ejercicio de su derecho de querrela, a la acusación particular le asiste, en segundo lugar, el derecho al notificación del decreto de apertura de la investigación (art. 245), a personarse ante el M. F. y el tribunal de garantías (art. 250) y al conocimiento de todas las actuaciones practicadas, salvo declaración de secreto (art. 135). Su régimen procesal es prácticamente idéntico al de la LECrim vigente⁵².

b'') La acusación popular

Al igual que el Ant./2011, también el de 2013 prohíbe la acción popular de los partidos y sindicatos, pero difiere de aquel Anteproyecto en que la acción popular ha de presentarse siempre en forma de querrela (art. 72.1) y sólo puede ejercitarse por alguno de los delitos incluidos en el listado de su art. 71,

enero (caso «Atutxa»), no se justifica por varias y distintas razones: en primer lugar, porque tendrían que satisfacer fianza; en segundo, porque no podrían ejercitar la acción civil (ya que lo prohíbe el art. 83.3, prohibición que, con carácter general es también plausible) con manifiesto menosprecio de lo establecido en el art. 11 LEC y derogación del régimen de la acción civil acumulada al proceso penal y finalmente, porque su estatus de acusador popular les excluiría de la petición vinculante de sobreseimiento contenida en el art. 529.3: «*En los delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos individuales, cuando ni el Ministerio Fiscal ni la víctima ejerciten la acción penal, el Juez de la Audiencia Preliminar dispondrá el sobreseimiento de las actuaciones aunque existan acusaciones populares personadas que hayan interesado la apertura del juicio oral.*» Pero, tratándose de los protección de intereses colectivos y difusos, si tanto el M. F., en su calidad de defensor de la legalidad y del interés público, como las entidades portadoras de tales intereses estiman que no procede la apertura del juicio oral, ¿qué sentido tiene proceder a dicha apertura?, ¿qué parte acusadora sostendría entonces en el juicio oral la pretensión penal?

⁵² De este modo, una vez comparecido en la investigación, el acusador particular está facultado para intervenir en la práctica totalidad de las diligencias. Así, puede asistir al interrogatorio del encausado (cfr.: art. 268.4), obtener con él y el M. F. un acuerdo de conformidad inmediata y premiada con una reducción del tercio (arts. 270.1 y 272. II) o a decidir con él libremente una mediación penal (art. 143). Está autorizada a obtener copia de las grabaciones de las intervenciones telefónicas y a instar la inclusión, como fuente de prueba, de las conversaciones relevantes (art. 306). Puede participar en el interrogatorio de los testigos (arts. 376 y 383.3) e instar una prueba testifical anticipada (art. 385), recusar peritos (art. 395.1), solicitar la ampliación del objeto de su pericia (art. 396.2), proponer una nueva pericia a su costa (arts. 397), presentar un dictamen pericial (art. 402.1) e intervenir, en todo caso, en el examen pericial (art. 401). Asimismo, está legitimada para instar la adopción de medidas cautelares personales, reales (arts. 208.1, 233.3, 236.1, 237.1, 238), proponer el aseguramiento de las responsabilidades penales (art. 215.2) y medidas de seguridad, intervenir en la audiencia para la adopción de la prisión provisional (art. 202.1) e impugnar la desestimación de todas las medidas cautelares personales (art. 201.1).

que suelen ser, bien cometidos por funcionarios corruptos (así la prevaricación o el cohecho), bien atentan al patrimonio social colectivo (vgr.: los delitos urbanísticos o contra el medio ambiente).

c) «*De lege ferenda*»

Del examen de ambos textos podrían inferirse las siguientes consideraciones «*de lege ferenda*»:

1.^a) No tienen la misma naturaleza la acción penal de la víctima y la popular, pues, en tanto que el derecho del ofendido a interponer una querrela es un **derecho fundamental** contemplado en el art. 24.1 C. E. y subsumible, por tanto, en el derecho a la «*tutela judicial efectiva*» del art. 24.1 C. E.⁵³, de tal suerte que la inadmisión arbitraria de su «*ius ut procedatur*» posibilita la interposición del recurso constitucional de amparo⁵⁴, el derecho a la acción penal popular contemplado por el art. 125 C. E., es, como declara la STC 1045/2007, un **derecho constitucional de configuración legal**.

2.^a) Por lo tanto, **las limitaciones al ejercicio de la acción penal popular**, tanto subjetivas (así, la prohibición, contenida en ambos Anteproyectos, de que los partidos políticos puedan ejercitarla⁵⁵), como objetivas (las limitaciones a determinados delitos que efectúa el Ant./2013) **son perfectamente legítimas**⁵⁶.

3.^a) **Pero la limitación del Ant./2011, consistente en establecer la entrada de la acción penal popular únicamente en la fase intermedia,**

⁵³ Como afirman las SSTC 62/1983, 34/1994 y 50/1998: «...mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 C. E. y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del art. 24.1 C. E. en cuanto que perjudicado por la infracción penal. La protección en amparo del derecho del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal»

⁵⁴ Cfr.: SSTC 62/1.983, 34/1.994, 148/1.994, 50/1.998, 79/1.999...

⁵⁵ La utilización de la acción penal popular por los partidos políticos sucedió, por vez primera, en el caso Matesa sobre financiación del PSOE. Durante la década de los años 90 el T. S. fue muy generoso con su ejercicio. Así, frente a la doctrina tradicional de negación de capacidad de las personas jurídicas para el ejercicio de la acción popular, desde la STS 595/1992, de 12 de marzo, afirmó la legitimación de los partidos políticos para el ejercicio de la acción popular, les permitió a todos los acusadores populares comparecer en la instrucción sin presentar querrela, ni satisfacer fianza, les exoneró del pago de las costas procesales, etc. En el momento actual la doctrina jurisprudencial es la contraria. Puede verse mi artículo «Justicia y Política» en *La Ley*, 2016.

⁵⁶ SSTC 64 y 81/1999, de 26 y 10 de junio: «...la acción popular sólo existe cuando la ley la establece, sin que su existencia venga ligada a un imperativo del derecho de tutela judicial efectiva...» En el mismo sentido: 280/2000, de 27 de noviembre; 129/2001, de 4 de junio; 179/2004, de 21 de octubre.

una vez deducido el escrito de acusación por el M. F., supone entregar el monopolio de la acción penal al M. F. e infringe su propio fundamento, que estriba precisamente en garantizar el cumplimiento del principio de legalidad por el M. F., el cual se incumpliría, al no poder el acusador popular comparecer dentro de la instrucción a fin de poder impugnar un decreto de sobreseimiento⁵⁷.

d) *La acción civil*

En el Ant./2011 pocas son las especialidades en materia de ejercicio de la acción civil, toda vez que, al igual como acontece en el régimen vigente, puede acumularse a la acción penal o reservarse su ejercicio para el declarativo civil correspondiente.

Como especialidades plausibles cabe destacar la facultad del juez de garantías de reservar la acción civil para el declarativo correspondiente, cuando a causa de su complejidad o del ingente número de perjudicados se pueda originar graves retrasos (art. 89 Ant./2011), lo que ha sucedido en procesos penales espectaculares (así, vgr.: el caso del aceite de colza, el hundimiento de la presa de Tous, el accidente pirotécnico del Prica de Alicante, etc.).

Idéntico régimen de acumulación secunda el Anteproyecto de 2013 con determinadas innovaciones: a) la cualidad de sustituto procesal del M. F. queda circunscrita al perjudicado ausente, pero, si compareciera, el M. F. no ejercerá la acción civil (art. 57/Int./2013); b) el reconocimiento de la legitimación activa de las asociaciones de protección de la víctima (art. 67), así como el del cesionario del derecho de crédito (art. 68⁵⁸), y c) la regulación de los efectos civiles de cosa juzgada de la sentencia penal (arts. 99 y 125).

⁵⁷ Como dijo Francisco SILVELA: «... no cabe dudar que la acción pública... debiera ser una sola; que los fines del M. F. al ejercitarla se confunden en un todo con los de la acción popular y que ésta representa un principio de desconfianza de aquélla; pero... la mayor participación del sentimiento público en la vida de las instituciones judiciales, llevaba consigo el restablecimiento... de la acción popular, como derecho del ciudadano, distinto y separado del particular ofendido y del M. F. representante del Estado». SILVELA, *La acción popular*, RGLJ, 1888, p. 483. De dicha desconfianza nos da buena cuenta la propia Exposición de Motivos de la LECrim: «Educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la Justicia y de coadyuvar activamente a su recta administración, **haciendo como el ciudadano inglés, inútil la institución del Ministerio Público** para el descubrimiento y castigo de los delitos, han formado ideas falsas sobre la policía judicial y se han desviado cada vez más de los Tribunales, mirando con lamentable recelo a los Magistrados... y repugnando figurar como testigos en los procesos».

⁵⁸ Precepto loable, pues el tema no es pacífico. Según una primera jurisprudencia, de la que son exponentes las SSTS STS 225/2005, de 24 de febrero de 2005, ATS de 18 junio 1997, negó la intervención de las Cías. Aseguradoras, con base en que, al derivar su legitimación de un contrato de seguro y no de la

e) *El recurso de apelación*

a') El recurso de apelación en el Anteproyecto de 2011

Del estudio de ambos Anteproyectos se infiere que, en tanto que el de 2013⁵⁹ es bastante conservador con el régimen de la apelación hoy existente tras la publicación de la L. 41/2015, el de 2011 es muy innovador, por lo que a él dedicaremos nuestro estudio.

En el Ant./2011, tan sólo las sentencias de las A. P. (y no, por ej., los autos de sobreseimiento libre) pueden ser recurridas en apelación.

Ahora bien, no obstante su denominación de «*recurso de apelación*», en realidad se trata de un medio de impugnación híbrido, ya que participa de una doble naturaleza: **ordinario de apelación, cuando haya de interponerlo el condenado, y extraordinario, cuando decidieran ejercitarlo las partes acusadoras.**

Mediante esta doble naturaleza, el Anteproyecto pretende cohonestar, de un lado, el derecho a los recursos del condenado establecido por los Pactos Internacionales⁶⁰ y, de otro, la doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia y el principio de inmediación, la cual, como es sabido, impide la revisión de la valoración de las pruebas personales, cuando el tribunal «*ad quem*» trate de gravar en mayor medida al ya condenado⁶¹.

existencia del delito, dispuso, en un primer momento, que su derecho de repetición había de permanecer extra muros del proceso penal, debiéndolo ejercer exclusivamente en el proceso civil declarativo correspondiente. Pero, en el momento actual, tras la publicación del Acuerdo de 30 de enero de 2007, la doctrina jurisprudencial dominante es la contraria (SSTS 212/2019, de 23 de abril, 338/2011, de 16 de abril, 2009, 232/2008, de 24 de abril, 2009, de 27 de febrero, 707/2005, de 2 de junio, 1913/2002 de 22 de noviembre, AAP Barcelona, Sección 8.ª, 274/2011 de 9 junio).

⁵⁹ Como especialidades más notables del Ant./2013 cabría señalar las siguientes: a) se acumula el remedio de reforma con el recurso de apelación (art. 582.2); b) el motivo de error en la valoración de la prueba es más amplio, si lo interpone la defensa que la acusación (art. 592.1 y 2); c) únicamente pueden proponer prueba el condenado y el M. F., estándole vedado a los acusadores particulares dicha proposición (art. 596.1) y d) se autoriza el visionado de la grabación del juicio oral a fin de que el Tribunal «*ad quem*» pueda valorar las pruebas de carácter personal (art. 598.3).

⁶⁰ Como es sabido, el derecho a los recursos se encuentra previsto en el art. 2.1.º del protocolo n.º 7 al CEDH de 1 de noviembre de 1988 y es un derecho de la titularidad del el «*condenado*» por una Sentencia penal, razón por la cual no le asiste, ni al responsable civil, ni al acusador popular o particular (SSTC 33/1989 de 13 de febrero, y 29/1993 de 25 de enero).

⁶¹ Cfr.: SSTEDH de 26 de mayo de 1988 –caso Ekbatani contra Suecia, § 32–; 29 de octubre de 1991 –caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39–; 29 de octubre de 1991 –caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28–; 29 de octubre de 1991 –caso Fejde contra Suecia, § 32–, de 27 de junio de 2000 –caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59–; Igual Coll contra España de 10 de marzo de 2009. STC del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre y SSTC 170, 197, 198, 200, 212 y 230/2002; 41, 47, 68, 108, 189, 209/2003; 10, 12, 40, 50, 75, 94, 95, 96, 128, 192/2004, 200/2004, 324/2005, 307/2005, 285/2005, 282/2005, 272/2005, 267/2005, 208/2005, 186/2005, 178/2005, 170/2005, 168/2005, 143/2005, 130/2005, 119/2005, 116/2005, 113/2005, 112/2005, 111/2005, 105/2005, 59/2005, 43/2005, 27/2005,

Así, el recurso de la defensa abriría las puertas a una **apelación amplia**, por cuanto el condenado, está autorizado a alegar hechos viejos que había podido conocer con posterioridad a la vista (art. 629.2), así como a proponer nueva prueba sobre tales hechos viejos y desconocidos, siempre y cuando fueran relevantes, a los que había que adicionar los clásicos motivos de la apelación restringida (prueba que no pudo proponer, las propuestas e inadmitidas y las indebidamente denegadas).

Por el contrario, tratándose de la interposición del recurso por el M. F. o alguna de las partes acusadoras, nos encontraríamos, como ha quedado dicho, ante un **recurso extraordinario**, ya que tan sólo podrían interponerlo por los tasados motivos de «*infracción de ley sustantiva o procesal*», contemplados en los arts. 626-628.

b') Valoración crítica: apelación amplia y restringida

Aunque el Ant./2011 efectúa una ingeniosa regulación de la apelación que es respetuosa con los Pactos Internacionales y con la doctrina constitucional sobre la inmediación en las pruebas personales, soy de la opinión de que no debiera suscribirse por varias razones: a) en primer lugar, porque negar al M. F. y a las acusaciones particulares recurrir en apelación no sólo contradice el principio de «igualdad de armas»⁶², sino que también podría convertir en arbitrarias no pocas sentencias del Tribunal del Jurado cuyo veredicto, en no pocas ocasiones, suele equivocarse en la motivación de la prueba indiciaria; b) en segundo, porque no se compadece con el estatuto de la víctima que le confiere también el derecho a los recursos y, de modo especial, el de recurrir un auto de sobreseimiento (art. 12.2 L. 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima), y c) porque, al no poder las partes acusadoras recurrir en apelación tampoco el fallo civil de la sentencia penal, convertiría a la pretensión civil acumulada en **un proceso de única instancia** (pero si el perjudicado hubiera reservado la acción civil para el declarativo correspondiente, esta pretensión civil podría recorrer 2 instancias y 1 casación, circunstancia que le induciría a reservar

19/2005, 306/2006, 340/2006, 328/2006, 217/2006, 114/2006, 95/2006, 91/2006, 80/2006, 74/2006, 24/2006, 8/2006, 164/2007, 142/2007, 137/2007, 126/2007, 43/2007, 29/2007, 15/2007, 11/2007, 16 y 120/2009, 30/2010...; STS 380/2010, de 4 de mayo, ATC 28/2010, de 8 de febrero...

⁶² La STC 66/1989, de 17 de abril (caso GARCÍA DE ENTERRÍA) estimó que el art. 627.1 LECrim vulneraba el principio de igualdad de armas por no haber conferido a la defensa idéntico trámite de alegaciones en la fase intermedia; doctrina que, confirmada por las SSTC de 1 de marzo de 1996 y 1784/2002, de 2 de noviembre, motivó la reforma del precepto por la L. 13/2009.

siempre la acción civil) con todos sus desfavorables efectos de entre los que cabe citar el fomento del arbitrio judicial.

Pero es que además el Ant./2011 incurre tácitamente en el error de considerar inconstitucional a nuestro régimen de apelación restringida. Y aquí, permítasenos discrepar respetuosamente de esta conclusión, discrepancia que habría de compartirse si se repara en que nuestro sistema de apelación restringida es tan respetuoso con la presunción de inocencia, el derecho a la tutela y el derecho de defensa como el de la apelación amplia. Es más, desde un punto de vista estrictamente técnico resulta ser más perfecto, ya que la oralidad requiere la **concentración de la prueba en el juicio oral**, siendo enemiga de su dispersión; desventaja, esta última, de la que participan los regímenes de apelación amplia, en los que las partes pueden incurrir en la tentación de efectuar una proposición de prueba escalonada, consistente en efectuar una petición fragmentaria de la prueba, de tal suerte que no se ejecute toda ella en el juicio, reservándose parte de ella (así, la de determinados testigos para que declaren sobre hechos viejos pero desconocidos) para la segunda instancia por si no triunfara su respectiva pretensión o defensa. El resultado de todo ello (el de la «*prueba en la recámara*») es que la inmediación judicial aparece fragmentada, a diferencia de nuestra apelación restringida en el que las partes han de ser exhaustivas en la aportación, con igualdad de armas, de la totalidad del material probatorio en el juicio oral.

Por estas razones, nos parece, en este extremo, más correcta la regulación que realiza el Ant./2013, el cual adiciona dos notable especialidades, cuales son: a) otorgar al acusado su derecho a «*la última palabra*»⁶³ (art. 528.5 Ant./2013), y b) permitir al tribunal, si así lo solicita la parte interesada, «*visionar la grabación del juicio oral*» (art. 528.3).

Y es que, si el tribunal «*ad quem*» visiona en la vista y con presencia de las partes y del acusado el juicio oral, se coloca en la misma situación de inmediación (es decir, puede examinar los gestos de turbación, sorpresa, etc., de los intervinientes en la prueba, propios de la inmediación) que el tribunal de instancia sobre la ejecución de la prueba que ya no es personal, toda vez que los soportes electrónicos, que se introducen y reproducen en la segunda instancia, tienen el valor de **prueba documental**⁶⁴ y, si se trata de documentos, no cons-

⁶³ Cuya infracción vulnera el derecho de defensa y posibilita el amparo: SSTC 22/2013, de 31 de enero, 13/2006, de 16 de enero –RTC 2006/13–, 258/2007, de 18 de diciembre –RTC 2007/258–, 93/2005, de 18 de abril –RTC 1994/181–; SSTS 669/2006, de 14 junio, –RJ 2006/4759–, 9 de junio de 2003 –RJ 2003/7159–; SSTDH Vilches Coronado y otros c. España, de 13 de marzo de 2018, de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España...

⁶⁴ Cfr.: arts. 135, 146.2. II, 147. IV, 259.2, 267, 318, 320.1.1.º y 2. II, 326.3... LEC.

tituyen pruebas personales, por lo que ha de admitirse que el tribunal «*ad quem*» está autorizado extender a ese visionado su conocimiento⁶⁵. Admitir lo contrario significaría prohibir también el visionado en el juicio oral de todo tipo de prueba instructora preconstituida o anticipada que haya sido sometida a una grabación audiovisual.

Pero dicho conocimiento ha de suceder tras su reproducción en la vista y no fuera de ella, lo cual daría lugar a la entrada de la ciencia privada del juez. Esto es lo que desterró el T. C. en una doctrina que, aunque no sea unánime⁶⁶, cuenta con un respaldo mayoritario, siempre y cuando sea citado al menos el acusado a la vista de la 2.^a instancia⁶⁷.

f) *El recurso de casación*

En esta materia, el Ant./2011, se inclinó por el conservador recurso «*por unificación de doctrina*» (art. 642), que sería procedente contra todas las Sentencias dictadas por los tribunales de segunda instancia⁶⁸, lo que permitiría a la Sala de lo Penal del T. S. emanar su necesaria doctrina legal ante todo tipo de delitos, evitándose de esta manera los vacíos jurisprudenciales en los delitos menos graves que caracterizaban a nuestra casación anterior a la reforma de 2015.

El Ant./2013 elaboró, por su parte, en su art. 605.1, una propuesta **material** del recurso de casación, ya que tan sólo contemplaba este recurso extraordinario por el motivo de *infracción de ley*, al que adicionó también el de precepto constitucional, pero siempre que «*la sentencia de primera instancia se hubiere dictado por un Tribunal colegiado*», esto es, limitado a los delitos graves de la competencia de las A. P., lo que nos parece un contrasentido.

Sobre este art. 605.1 del Ant./2013 se ha inspirado, sin duda, la L. 41/2015 que ha excluido, como regla general, de la casación los vicios «*in procedendo*»⁶⁹,

⁶⁵ La prueba documental la puede examinar de oficio el tribunal: Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2012; SSTs 400/2013, de 16 de mayo, 325/2013, de 2 de abril

⁶⁶ La STC 105/2014 (Sala 2.^a) declaró que «...no sirve para salvaguardar las garantías de inmediatez y contradicción la reproducción de la grabación del acto del juicio, ni siquiera respecto a la valoración de los testimonios reproducidos, cuando no se cuenta con la posibilidad de oír personal y directamente a los declarantes en instancia...» Dicha decisión fue citada por la STEDH, de 29 marzo 2016. TEDH 2016\10, por lo que no nos encontramos ante una «imposición» del TEDH.

⁶⁷ Cfr.: SSTC 149/2019, de 25 de noviembre (Pleno, F. J.2), 105/2016, de 6 de junio (Sala 2.^a, F. J. 5), 120/2009, de 18 de mayo, (Sala 1.^a) 2/2010, de 11 de enero (Sala 2.^a), 30/2010 de 17 de mayo (Sala 2.^a)...

⁶⁸ Pero sin establecer suma de gravamen alguna, ya que el art. 643.2 tan sólo exige el gravamen de los «*actores civiles y responsables civiles subsidiarios sin responsabilidad penal*» (¿).

⁶⁹ Con la única salvedad de las sentencias dictadas por la Sala de lo civil y penal de los T. S. J. y de la Sala de apelación de la A. N. que pueden conocer incluso por el motivo de «error de hecho en la valoración de la prueba del art. 849.2.

de tal suerte que el art. 847.1.b LECrim tan sólo contempla hoy el motivo de **infracción de ley** cuando este recurso extraordinario se interponga «*contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*», lo que parece razonable, si se piensa en que, a) de un lado, todos los delitos tienen acceso, por esta vía, al T. S. quien puede emanar su doctrina legal sin límite alguno, haciendo innecesario el recurso de unificación de doctrina, y b) los motivos de quebrantamiento de forma ya se han podido hacer valer a los largo de 2 instancias, incluido el remedio extraordinario del incidente de nulidad de sentencias, lo que no impide que de la casación procesal pueda conocer en los recursos contra las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los T. S. J. o por la Sala de Apelación de la A. N., así como los que puedan hacerse valer a través del recurso por infracción de precepto constitucional contemplado en el art. 5.4 LOPJ.

PARTE CUARTA

LA SIMPLIFICACIÓN DEL PROCESO CIVIL

I. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000

A diferencia de la LECrim, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 desde siempre nos ha merecido una valoración altamente positiva. De ella decíamos al poco tiempo de su promulgación que «un estudio de la LEC 1/2000, a la luz de las exigencias constitucionales contenidas en el art. 24 C. E. y de los distintos modelos que se han sucedido a lo largo de la historia, nos permite afirmar que constituye un moderno Código Procesal que ha modificado profundamente nuestra justicia civil, habiéndola integrado en el espacio judicial civil europeo»¹.

Dicho esto, y tras 20 años de funcionamiento de nuestra LEC, conviene también precisar ahora cuáles sean sus principales defectos, de entre los que personalmente señalaría la producción de una justicia civil formalista, que no siempre otorga la razón a quien la tiene dentro y fuera del proceso, todavía excesivamente lenta e ineficaz, en muchas ocasiones, en la práctica.

A esta censurable situación contribuye, por una parte, la existencia de una auténtica selva de procedimientos especiales y sumarios, mantenidos unos por mera inercia legislativa y surgidos otros por las deficiencias de su parte general y, por otra, la escasa entidad de sus obligaciones procesales y de las facultades judiciales de examen de oficio de los presupuestos procesales, cir-

¹ «Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley*, 2008, I.5.

cunstancias ambas que ocasionan el surgimiento de una justicia en muchas ocasiones más formal que material, poco propicia al descubrimiento de la verdad material y sin que esté dotada de la celeridad y eficacia que nuestra sociedad actual demanda.

II. ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA INEFICACIA DE LA JUSTICIA CIVIL

En mi opinión las causas de su ineficacia residen en su gestación, porque el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998 que presentó el Gobierno del Partido Popular adolecía de grandes defectos, como lo fueron el mantenimiento del vetusto principio de la **escritura**, una regulación defectuosa de las **escasas obligaciones procesales** y, como consecuencia del apoyo gubernamental a su socio (el entonces y hoy extinto grupo parlamentario «Convergencia y Unión»), el **otorgamiento a los T. S. J nada menos que la casación procesal** que pasó a denominarse y todavía hoy se conoce como «*recurso extraordinario de infracción procesal*».

De dicho Proyecto, en el año 1998, censuramos lo siguiente: «a) no se desprende totalmente del principio de la escritura en la fase probatoria²; b) estimula las dilaciones con el mantenimiento de la actual regulación de los incidentes..., así como mediante la instauración de un extraño e inédito, en el derecho comparado, recurso de casación procesal atribuido a los Tribunales Superiores de Justicia; c) no incrementa todo lo que debiera el principio de investigación en todo lo referente a las facultades del Juez en materia probatoria, manteniendo el modelo del «Juez vigilante» del liberalismo, en vez del contemporáneo modelo europeo de «Juez director» del proceso comprometido en la rápida y justa solución del litigio, y d) podría ser más eficaz, si, como hizo, por ejemplo, la Ley de Procedimiento Laboral, profundizara en las obligaciones procesales o consagrara la potestad jurisdiccional cautelar»³.

Pero, como quiera que la reforma requería mayoría absoluta para modificar los arts. 56.1 y 73.1 LOPJ y poder conferir a los T. S. J. dicho recurso extraordinario, consiguió el Grupo Popular en el Senado el apoyo del Socialista a cambio de que **introdujera la oralidad y modificara su proyecto de casa-**

² Por ello, instamos al legislador a que «han de suprimirse los arts. 187 («nota para la vista»), 303 y 306 (pliego de posiciones en la confesión o «preguntas iniciales») a las partes en la terminología del PLEC), 347 y 348.1 (dictamen escrito de peritos), 364.1 y 366.1 (preguntas por escrito a testigos)...». Cfr.: mi artículo «Observaciones al proyecto de ley de enjuiciamiento civil desde el derecho procesal europeo». *La Ley* 1998, II.1.

³ GIMENO SENDRA, «Observaciones...», cit. I.3.

ción, como así aconteció mediante la aprobación, en dicha Cámara alta, de la enmienda socialista núm. 96 que, de un lado, introdujo la oralidad en la LEC y, de otro, con la promulgación de la vigente Disposición Adicional 16.^a de la LEC, se unificaron ambos recursos de casación, material y procesal, residenciándolos en el T. S. El grupo popular, por otra parte, dotó de mayor eficacia al proceso civil por la vía de introducir y modificar algunas obligaciones procesales y de incrementar el principio de examen de oficio de los presupuestos procesales⁴.

Pero no sucedió otro tanto con los procesos especiales y sumarios, con respecto a los cuales, si bien es cierto que formalmente efectuó esa reducción, tampoco lo es menos que mantuvo la frondosa selva procedimental de proce-

⁴ Mediante una enmienda proveniente de su Vicepresidente económico, a quien le debieron trasladar mis observaciones efectuadas a este respecto en el citado trabajo en el que propuse lo siguiente:

«A) «Obligación de exhibición de documentos: *Debieran reformarse los arts. 256 y 261 (diligencias preliminares), 330 (efectos de la negativa a la exhibición) y 331 (exhibición de documentos por terceros).*

a) *Las diligencias preliminares podrían substancialmente reformarse, de tal suerte que, perdiendo su actual casuismo, permitieran: a) la exhibición de todo documento útil y pertinente (arts. 329 y ss); b) el aseguramiento de la prueba (arts. 297 y ss), y c) la exhibición del patrimonio (art. 591) como presupuesto para la adopción de medidas cautelares.*

– **Justificación:** *es antieconómico que estos tres actos preparatorios del proceso tengan, en el PLEC, una regulación distinta (el aseguramiento de la prueba) o inexistente, bien por imprevisión (exhibición de documentos), bien por circunscribir la obligación de manifestación de bienes al ámbito de la ejecución, lo que puede posibilitar los «alzamientos». Por tales razones, debieran estas tres diligencias practicarse a través de un único procedimiento: el de las diligencias preliminares.*

b) *La obligación de exhibición de documentos debe gravar tanto a las partes, cuanto a los terceros. De lo contrario, se puede frustrar este acto por el simple expediente de otorgar a un tercero la posesión del documento. Debiera, pues, reformarse el art. 331.*

c) Por otra parte, parece conveniente reflexionar sobre el incumplimiento de dicha obligación. Los arts. 261.1 y 4, 330.1, como en otras ocasiones (así, el art. 369.4, sobre el que después volveremos), tan solo contempla una sanción procesal: la de la condena por «*ficta confessio*». Pero nuestros tribunales son reacios a esta posibilidad, quizás, porque algunos Magistrados piensan que contraviene la presunción de inocencia (aunque el T. C. no reclama su vigencia en el proceso civil). Por otra parte, esta sanción puede parecer desproporcionada cuando el demandante no presente copia, en cuyo caso el art. 331.1 «*in fine*» extiende aquellos efectos «a la versión que del documento hubiese dado».

Por estas razones, y con independencia de mantener la «ficta confessio», se debieran incrementar las facultades disciplinarias del juez a través de la instauración de «resoluciones provisionales» (las medidas del «Comptent of Court» del derecho anglosajón, «mesures provisoires» del CPC francés o «eintsweilige Verfügungen» de la ZPO) o medidas de coerción a través de las cuales se consiga un determinado comportamiento del obligado, cual es, en nuestro caso, la efectiva aportación del documento al proceso. Un ejemplo de tales medidas lo tenemos en la Ley de la Propiedad Industrial (arts. 129-130 Ley 11/1986) que, mediante la diligencia de «comprobación de hechos», permite la entrada y registro del Juez civil. Otras podrían ser las «astreintes» o multas coercitivas de carácter progresivo que el propio PLEC propugna, aunque ceñidas al proceso de ejecución de las obligaciones de hacer o de dar cosa determinada (arts. 702.2 en relación con los arts. 711 y 713). Finalmente, siempre cabe la posibilidad de consagrar también la vía penal y deducir testimonio por la comisión de un delito de «desobediencia» contra quien incumple un mandato de la Autoridad Judicial (como hace, por ejemplo, el art. 112 de la Ley 29/1998 o LJCA o, en materia de alcoholemia, el art. 380 del C. P. de 1995).

sos especiales y sumarios contenida en las Leyes especiales, lo que, en el momento actual, carece de sentido, pues la proliferación de estos procedimientos obedece a la existencia de un proceso ordinario informado por la **escritura** (el «*solemnis ordo iuditiarum*» de la Edad Media que perduró en España en el juicio de mayor cuantía de la LEC de 1881 y hasta su abolición por la LEC 1/2000), cuya la lentitud y carestía inducían al legislador a extraerle de él determinadas relaciones jurídico materiales para conferirlas a un nuevo procedimiento especial o sumario, en teoría más acelerado, aunque en la práctica no lo consiguiera. Por ello, **una vez abolida la escritura como principio rector del proceso civil y sustituida por la oralidad, debió el legislador haber suprimido también la inmensa mayoría de estos procedimientos**, lo que no pudo efectuar mediante la aprobación de una enmienda en el Senado.

III. LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCESOS ORDINARIOS

La simplificación de los procesos ordinarios debiera conllevar **la supresión del juicio verbal**⁵ y **la modificación de la comparecencia previa del juicio ordinario**.

1. La supresión del juicio verbal

Similar fundamento histórico al de los procesos sumarios y especiales, tiene el juicio verbal, que, perteneciente a la categoría de los procesos plenarios rápidos, fue creado por una Ley dictada por D.^a Juana y D. Carlos en el

B) *Obligación de soportar un análisis sanguíneo:*

Por similares razones a las anteriormente expuestas se propone la reforma del art. 769.4 PLEC, que, como única sanción a la obligación del demandado a someterse a una prueba biológica para la investigación de la paternidad, contempla la procesal de la «ficta confessio».

– **Justificación:** *El cumplimiento de esta obligación expresamente declarada constitucional (STC 7/1994) no puede quedar al albur del demandado, lo que sucedería de ser aprobado el referido precepto al menos en aquellos supuestos (desgraciadamente no infrecuentes en la práctica) en los que no existe prueba indiciaria alguna de la paternidad. Por esta razón, y con independencia de mantener esta solución francesa de la «ficta confessio» (proscrita en otros países, como Italia), debiera afianzarse con la técnica de las «resoluciones provisionales», a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior, las cuales podrían impostarse en la parte general de la LEC como medio para asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones procesales de los intervinientes en el proceso».* GIMENO SENDRA, op. cit., II.2.

⁵ Sobre la abolición del juicio verbal puede consultarse mi artículo *La abolición del juicio verbal y de los procesos especiales y sumarios*, en la Revista General de Derecho Procesal, de 29 de junio de 2020, cuya copia se incorpora en el Anexo VII.

año 1534 en Madrid⁶ para extraer del super garantista, pero excesivamente lento, «*solemnis ordo iuditiarium*», litigios de escaso valor económico que habrían de dirimirse en un procedimiento simple, sin complejas alegaciones, con una contestación verbal, informado por la oralidad y, por tanto, sustancialmente acelerado.

Sucede, sin embargo, que en la actualidad **este proceso ordinario que, en aras de la rapidez, sacrificaba el derecho del demandado a una contestación escrita y, sobre todo el del actor a conocerla previamente y a disponer del tiempo suficiente para preparar el juicio, ha sido sustancialmente modificado por la L. 42/2015**, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, cuyo art. 438.1 dispone que «*Admitida la demanda –el Letrado de la Administración de justicia–, dará traslado de ella al demandado para que la conteste por escrito en el plazo de diez días conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario*».

Pero es que además, **no sólo la contestación, en el verbal, es asimismo escrita⁷, sino que también la referida L. 42/2015 ha introducido, en él, una audiencia previa** similar a la comparecencia de los arts. 414 y s.s., ya que, al inicio de la vista, no sólo puede plantearse todo lo relativo al resultado de una conciliación o instar el reenvío del objeto procesal a una mediación, sino que también puede, dilucidarse la concurrencia de los presupuestos procesales. Así, dispone el art. 443.2 que «*Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, el tribunal resolverá sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo de acuerdo con los artículos 416 y siguientes*».

Y, si no fueran suficientes estas medidas, **para acabar de rematar al juicio verbal, la L. 4/2011 introdujo** en la LEC la Disposición final vigésima cuarta sobre medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, en cuya virtud se ha establecido **un proceso europeo de escasa cuantía**, por lo que **carece de sentido que, para el enjuiciamiento de estos litigios de pequeña cuantía, subsistan 2 procedimientos plenarios rápidos**.

Por ello, **si subsisten 2 procesos de pequeña cuantía, si la fase de alegaciones del juicio verbal es ahora idéntica al juicio ordinario, si ahora**

⁶ Para litigios con un valor económico inferior a los «mil maravedís» FAIRÉN, «Una perspectiva histórica del proceso: la “*litis contestatio*” y sus consecuencias», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 31.

⁷ Salvedad hecha del nuevo verbal especial en materia de familia durante la vigencia del estado de alarma: art. 5.5 R. D.-L. 16/220, de 28 de abril.

también tiene este procedimiento una audiencia previa similar a la comparecencia del juicio ordinario y si las demás fases procesales son idénticas, **¿qué sentido tiene mantener este juicio verbal**, por cuyas normas se dilucidan no pocos procedimientos especiales (concretamente los contenidos en las 13 reglas del art. 250.1)?

Por ello, somos de la opinión de que (sin perjuicio de que este proceso plenario rápido pudiera coyunturalmente potenciarse en estos momentos de crisis motivada por la pandemia⁸) **la primera reforma de simplificación de la justicia civil debiera ser la supresión del juicio verbal.**

2. La modificación de la comparecencia previa

Debe, por tanto, abolirse el juicio verbal, pero también debe modificarse, al propio tiempo, **la comparecencia previa del juicio ordinario**, la cual ha de inspirarse precisamente en la del juicio verbal.

En efecto, uno de los principales problemas del juicio ordinario es que copió mal la *«erste Termin»* o primera audiencia que ideó Franz Klein e instauró en la ZPO austriaca de 1895. Y es que **nuestra audiencia preliminar**, a diferencia de la austriaca, **es siempre obligatoria y hay que celebrarla con posterioridad a la contestación de la demanda.**

Recordemos al lector que la comparecencia previa se introdujo, por vez primera en España, con la reforma parcial de 1984 a la LEC de 1881. Pero dicha reforma parcial de 1984, si bien instauró la audiencia preliminar con sus clásicas tres funciones (evitar, preparar y fijar el objeto procesal –hoy enunciadas en el art. 414.1. II LEC/2000–), al no introducir la oralidad en la audiencia principal y no estimular la comparecencia de las partes, la convirtió en una «bella idea» que, en muchas ocasiones, se convertía en la práctica en un trámite burocrático, ya que las partes formales se limitaban a suscribir la pertinente acta de «celebración» de una imaginaria e irreal comparecencia previa.

Por esta razón, porque no se celebraban las comparecencias previas, el legislador de la LEC 1/2000 la convirtió en obligatoria, con lo que, en el mo-

⁸ Cfr.: CGPJ, «PRIMER DOCUMENTO DE TRABAJO SOBRE MEDIDAS ORGANIZATIVAS Y PROCESALES PARA EL PLAN DE CHOQUE EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA TRAS EL ESTADO DE ALARMA», abril 2020, pp. 79-80. Dicho documento propone reformar el art. 250.1 LEC en el sentido de ampliar el ámbito de aplicación del juicio verbal a determinados procesos especiales y a objetos procesales con un valor superior a los 15.000 euros, lo que, como medida de urgencia, nos parece correcto dado el carácter eventual de la comparecencia previa que, a diferencia del ordinario, ostenta el juicio verbal

mento actual puede parecer un trámite innecesario, ya que, en muchas ocasiones, las partes no quieren conciliarse y, si se cumplen todos y cada uno de los presupuestos procesales, qué sentido tiene practicarla: **la comparecencia previa se convierte en un trámite burocrático generador de dilaciones indebidas.**

A diferencia, pues, de la audiencia preliminar austriaca que, en primer lugar, tiene carácter eventual o potestativo y, en segundo, se celebra tras la presentación de la demanda (pues la experiencia, en aquel país, puso de relieve que, una vez contestada la demanda, el Abogado del demandado no tiene interés en obtener la conciliación), la LEC 1/2000 no recogió tales especialidades y, de aquí, que **debiera reformarse, de tal suerte que su apertura fuera siempre facultativa del Juez**, quien, una vez examinada por él la demanda (y no sólo por el Letrado de la Administración de Justicia) habría de disponer, en su caso, la celebración de la comparecencia previa.

Debiera, por lo tanto, abolirse el juicio verbal y modificar la comparecencia previa del juicio ordinario, de tal suerte que fuera su práctica facultativa del Juez, debiendo disponerla tan sólo cuando se cumplan sus presupuestos.

IV. LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCESOS SUMARIOS Y ESPECIALES: SU DRÁSTICA REDUCCIÓN

Al igual que el juicio verbal, la causa de la creación de los procesos sumarios y especiales es, tal y como se ha adelantado, la misma: la lentitud y demás defectos del «*solemnis ordo iudicarium*» que, inspirado en la «*litis contestatio*» del Derecho romano e informado por el principio de la **escritura**, a lo sumo servía a los intereses de una aristocracia que podía perder su tiempo y dinero con tan lento y farragoso proceso.

Por esta razón, los comerciantes, a través de los Consulados del Mar, obtuvieron del poder real, en los albores de la Edad Moderna, los procesos sumarios ejecutivos que, inspirados en el Derecho canónico y ligados a determinadas cláusulas contractuales (las «*guarentigias*» y el «*pactum executivum*») mediante los cuales el deudor renunciaba a oponer excepciones y se sometía al proceso de ejecución en caso de incumplimiento de la deuda, pronto se manifestaron como más rápidos y eficaces que el «*solemnis ordo*».⁹

⁹ Vide.: FAIRÉN, «Una perspectiva histórica...», cit., y «Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el ordenamiento sevillano de 1360», en *Estudios de Derecho Procesal*, cit. págs. 18 y s.s. y 553 y s.s.

Pero en el momento actual, tras la promulgación de la LEC 1/2000, la realidad procesal ha cambiado, puesto que **nuestro proceso ordinario ya no está informado por el principio de la escritura, sino por el de la oralidad y, de aquí, que no tenga sentido el mantenimiento y proliferación de estos procedimientos sumarios y especiales.**

Y es que, en el momento actual contamos con **13 procesos sumarios**, a saber: 5 interdictos –retener, recobrar, obra nueva, ruinoso, adquirir y contra okupas–: 2 arrendaticios (desahucio por falta de pago y precario); 1 proceso del art. 41 L. H.; 1 proceso ejecutivo; 1 proceso cambiario, 1 proceso de ventas a plazos y arrendamiento financiero y 1 proceso monitorio¹⁰.

Asimismo, entre los procesos especiales **típicos** o contemplados expresamente en el Libro IV de la LEC¹¹ y los **atípicos** también denominados «ordinarios con especialidades procesales» previstos en los arts. 249.1 y 250.1, **nuestro sistema procesal cuenta nada menos que con 31 procesos especiales¹², lo que arroja un saldo total de 44 procesos sumarios y especiales.**

Desde luego **esta situación es completamente anómala en Europa, en donde se pueden contar con los dedos de una mano el número de procesos especiales y sumarios.** Así, el CPP francés prevé 6 procesos especiales (en su Libro III: los procesos de familia y estado civil, menores, sucesorios, monitorio y pequeños litigios); el CPP italiano contempla 4 (los procesos sumarios, de familia y estado civil y sucesiones), y la ZPO alemana tan sólo prevé 3 (documental cambiario, familia¹³, filiación y el monitorio).

A esta ingente creación, en nuestro país, de los procesos especiales y sumarios (cuya vigencia provoca múltiples dilaciones derivadas de la necesidad de determinar el «proceso adecuado») contribuyó, de un lado y como se ha reiterado, **la introducción tardía de la oralidad** mediante la aprobación de

¹⁰ Si bien este procedimiento también podría encuadrarse dentro de la jurisdicción voluntaria.

¹¹ Cuales son: los procesos sobre capacidad, matrimonio y menores (arts. 748 y ss.), el de división judicial de patrimonios (arts. 782 y ss., en realidad es un proceso sumario), el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 y ss., que constituye más bien un proceso de ejecución especial), el monitorio (arts. 812 y ss.) y el cambiario (arts. 819 y ss.), aunque el penúltimo, como se ha dicho participa de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y el último es un proceso sumario.

¹² A saber: 3 procesos de personas (estado civil, capacidad, prodigalidad e internamiento psiquiátrico), 3 procesos de familia (consensuado, contencioso y eclesiástico), 2 procesos de filiación y menores, 2 de división de patrimonios (sucesiones y división de gananciales), 2 de amparo (honor y rectificación), 1 de impugnación de acuerdos sociales, 3 de propiedad industrial (patentes, marcas y secretos empresariales), 3 de propiedad intelectual, competencia desleal y publicidad, 1 de condiciones generales de la contratación, 1 de retracto, 4 de propiedad horizontal (formación de acuerdos, impugnación, cesación y pago), 1 de alimentos, 1 de acciones colectivas y resarcitorias, 1 de préstamos usurarios, 1 de concursal y finalmente el reciente y efímero nuevo juicio verbal especial en materia de familia durante la vigencia del estado de alarma, establecido por el R. D.-L. 16/2020, de 28 de abril)

¹³ Si bien hoy se encuentra regulado en una Ley especial sobre «el proceso en asuntos de familia», de 17 de diciembre de 2008.

una enmienda del Grupo Socialista en el Senado ¹⁴ sin reparar en la carencia ya de sentido de la mayoría de estos procesos, los cuales, **se mantuvieron por puro mimetismo**, pasando de la LEC de 1881 a la nueva de 2000, así como, de otro, al anquilosamiento de la nueva LEC de 2000 tras su vigencia durante estos últimos 20 años en los que **su Parte General no ha sido reformada** en punto a dotar de mayores poderes de investigación al Juez que le permitan obtener con eficacia y celeridad el descubrimiento de la verdad material, **lo que ha provocado, generalmente a golpe de Directiva o Reglamento europeo, la instauración de nuevos procesos especiales.**

Sirva, a título de ejemplo paradigmático, el último proceso especial promulgado, el de la Ley de secretos empresariales. Este proceso especial atípico ha sido introducido en nuestro sistema procesal por la **Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales** que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícita, la cual contempla prestaciones novedosas sobre el secreto empresarial (art. 15), no menos ingeniosas medidas de acceso a la prueba (art. 18 que se remite a los recién inaugurados arts. 283 bis a) a 283 bis h) ¹⁵ y 283 bis k) LEC) y cautelares (art. 21) o el incremento de la multa por infracción de la buena fe procesal del art. 247.3 LEC nada menos que hasta «*la tercera parte de la cuantía del litigio*» (art. 16).

De aquí la conveniencia, en la línea del Derecho comparado europeo, de efectuar la **supresión de la inmensa mayoría de los procesos especiales y**

¹⁴ Tal y como se ha avanzado, el mantenimiento de esta ingente cantidad de procesos especiales y sumarios fue debido a que el Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que en el año 1999 había diseñado el Gobierno del P. P. con el consenso del grupo parlamentario «Convergencia y Unión», pretendía la instauración de unos procesos ordinarios escritos que justificarían la subsistencia de los procesos especiales y sumarios de la LEC de 1881. Pero la ruptura de dicho pacto, obligó al grupo parlamentario popular a obtener el apoyo del socialista, el cual impuso la exigencia de la introducción de la oralidad en nuestros procesos ordinarios. La instauración de estos dos nuevos procesos ordinarios orales, más ágiles y económicos, debiera haber llevado consigo la derogación de la práctica totalidad de tales procedimientos especiales y sumarios.

¹⁵ El art. 283 bis h) prevé determinadas sanciones al incumplimiento por el infractor de su deber de exhibición que pueden ser sistematizadas en a) procesales como lo son la «*ficta confessio*», el allanamiento o la desestimación de las excepciones y reconvenções, que podrían reputarse contrarias al derecho fundamental a la tutela del art. 24.1 C. E. y la imposición de multas coercitivas tipo «*astreints*» francesas de 600 a 60.000 euros diarios (letras «a-d» del art. 283 bis h) y b) penales, como es el caso del levantamiento de testimonio por desobediencia (art. 283 bis h).1. I). El art. 283 bis k) culmina este estatuto disciplinario al sancionar la conducta de quien «*incumplièrè algún deber de confidencialidad en el uso de fuentes de prueba o se incumplieren los límites en el uso de dichas fuentes de prueba*», en cuyo caso podrá el tribunal imponer similares sanciones procesales y penales con la peculiaridad de que la multa pueden alcanzar la suma de 6.000 a 1.000.000 de euros.

sumarios, los cuales podrían reducirse a los procesos de familia, estado civil, menores, interdictos y concursal, previo el incremento del principio de investigación y de las obligaciones procesales, de los que nos vamos a ocupar a continuación.

V. EL INCREMENTO DEL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN

Tal y como se ha reiterado, si se quieren evitar los males que aquejan a nuestra justicia civil, de manera que se pueda descubrir con mayor eficacia y prontitud la relación jurídico material debatida, se hace preciso –sin merma del principio dispositivo, pero con determinadas correcciones al del aportación de hechos (al «*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*»)– incrementar las facultades de investigación del Juez civil, acentuando su función de Director del proceso, con el consiguiente fortalecimiento de las obligaciones procesales de las partes y de la obligación judicial de examen de oficio de los presupuestos procesales.

1. La consolidación de las obligaciones procesales

La introducción tardía de las obligaciones procesales, durante la tramitación del Proyecto de LEC en el Senado, ha ocasionado que, no obstante su fundamento constitucional¹⁶, algunas obligaciones de las partes sean inexistentes (así, por ej., la de comparecencia), otras estén mal ubicadas (la de manifestación del patrimonio), alguna esté envejecida (así, las pruebas biológicas) y otras no prevean sanciones eficaces a su incumplimiento (la de exhibición de documentos y la de buena fe procesal). Veamos un poco más detenidamente cada una de ellas:

A) LA OBLIGACIÓN DE COMPARECENCIA

En un orden cronológico la primera obligación de toda parte material sería la de comparecencia a la llamada del Juez, pues, tal y como dispone el art. 118 C. E., «*es obligado cumplir... las resoluciones firmes de los jueces y*

¹⁶ Art. 118 C. E.: «*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*».

Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto», por lo que, ante una citación o emplazamiento, deberían acudir personalmente siempre a la llamada del Juez las partes materiales, y ello con independencia de que también lo hagan sus respectivos Procuradores.

Pero la LEC sigue siendo tributaria de la justicia liberal, de tal manera que **en nuestro ordenamiento procesal no existe una auténtica «obligación procesal de comparecencia»**, ni del demandante, ni del demandado, por cuanto el juez no puede constreñir a las partes a que ejerciten sus respectivos derechos a la tutela y de defensa.

Lo que tienen, tanto el actor, como el demandado es la **carga procesal de comparecencia**, de responder a la llamada del juez y de ejercitar sus derechos de tutela y de defensa, puesto que, si no levantan dicha carga mediante la personación del actor a la audiencia preliminar o la simultánea personación y contestación a la demanda del demandado, la audiencia preliminar o el juicio verbal se sobreseerá para el demandante (arts. 414.3. II y 442.1) o, si incompareciera el demandado, se celebrará con la sola presencia del actor (arts. 414.3. II «in fine», 442.2) y, ante su declaración judicial de «rebeldía» (arts. 496 y 442.2), se expondrá a una sentencia desfavorable dictada «inaudita parte».

Esta regulación, sin embargo, debiera en el momento actual ser modificada, si se piensa en que la incomparecencia de las partes puede hacer frustrar—con la consiguiente pérdida de economía también para el Estado— **una conciliación o mediación, impedir la práctica del interrogatorio de la parte material** en el que el Juez, a través de su inmediatez, puede comprobar la veracidad o mendacidad de su declaración, sometiéndole, en su caso, a nuevas preguntas para el descubrimiento de la verdad¹⁷, **frustrar la adopción de medidas cautelares por la ausencia de manifestación del patrimonio del deudor o la práctica de las pruebas destinadas a la investigación de la paternidad, etc.**

Por ello, debiera el legislador **convertir la carga procesal de incomparecencia en una auténtica obligación procesal, cuyo incumplimiento debiera provocar, al igual que otros ordenamientos¹⁸, la imposición de una multa procesal coercitiva, sin perjuicio de deducir el oportuno testimonio por la comisión del delito de desobediencia.**

¹⁷ Pero la LEC tan sólo asocia los efectos de la «*ficta confessio*». Art. 307.1: «*Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.*»

¹⁸ Cfr.: §141.3 de la ZPO alemana.

B) LA OBLIGACIÓN DE VERACIDAD, LEALTAD Y BUENA FE PROCESAL

Ahora bien, los ciudadanos que decidan ejercitar su derecho a la tutela o que sean demandados en un proceso, no sólo han de responder a la llamada del Juez y comparecer en el proceso, sino que también han de intervenir en él, como señala la doctrina alemana, **con «honestidad, sin chicanas, ni enredos»**¹⁹.

Ciertamente la LEC consagró, en su art. 247, esta obligación procesal bajo el rótulo de «*respeto a las reglas de la buena fe procesal*», obligación que sanciona a las partes materiales que infrinjan la **buena fe procesal**²⁰ con una multa de «*ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio*».

Pero la regulación del art. 247 no deja de ser bastante defectuosa, por varias razones: a) en primer lugar, porque la multa puede resultar irrisoria cuando se trate de procesos de elevada cuantía, tal y como lo demuestra, por ej., el art. 16 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales que, como se ha dicho, prevé, en su art. 16, una multa por infracción de la buena fe procesal de hasta «*la tercera parte de la cuantía del litigio*»²¹ y no dentro del límite máximo de 6.000 euros²², y b) en segundo, porque tampoco se alcanza muy bien entender que, al artífice de esta conducta contraria a la buena fe, quien suele ser el Abogado, se le exonere de esta sanción, toda vez que el art. 247.4 establece que los tribunales «*...darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria*», siendo así que, esta infracción se comete dentro del proceso, por lo que debiera ser el tribunal y no el Colegio quien impusiera la pertinente corrección disciplinaria.

Por estas razones, **la multa del art. 247 LEC por infracción de la buena fe procesal debiera ser proporcionada al valor económico del objeto**

¹⁹ ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, Munich, 1974, p. 8; STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, Tübingen, 1972, p. 21; BAUMGARTEL-MES, *Einführung in das Zivilprozess mit Examinatorium*, JA, 1977-5.ª, p. 11...

²⁰ Sobre este estándar jurídico puede verse nuestro comentario al art. 247 LEC en nuestro *Proceso Civil Práctico*, Ed. Aranzadi, 2018, Tomo I, Volumen II, pp. 1.108-1.120.

²¹ Nótese que, en tanto que el art. 247.3 establece esta cantidad como límite de la multa de los 6.000 euros («*...sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio*»), el art. 16 L. 1/2019 lo fija como sanción (así, si el valor del bien litigioso fuera de 100.000 euros, la multa por infracción de la buena fe podría ascender a 33.333,33 euros).

²² Sin que, por otra parte, pueda entender que sea más importante el secreto empresarial que la incapacidad de una persona, la obligación de alimentos, la impugnación de un acuerdo social, la usurpación una patente de invención, etc., por lo que debiera establecerse una regulación común.

litigioso, debiéndosele imponer también al Abogado, si en el procedimiento sancionador se comprobara su autoría.

C) LA OBLIGACIÓN DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

Aunque la LEC 1/2000, en sus arts. 328 y s.s., introdujo esta obligación de **exhibición de documentos** lo hizo de una manera desordenada, por cuanto similar obligación se contemplaba y se sigue previendo en las **diligencias preliminares** de los arts. 256 y s.s., en los **actos de aseguramiento de la prueba** (arts. 297-298) y en el **acceso a las fuentes de prueba** de los arts. 283 bis a-283 bis k.

Por otra parte, ya existían unas diligencias preliminares especiales, denominadas «*diligencias de comprobación de hechos*» en los arts. 129-130 la Ley 11/1986, de Propiedad Industrial (hoy arts. 123-126 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes) que contemplaban una diligencia de entrada y registro que afortunadamente pasó a impostarse en las reglas 2.^a y 5.^a del art. 261 LEC²³.

La anterior regulación, sin embargo, se manifestaba en la práctica insuficiente para obtener el cumplimiento de dicha obligación y, de aquí, en primer lugar, que determinadas Leyes especiales, tales como la Ley 3/1991, de Competencia desleal, (art. 36.2) o la Ley 1/2019, de secretos empresariales (art. 17 b) en esta materia no se remitieran a la LEC sino a las diligencias de comprobación de hechos de la Ley de Patentes y, en segundo, que la LEC haya sido sometida a una **técnica de aluvión legislativa, en la que, a golpe de Directivas europeas, se han ido incorporando diversos preceptos**. Y, así, la L. 19/2006 introdujo, en el párrafo 2.º del art. 297.2, una medida especial de aseguramiento de la prueba en la propiedad industrial e intelectual, la L. 21/2014 hizo otro tanto con los números 7.º, 10.º y 11.º del art. 256.1.º que también amplían notablemente estas diligencias preliminares a la propiedad intelectual e industrial y el R. D. Ley 9/2017, de transposición de Directivas, introdujo en la LEC, en cumplimiento de la Directiva 2014/104/UE, un nuevo acceso a las fuentes de prueba en los arts. 283 bis a)-283 bis k).

De esta última regulación, que culmina todo un **caos normativo**, interesa nos detengamos en las sanciones contempladas en el art. 283 bis h con ocasión del incumplimiento de esta obligación procesal. Y es que, a diferencia del

²³ Posiblemente a instancia de mi artículo «Observaciones al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.», de 1998, cit. II.2. B.

art. 261 que, frente a la negativa del sujeto pasivo de la medida, tan sólo prevé el testimonio por desobediencia, la *«ficta confessio»* de los hechos o la certeza de los documentos que han de exhibirse y la entrada y registro, el art. 283 bis h) incorpora la posibilidad de que el Juez imponga una multa coercitiva *«que oscilará entre 600 y 60.000 de euros por día de retraso en el cumplimiento de la medida»* (art. 283 bis h).1.d), o que *«desestime total o parcialmente las excepciones o reconvencciones»* (art. 283 bis h).1.c) o *«que tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas... A estos efectos, el solicitante fijará con precisión cuáles son las pretensiones en relación con las cuales se debe declarar un allanamiento táctico»²⁴.*

Sin duda estas sanciones del referido art. 283 bis h, exceden con mucho las previstas en el art. 261 para el incumplimiento de las diligencias preliminares, la del art. 297.2 que prevé el testimonio por desobediencia ante el incumplimiento de la obligación de aseguramiento de la prueba o las del 329 para el de la exhibición de documentos, que se reducen prácticamente a la *«ficta confessio»* de las copias de los documentos que no quieran exhibirse, sin que pueda el Juez disponer la entrada y registro fuera del ámbito de las diligencias preliminares.

De aquí la conveniencia de que se establezca un **régimen común de sanciones al incumplimiento de la obligación de exhibición de documentos** que, con escrupuloso respeto al subprincipio de la alternativa menos gravosa ínsito en el de proporcionalidad, partiendo de la imposición de multas coercitivas tipo *«astreints»* francesas, pasando por la diligencia civil de entrada y registro hasta culminar con la deducción del testimonio por desobediencia, se obtenga la efectiva aportación de los documentos en todo tipo de procesos sin necesidad de acudir a las presunciones *«iuris et de iure»* de la *«ficta confessio»* que bien podrían conculcar los derechos fundamentales a la tutela y de defensa.

La obligación de exhibición de documentos debiera ser objeto de una regulación que unificara todas las normas dispersas en la LEC y que estableciera, caso de incumplimiento y junto con la *«ficta confessio»*, un cuadro realista y común de multas coercitivas disciplinarias tipo *«astreints»*, la entrada y registro y el testimonio por desobediencia.

²⁴ ¿«Táctico»? debe de tratarse de una errata, por lo que debiera sustituirse por «tácito». Aun cuando el legislador haya querido ser escrupuloso con el cumplimiento de la Directiva 2014/104/UE, no parece que estas dos últimas sanciones procesales, la del «allanamiento táctico» o la desestimación de las excepciones o reconvencciones se cohonesten por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C. E., por lo que debería ser suficiente la declaración de la *«ficta confessio»* del hecho, cuya diligencia preliminar se pretende acreditar, o la imposición de multas coercitivas hasta obtener el éxito de la diligencia, medidas que son menos gravosas que el sacrificio de este derecho fundamental.

D) LA OBLIGACIÓN DE MANIFESTACIÓN DEL PATRIMONIO

También la LEC previó la obligación del deudor de manifestación de su patrimonio. El problema es que **la instauró tardíamente**: en el art. 589 que establece esta obligación del deudor, pero **como medida ejecutiva**, cuando lo normal hubiera sido que dicha obligación surgiera al inicio del proceso, en calidad de medida cautelar, a fin de poder trabar sus bienes, bien en esa pequeña instrucción civil que son las diligencias preliminares, bien mediante una solicitud de petición de embargo preventivo en la demanda o en cualquier otro momento ulterior del proceso declarativo. Al no hacerlo así, **puede suceder que la aplicación de esta obligación llegue tarde, cuando el deudor haya ocultado ya su patrimonio.**

De aquí la necesidad de que idéntica obligación se efectúe como **medida cautelar** y además con estricto cumplimiento del requisito constitucional de legalidad o de certeza normativa que instauró el art. 25 C. E., porque, tal y como está regulada esta obligación, que le permite al Letrado de la Administración de Justicia imponer «**multas coercitivas**» (art. 589.3), puede vulnerar dicho principio constitucional, ya que no es suficiente establecer determinados criterios para la irrogación de la sanción²⁵, como efectúa el precepto, sino que hay que determinar también cuál sea su cuantía mínima y la máxima, so pena de estimular el arbitrio del Letrado de la Administración de Justicia.

Por otra parte, sería muy conveniente, y en la línea de colaboración de la Procura con el Secretario judicial y los Abogados²⁶, que el **Procurador del acreedor, mediante delegación expresa del Letrado de la Administración de Justicia, efectuara una investigación del patrimonio del deudor** para comprobar la veracidad de su declaración de manifestación, de tal suerte que, en caso de resultar inveraz, pueda levantarse testimonio, no sólo por desobediencia grave, tal y como prevé el núm. 2 del art. 589, sino también por falsedad documental ideológica en posible concurso con una estafa procesal.

La obligación de manifestación del patrimonio debiera suceder también como medida cautelar, mediante una declaración del deudor efectuada en una comparecencia judicial²⁷, susceptible de comprobación por el

²⁵ Así, dispone el párrafo 2.º del art. 589.3 que «para fijar la cuantía de las multas, se tendrá en cuenta la cantidad por la que se haya despachado ejecución, la resistencia a la presentación de la relación de bienes y la capacidad económica del requerido, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto el apremio económico en atención a la ulterior conducta del requerido y a las alegaciones que pudiere efectuar para justificarse».

²⁶ *Vide supra*: *El Derecho Judicial Orgánico*, último párrafo del epígrafe III.3

²⁷ Dicha manifestación debiera realizarse mediante una comparecencia, tal y como contempla la ZPO alemana. En caso de incomparecencia, puede el Juez civil disponer su arresto (§ 802g) no superior a 6 meses (§ 802j).

Procurador del acreedor y con apercibimiento del levantamiento de testimonio por falsedad documental ideológica y estafa procesal.

E) LA OBLIGACIÓN DE SOMETIMIENTO A UN ANÁLISIS DEL ADN PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

También la LEC, en cumplimiento de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 C. E. («... *La ley posibilitará la investigación de la paternidad*»), fue innovadora en todo lo referente al establecimiento de esta obligación, que quedó establecida en el número 2 del art. 767 en los siguientes términos: «*En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas*».

En la actualidad, sin embargo, la referencia a las «*pruebas biológicas*» hay que tenerla como no puesta, toda vez que los análisis sanguíneos para la investigación de la paternidad han caído en desuso ante la aparición de unas pruebas mucho más exactas, como lo son la del ADN. Pero, como quiera que la norma declara admisible la investigación de la paternidad «*mediante toda clase de pruebas*», es claro que resulta procedente también la recogida de muestras del ADN del demandado/a para, sobre ellas, efectuar el análisis pericial determinante de la filiación.

En lo que el precepto, sin embargo, no garantiza el cumplimiento de esta obligación es en su sanción que es eminentemente procesal, puesto que de nuevo el art. 767.4 recurre a la tan socorrida por la LEC sanción procesal: la presunción «*iuris et de iure*» de la «*facta confessio*». De este modo establece dicho art. 767.4 que «*La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*».

Ello no obstante, esta solución, si bien podría legitimarse durante la época de la vigencia de la antigua práctica de los análisis hematológicos para la determinación del grupo sanguíneo, los cuales entrañaban siempre como presupuesto una, aunque leve, intervención corporal y, por tanto, había de estar sometida al principio de proporcionalidad²⁸, así como ejecutarse por personal sanitario, hoy no se justifica si se repara en que la toma de la muestra indubitada de ADN puede efectuarse mediante un simple frotis bucal o a través de la

²⁸ Puesto que, aunque el análisis sanguíneo no entraña grave riesgo para la salud, no se podría decir otro tanto si su sujeto pasivo fuera hemofílico.

recogida de material genético externo (así, un cabello), métodos que, al no entrañar limitación de derecho fundamental alguno, podría efectuar el personal auxiliar del Juzgado²⁹, máxime si se tiene en cuenta que es doctrina del T. C., emitida incluso con ocasión de la realización de las intervenciones corporales necesarias para la práctica de los métodos sanguíneos, la de que, ni vulneran la dignidad, ni los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad del sujeto pasivo que haya de soportarlas (STC 7/1994, de 7 de enero)³⁰.

Por ello, **debiera reformarse el precepto en el sentido, no sólo de autorizar expresamente la prueba del ADN, sino también de facultar al Juez civil para que pueda dictar una orden de comparecencia del demandado, con apercibimiento, caso de su negativa, de ser conducido por la policía judicial a su presencia con el objeto de recoger su material genético externo**³¹.

2. El examen de oficio de los presupuestos procesales

Uno de los mayores éxitos de la LEC 1/2000 consistió en convertir en auténticos presupuestos procesales lo que en la LEC de 1881 eran meras excepciones dilatorias que requerían siempre ser alegadas por el demandado para poder ser estimadas por el Juez.

²⁹ Cfr.: Acuerdo del Pleno de la Sala 2.^a del TS, 31 de enero de 2006 y las SSTS 14 de octubre de 2005, 14 de febrero de 2006 y 1128/2007, de 27 de noviembre.

³⁰ «... el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo ha declarado este Tribunal en los AATC 103/1990, fundamento jurídico 4, y 221/1990, fundamento jurídico 3, en donde hemos resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares» (STC 7/1994, F. J.2). Esta doctrina, dictada con ocasión de la anulación de una sentencia del T. S. que admitió la vulneración de tales derechos fundamentales, provocó un conflicto de la Sala de lo Civil del T. S. con el T. C. en el que dicha Sala llegó a impetrar el amparo del Rey. El legislador de la LEC de 2000 le dio la razón al T. C., al permitir su art. 767 la práctica de las pruebas biológicas.

³¹ Cfr.: apartado (2) del parágrafo 1598a BGB.

A partir, por lo tanto, de la entrada en vigor de la LEC de 2000 puede afirmarse que, como regla general, **todas las excepciones procesales, contempladas explícita o implícitamente por el art. 416, permiten su examen de oficio**. Ello es lo que sucede con la capacidad de las partes (art. 9), la jurisdicción, la competencia objetiva y territorial imperativa (art. 404), la subsanación del procedimiento inadecuado (art. 254.4) y de la acumulación de acciones en la demanda (art. 73.4), la falta de postulación y de representación procesal (art. 414.2-4), el litisconsorcio necesario (art. 420.3), la litispendencia y la cosa juzgada (art. 421) y el defecto en el modo de proponer la demanda (art. 424.2). Todos estos obstáculos procesales, que en la anterior LEC tenían, la mayoría de ellos, el tratamiento de «excepciones dilatorias» (art. 533 LEC de 1881), pasaron a convertirse en auténticos **presupuestos procesales** y, en cuanto tales, vigilables de oficio por el tribunal³².

Asimismo, **debe el tribunal examinar de oficio la exigencia de aportación a la demanda**, bajo sanción de su inadmisión, **de determinados documentos acreditativos de la incoación de procedimientos especiales** (arts. 403.2 y 439), tales como: a) del juicio ordinario, los títulos de la obligación de alimentos, del retracto y de la sucesión «*mortis causa*» (art. 266), y b) del juicio verbal, la certificación literal del Registro de la Propiedad acreditativo del derecho real, el requerimiento de pago en las ventas a plazos o arrendamientos financieros (art. 439), así como, en ambos procesos declarativos, el documento de autoliquidación de las tasas judiciales de las personas jurídicas que no gocen de la justicia gratuita (art. 8.2.2.º L. 10/2012).

El problema, sin embargo, surge, en el momento actual, ante la existencia de un **doble examen de oficio** de los presupuestos procesales y de los documentos de aportación necesaria a la demanda: el del Secretario y el del Juez. En efecto, tal y como se ha puesto de relieve más arriba (véase Parte 2.^a III.2), la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, confirió al Letrado de la Administración de Justicia, no sólo la facultad de admitir las demandas, sino también la de examinar de oficio determinados presupuestos procesales en orden a determinar su concurrencia o instar su subsanación. De este modo, ha de requerir de subsanación

³² **De dicha regla general**, sin embargo, **debe exceptuarse la declinatoria de jurisdicción**, circunscrita, como hemos visto a la competencia territorial dispositiva, al arbitraje y relativamente la excepción de procedimiento inadecuado, la cual es vigilable de oficio en el momento de admisión de la demanda, pudiendo el juez requerir al actor su subsanación y archivar la demanda, cuando éste haga caso omiso al oportuno requerimiento (art. 254.4). Pero, una vez admitida la demanda, tiene el demandado la carga de su alegación (art. 255), de tal suerte que, si no lo hace, no podrá dilucidarse en la comparencia previa (arts. 422-423), lo que convierte a este requisito en un presupuesto procesal relativo: vigilable de oficio con anterioridad a la admisión de la demanda y «excepción» procesal con posterioridad.

la acumulación indebida de acciones (art. 73.3), la existencia de algún error en la valoración de la cuantía del objeto litigioso determinante del procedimiento adecuado (art. 254.4) o la concurrencia del presupuesto de defecto en el modo de proponer la demanda (art. 404.2.2.) o de la contestación (art. 405.4), así como el examen de la aportación de la autoliquidación de la tasa judicial (art. 8.2.2.º L.10/2012) o la del depósito para la interposición de los recursos (Disp. Ad. 15.ª6. II LOPJ).

De todos estos presupuestos procesales debiera limitarse su examen de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia a la concurrencia de los requisitos fiscales. En los demás, y sin dudar de la capacidad de los Secretarios judiciales en el Derecho Procesal, el otorgamiento de esta «competencia»³³, complica innecesariamente la fase de alegaciones y ralentiza el procedimiento.

En efecto, piénsese que la determinación de cuestiones, tales como la incompatibilidad de las pretensiones objeto de la acumulación o el defecto en el modo de proponer la demanda o su contestación, no encierran meras cuestiones formales que puedan escindirse del fondo del asunto, de tal suerte que esté facultado, por tanto, para conocer de ellas el Secretario, ya que, si su objeto consiste en posibilitar la congruencia, tan sólo el Juez ha de estar legitimado para decidir si tales actos de alegación reúnen los requisitos de «claridad y precisión». El examen de estas cuestiones por el Letrado de la Administración de Justicia se revela, como inútil, pues, en último término, será el Juez quien, en la audiencia preliminar, ostentará sobre ellas la última palabra.

Por ello, de conformidad con el principio de la puntual **subsanción** del incumplimiento de los presupuestos y requisitos formales de los actos procesales (arts. 243.3 LOPJ y 231 LEC), **debiera abolirse este doble examen, ya que dicho incumplimiento puede y debe efectuarse en el momento de la admisión de la demanda.** Así, en este estadio procesal, de la lectura de la demanda, puede evidenciarse y requerir de subsanción la capacidad de actuación y de conducción procesal (cfr.: arts. 418.1 y 443), la capacidad de postulación y de representación procesal (arts. 24, 418), el litisconsorcio no necesario y cuasinecesario (cuyo defecto puede subsanarse mediante una ampliación de la demanda: art. 401.2), el procedimiento inadecuado (art. 254.1), la acumulación de acciones (art. 73.3), las cuestiones prejudiciales excluyentes (arts. 40.3 y 43), etc. **La concurrencia de todos y cada uno de estos presupuestos procesales puede evidenciarse con la mera lectura de la demanda que debe efectuar el Juez, ciertamente auxiliado por la importantísima**

³³ Expresión completamente desafortunada de la Exp. de motivos de la L. 13/2009. *Vide supra*. Parte 2.ª1, nota pie de página n.º 17.

función de dación de cuenta del Secretario, pero no exclusivamente por el Letrado de la Administración de Justicia, como acontece en la actualidad de tal suerte que, una vez admitida por él la demanda (art. 404.1), haya de enterarse el Juez de su existencia al inicio de la comparecencia previa, porque ello es absolutamente antieconómico y una fuente generadora de dilaciones indebidas.

Piénsese, además, que, aunque alguna resolución del Secretario, como es el caso de su control del procedimiento adecuado por razón de la cuantía haya de revestir la forma de «diligencia de ordenación», ello no obstante, dicha diligencia es susceptible de recurso de revisión (art. 254.1. II) y las demás resoluciones han de revestir la forma de Decreto (art. 206.2.2.^a)³⁴, que, aun cuando, por no poner fin al procedimiento, no puedan ser impugnados en revisión, todos sus requerimientos de subsanación sí lo son en reposición (art. 451.1); medios de impugnación que, aunque teóricamente no suspendan el curso de las actuaciones, pueden en la práctica contribuir a generar innecesarias dilaciones indebidas.

Por ello, y **sin perjuicio de la encomiable labor del Letrado de la Administración de Justicia de «dación de cuenta» al titular del Juzgado, debiera ser siempre el Juez quien estudiara la demanda desde el mismo momento de su presentación en orden a decidir puntualmente la concurrencia de los presupuestos procesales, requerir su subsanación y decidir la inadmisión o admisión de la misma con la producción de todos los efectos de la litispendencia.**

³⁴ «2.^a Se dictará decreto cuando se admita a trámite la demanda, cuando se ponga término al procedimiento del que el Secretario tuviera atribuida competencia exclusiva y, en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto».

ANEXO I

LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA ANUNCIADOS POR EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LOPJ DE 2011 ¹

En una lejana encuesta, publicada por el diario «Expansión», correspondiente al día 22 de febrero de 2011, tuve ocasión de afirmar, en relación con el Anteproyecto de reforma de la LOPJ para la creación de los Tribunales de Instancia, que *«no veo atisbo alguno en dicho Anteproyecto de influencia del poder político en la constitución y funcionamiento de los tribunales de instancia, que serán órganos tan predeterminados por la ley, como los actuales Juzgados de 1.ª Instancia e Instrucción»*.

He vuelto a leer de nuevo el Anteproyecto y he de reafirmarme en dicha opinión, por cuanto la instauración de dichos órganos colegiados de 1.ª instancia, presentes también en el Derecho comparado (así, por ej., Francia o Alemania), no suponen ataque alguno, ni al derecho fundamental al Juez legal imparcial del art. 24.2 C. E., ni a la legitimación del oficio judicial, cual es la independencia y sumisión a la Ley (art. 117.1 C. E.) de quienes han de aplicarla definitiva e irrevocablemente.

Los anunciados tribunales de instancia, no sólo me parecen respetuosos con los referidos derechos y garantías constitucionales, sino que, de ser instaurados, son susceptibles de proporcionar determinadas ventajas a la Administración de Justicia, las cuales resume la Exposición de Motivos de dicho Anteproyecto y que personalmente resumiría en las siguientes: 1) Adecuación de

¹ Artículo intitulado «Los Tribunales de Instancia», publicado en *La Ley*, núm. 7586, de 10 de marzo de 2011.

los órganos jurisdiccionales de instancia a la nueva oficina judicial; 2) Incremento de la economía y fomento de la especialización, y 3) Mayor seguridad jurídica.

I. LA ADECUACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA A LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

Como es sabido, las L. O. 1/2009 y, sobre todo, la polémica Ley 13/2009 han diseñado una nueva oficina judicial, cuya característica más esencial consiste en menguar las actuales oficinas adscritas a cada uno de los Juzgados y potenciar una oficina común, los «Servicios Comunes Procesales», a cuyo frente existe exclusivamente un Secretario judicial.

Pues, bien, con independencia de las críticas que puedan formularse a tales servicios (siendo la fundamental la de que el Secretario ha mutado su naturaleza, convirtiéndose en un «órgano administrativo» que, sometido a los principios de unidad y dependencia jerárquica, dicha malhadada reforma le otorga actos procesales que, como es el caso de la admisión demandas o de recursos, inciden en la potestad jurisdiccional, por lo que la dirección de dicha oficina debía haber sido otorgada a personal jurisdiccional) y de la «gubernamentalización» que ello comporta, lo cierto es que buena parte de la oficina judicial pasa a ser común y, por tanto, un órgano jurisdiccional de instancia colegiado se adecua mejor a esta nueva infraestructura judicial, siempre y cuando la Ley sea escrupulosa con el cumplimiento de las normas de reparto que impidan cualquier manipulación del juez legal.

Pero aquí el Anteproyecto es más escrupuloso con el referido derecho fundamental que la vigente LOPJ, pues el nuevo art. 167 LOPJ, no sólo dispone que los tribunales de instancia distribuirán los asuntos «*conforme a normas de reparto prefijadas*», sino que dichas normas serán además «*públicas*», fortaleciéndose de esta manera el derecho al juez predeterminado por la Ley.

II. INCREMENTO DE LA ECONOMÍA Y FOMENTO DE LA ESPECIALIZACIÓN

La instauración, por otra parte, de tribunales de instancia colegiados produciría también una optimización de los medios personales y materiales y una mejor distribución de la carga de trabajo. La nueva redacción del número 4.º del art. 84 o del art. 211 permitirá la movilidad de Jueces y Magistrados de una

a otra Sección o la sustitución de Jueces de los demás órdenes jurisdiccionales ocasionando una mejor racionalización de la función del personal jurisdiccional. La asignación, por lo demás, de dichos jueces a otras Secciones mediante acuerdo del CGPJ y su publicación en el B. O. E. impide también cualquier manipulación del Ejecutivo y refuerza el juez legal.

La coordinación asimismo de los «servicios comunes procesales» con los tribunales colegiados potenciará la especialización y evitará resoluciones absolutorias en la instancia por infracción de las normas de competencia objetiva, toda vez que las demandas se turnarán al juzgado especializado competente. La instauración, por otra parte, de tales Juzgados especializados se efectúa con flexibilidad o adecuación a las necesidades de cada demarcación, lo que ocasiona una importante reducción de costes; sirva, a título de ejemplo, el nuevo párrafo segundo del art. 86 que ya no impone la exigencia de que en cada capital de provincia exista un Juzgado de lo Mercantil, pues existen sedes judiciales (vgr.: Cuenca...) en donde no se justifica su instauración, pudiendo asumir tales funciones un Magistrado de la Sección civil.

III. INCREMENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

El nuevo art. 94.1, al permitir que se avoquen al Pleno del tribunal de instancia determinados asuntos «*para unificar criterios relativos a cuestiones sustantivas o procesales*» sin duda otorgará una mayor seguridad jurídica al justiciable, pues no hay mayor atentado al principio constitucional de igualdad del art. 14 C. E. que un mismo asunto reciba, con el consiguiente estupor del ciudadano, una respuesta diferente según el Juzgado al que su asunto sea turnado.

Ello no obstante no me parece que, para alcanzar este valor constitucional, deban avocarse al pleno de un tribunal de primera instancia tales asuntos, cuya utilización torticera sí podría vulnerar el derecho al juez legal imparcial y, como señala el Profesor Asencio, podría erigirse en un obstáculo a la independencia judicial, pues la sumisión del Juez tan sólo puede suceder a la Ley y a su interpretación uniforme efectuada, tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional, como la del Tribunal Supremo. La seguridad jurídica ha de obtenerse a través de los recursos y, de modo especial, mediante la casación.

Sucede, sin embargo, que no todos los objetos litigiosos acceden al T. S., quien no puede, por tanto, emitir, en muchas materias, su necesaria doctrina legal que dote de seguridad a todo el ordenamiento. Pero, ante esta situación, lo que no debiera suceder es lo que paradójicamente propone el Anteproyecto

de «medidas de agilización procesal», que, al incrementar la suma de gravamen de la casación nada menos que a la cifra de 800.000 euros y suprimir la apelación en los juicios verbales por razón de la cuantía y en las sentencias recaídas en los procesos sumarios, lo que hace en definitiva es estimular la inseguridad y, con ella, incrementar el arbitrio judicial.

En mi opinión, si se quiere dotar de mayor seguridad jurídica a nuestro ordenamiento procesal, la política legislativa debiera ser la inversa: garantizar siempre el derecho a la doble instancia, sin perjuicio de fortalecer los poderes de admisión del T. S., pero permitiendo que, si no todos, determinados asuntos puedan acceder al T. S. a través del recurso de unificación de doctrina.

Con todo, no se me oculta que la denominada «pequeña jurisprudencia» de las Audiencias Provinciales seguirá siendo relevante especialmente en las sentencias dictadas en los procesos sumarios. Pero, si ello es así, quien debe unificar los criterios jurisprudenciales (fundamentalmente en las materias en las que las A. P. ostentan la última palabra) no son los tribunales de instancia, sino las propias Audiencias Provinciales quienes, como en ocasiones en la práctica acontece, debieran avocar al pleno los asuntos cuando sus distintas Secciones mantengan jurisprudencias contradictorias.

Por tanto, el contenido del art. 94 debiera ser trasladado a las Audiencias Provinciales, todo ello sin perjuicio de que pudiera, en los tribunales de instancia, instaurarse una *cuestión prejudicial jurisprudencial* que, de modo similar a la «cuestión de ilegalidad» de los tribunales contencioso-administrativos, permitiera al Juzgado de instancia, antes de dictar sentencia, recabar el dictamen de la Audiencia Provincial a los efectos de unificación de doctrina.

ANEXO II

OFICINA JUDICIAL, TRIBUNALES DE INSTANCIA Y AGILIZACIÓN PROCESAL ¹

I. LA INSTAURACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL Y LA «GUBERNAMENTALIZACIÓN» DEL PODER JUDICIAL

Como es sabido, las L. O. 19/2003 y, sobre todo, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre instauraron la nueva Oficina Judicial y abrieron una nueva era, de la que el Anteproyecto de creación de los Tribunales de Instancia de 2011 sería su colofón, cuya principal característica consiste en efectuar una mayor administrativización del Poder Judicial.

Esta entrada del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial remonta sus orígenes y, en cierta medida, su legitimidad a la STC 56/1990, de 29 de marzo en la que el Tribunal Constitucional, a fin de evitar la inconstitucionalidad de las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía (conforme a las cuales a las CCAA les corresponde ejercer todas «las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado»), creó el concepto «*Administración de la Administración de Justicia*», en el que las referidas L. O. 19/2003 y L. 13/2009 han encuadrado al Secretario Judicial.

Aparece así, de un lado, un núcleo duro de la «*Administración de Justicia*» que, como es sabido, comprende al Poder Judicial, su régimen de autogo-

¹ Artículo intitulado «Oficina judicial, Tribunales de Instancia y agilización procesal», publicado en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, de 7 de abril de 2011, pp. 109 y s.s., y también el *La Ley*, núm. 7665, de 4 de julio de 2011.

bierno y el estatuto de Jueces y Magistrados y, de otro, todo «*un conjunto de medios personales y materiales*» que, bajo la denominación «*Administración de la Administración de Justicia*», se colocan al servicio de ella y cuya competencia se distribuye entre el Ministerio de Justicia y a las CCAA con competencia sobre la materia².

Aunque la STC 56/1990, y a diferencia de otros Cuerpos Auxiliares³, nada dijo sobre la naturaleza de los Secretarios judiciales y de su encuadre, por tanto, en alguna de las dos «*Administraciones de Justicia*», pronto el legislador orgánico los iba a incluir dentro de la «*Administración de la Administración de Justicia*» y convertirlos en «**órganos administrativos**».

Y, así, de «personal al servicio de la Administración de Justicia» en LOPJ de 1985, que permitía doctrinalmente configurar al Secretariado judicial como un «*órgano colaborador de la Jurisdicción*», pasaron ya a convertirse, tras la reforma a dicha LOPJ efectuada por la L. O. 19/2003, en «*funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior, único... dependiente del Ministerio de Justicia...*» (art. 440).

La configuración, que, del Secretariado, efectuó dicha L. O. 19/2003, es hoy muy similar a la del Ministerio Fiscal. Ciertamente, y al igual que el Ministerio Público, los Secretarios judiciales están sometidos también a los principios de «*legalidad e imparcialidad y autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial*». Pero, al propio tiempo, también lo están a los de «*unidad y dependencia jerárquica*» (art. 452.1 LOPJ), principios

² «El art. 149.1.5 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la «*Administración de Justicia*»; ello supone, en primer lugar, extremo este por nadie cuestionado, que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución). La competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí. Pero no puede negarse que, frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existen un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se colocan, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal, «al servicio de la Administración de Justicia», esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial; cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales. Ciertamente, deslindar los elementos básicos del autogobierno era una tarea difícil de realizar en el momento en que se aprobaron los Estatutos de Autonomía y eso explica que se dejara ese deslinde al legislador orgánico, sin perjuicio del hipotético control de constitucionalidad de este Tribunal. Lo que la cláusula subrogatoria supone es aceptar el deslinde que el Estado realiza entre Administración de Justicia en sentido estricto y «*Administración de la Administración de Justicia*»; las Comunidades Autónomas asumen así una competencia por remisión a ese deslinde, respetando como núcleo inaccesible el art. 149.1.5 de la Constitución, con la excepción de lo dispuesto en el art. 152.1, segundo párrafo.» (STC 56/1990, F. J. 6).

³ «La fijación de la plantilla de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia que ha de prestar sus servicios en las Fiscalías corresponde, como señala el art. 484.3 de la LOPJ, al Ministerio de Justicia.» (STC 56/1990, F. J. 11.e)

estos últimos que están presentes en todo lo relativo a la dirección de la oficina judicial, con respecto a la cual el Secretario actúa bajo los principios de unidad, dependencia jerárquica, división de funciones y coordinación (arts. 435.2 y 452.1), encontrándose sometido a las órdenes o directrices del Secretario coordinador Provincial (art. 466), éste a las del Secretario de gobierno del T. S. J. y, en último término, todos ellos a las del de Gobierno del T. S. (art. 464)⁴.

Si a esta pirámide funcionarial (Secretario director de las unidades de apoyo directo, director de los Servicios comunes, Coordinador Provincial, Secretario de gobierno del T. S. J. y de gobierno del T. S.) se une la circunstancia de que todos los puestos de responsabilidad, desde el Secretario coordinador a los de gobierno, son cargos de «*libre designación*» del Ministerio de Justicia (arts. 450.1. II y 464), reservados, por tanto, a los «hombre de confianza» del Poder Ejecutivo, habiéndose instaurado un régimen «bonapartista» de ingreso, promoción y ascenso de los Secretarios judiciales⁵, forzoso se hace convenir en que la independencia e imparcialidad del Secretario judicial en el ejercicio de la fe pública judicial puede quedar, en la práctica mermada, si el Secretario «de a pie» no obedece las órdenes de su superior jerárquico. En tal supuesto, es posible que haya de renunciar a cualquier futuro ascenso.

II. LA AUSENCIA DE INDEPENDENCIA DEL SECRETARIO JUDICIAL Y LA LEY 13/2009

Y, si el Secretario judicial, aunque teóricamente imparcial en el ejercicio de la, por lo demás, menguada fe pública judicial⁶, no goza de independencia, pues a diferencia, por ejemplo, del Notariado, no pertenece siquiera a la Administración institucional, sino que es un órgano administrativo, encuadrado en la Administración del Estado, es claro que, al igual que el M. F., no debiera estar autorizado para dictar actos procesales que incidan en la potestad juris-

⁴ Debe tenerse en cuenta que la dirección de dicha oficina judicial lo es tan sólo a efectos procesales, pues la Jefatura de personal de las «unidades administrativas» sigue correspondiendo al Ministerio de Justicia o a las CCAA con competencia sobre la materia.

⁵ El diseño es similar a la «justicia napoleónica» que permaneció vigente durante todo el S. XIX y buena parte del XX hasta llegar, tras la última posguerra mundial a la implantación de los regímenes de autogobierno. Pero el Poder Ejecutivo ha «retenido» la fe pública. No en vano al Ministro de Justicia se le denomina en nuestro ordenamiento «Notario mayor del Reino» o «Guarda sellos» en ciertos países europeos («*Garde des sceaux*» en Francia, «*Guarda dei sigilli*» en Italia, etc.).

⁶ Mermada como consecuencia de la aparición de los medios audiovisuales. De aquí que los arts. 453.1. II LOPJ, 147 LEC y 743 y 972 LECrim hayan suprimido su intervención en las «vistas».

diccional, cuyo ejercicio el art. 117.3 C. E. reserva exclusivamente a Jueces y Magistrados «*independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*».

En particular, y por incidir en la «*potestad de juzgar*», no debiera el Secretario judicial dictar las siguientes resoluciones: a) las que gocen de los efectos de cosa juzgada o que diriman conflictos (así, los medios anormales de finalización del proceso); b) las limitativas de derechos fundamentales; c) medidas cautelares o actos que ocasionen indefensión material; d) actos de prueba preconstituida o anticipada y e) actos de enjuiciamiento de los que dependa el examen de la relación jurídico material (decisiones sobre presupuestos procesales, resoluciones sobre cuestiones prejudiciales devolutivas y no devolutivas, acumulación de acciones y de pretensiones, intervención de terceros, decisión de incidentes y, en general, la resolución de cualquier cuestión previa que obstaculice la decisión de fondo).

Pero la Ley 13/2009 no lo ha entendido íntegramente así y ha procedido a una distribución de «competencias»⁷ entre los Jueces y los Secretarios, otorgándoles unas nuevas resoluciones (de denominación claramente administrativa), cuáles son los «**Decretos**», cuyo contenido bien podría incidir, en ocasiones, en la potestad jurisdiccional. Sin ningún ánimo exhaustivo (pues la L. O. 13/2009 ha modificado nada menos que 916 preceptos procesales) cabría citar aquí la polémica atribución de las siguientes materias que la reforma de la oficina judicial ha conferido al Secretario: a) el examen de determinados presupuestos procesales (tales como la competencia territorial, el procedimiento adecuado y la determinación de la cuantía de la demanda: arts. 58.3 y 254. III), b) la resolución de determinados actos de finalización del proceso (caducidad, desistimiento tácito en los recursos, transacción, etc.: arts. 22.2, 237.2, 458.2, 481.2...) y c) la admisión de la demanda⁸ (arts. 254.1. II y 440.1), la de la reconvencción implícita (art. 408.2) y la de los recursos (arts. 457.3, 481.2)...

Ante tales innovaciones en nuestro ordenamiento, y frente al estupor de la mayoría de la doctrina procesal, han tenido que salir los ideólogos del Mi-

⁷ De «competencias» del Secretario judicial nos habla la Exp. de Motivos (III, 1.º párrafo) de la Ley 13/2009; término incorrecto, pues, la competencia, al igual que la Jurisdicción, ni se parte, ni se reparte: corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional, el cual se constituye con el Juez y el Secretario.

⁸ Con olvido de que la admisión de la demanda ocasiona el nacimiento de los importantes efectos de la «**litispendencia**», tanto materiales (interrupción de la prescripción extintiva y adquisitiva, mora del deudor y devengo de intereses, adquisición del status de bien litigioso...), como procesales («*perpetuatio iurisdictionis*», prohibición de «*mutatio libelli*», preclusión de entrada de nuevos hechos y de causas de pedir y efecto negativo de la litispendencia).

nisterio de Justicia a matizar que «*no todo lo procesal es jurisdiccional*»⁹, con lo que cabría reputar como no procesal toda la fase de alegaciones, cuyo conocimiento, y excepción hecha de la audiencia previa del juicio ordinario, la Ley 13/2009 ha confiado al Secretario-Director de los servicios comunes.

Ahora bien, dicho esto, en verdad ¿puede afirmarse que la determinación del objeto procesal no es una actividad jurisdiccional? Y, si así fuera, ¿por qué no trasladar también al Secretario la fase probatoria y, tras un proceso «virtual», dejar relegados los Jueces a la única función de dictar Sentencia?... Si así sucediera, como está ya parcialmente ocurriendo, la Asignatura, de la que soy titular, ya no podrá denominarse, sin más, «Derecho Procesal», debiéndose distinguir, de un lado, un «Derecho Procesal no jurisdiccional» o «Derecho Administrativo-Procesal», del que conoce el Secretario y un «Derecho Procesal jurisdiccional», que seguiría permaneciendo de la competencia de Jueces y Magistrados.

El problema, sin embargo, de esta nueva reforma procesal es que ha llegado demasiado tarde. Esta distribución de «competencias» entre Secretarios, de un lado, y Jueces y Magistrados, de otro, tenía todo su sentido en la LEC de 1881, en la que, debido a la hegemonía del principio de la escritura y de su consecuencia, el de «mediación»¹⁰, el Juez se enteraba, por vez primera del proceso, a la hora de dictar Sentencia. Pero, en un proceso civil «**oral**», como el que inauguró la LEC de 2000, no cabe situar en la cúspide de la clásica relación triangular, que simbólicamente caracteriza al proceso, a una cabeza bicéfala (la del Juez y la del Secretario), sino tan sólo la de un Juez-Director del proceso comprometido, desde su inicio, en impartir, tan pronto como sea posible, justicia material. La división de competencias entre el Juez y el Secretario y la atribución a este último de los «Decretos», susceptibles de ser impugnados mediante el también impropriadamente denominado «*recurso de revisión*», va a provocar, está provocando ya en los Juzgados, no pocas «dilaciones indebidas».

III. LOS «TRIBUNALES DE INSTANCIA»

Sin duda, de la aparición de estas nuevas dilaciones indebidas es responsable la vigente instauración de la nueva reforma procesal, que, a diferencia de la nueva oficina (de instauración paulatina en diversas experiencias piloto, ta-

⁹ CASTILLEJO MANZANARES, «Cuestiones procesales en la implantación de la Nueva Oficina Judicial: fe pública judicial, admisión de la demanda y resolver sobre la terminación del procedimiento», *La Ley*, núm. 7599, de 29 de marzo de 2011, p. 2

¹⁰ Que posibilitaba, en la práctica, el traslado de todas las fases del proceso (incluida la probatoria) en el personal auxiliar del Juzgado.

les como las de los Juzgados de Burgos, Extremadura o Murcia), ya es de aplicación inmediata en toda España.

Pues, bien, para adecuar esta infraestructura a nuestros Juzgados, el Ministerio de Justicia ha elaborado el Anteproyecto, de 2011, de creación de los Tribunales de Instancia, el cual, debido a la resistencia del Partido Popular a la hora de avalar la pertinente reforma de la LOPJ, no parece que vaya a convertirse en Ley Orgánica.

Por ello, me limitaré a un breve examen de su contenido, cuya opinión, tal y como he tenido ocasión de publicar recientemente¹¹, me parece, en líneas generales, favorable, por cuanto, aun cuando la conversión de nuestros Juzgados de 1.^a Instancia en «Tribunales» obedezca exclusivamente a criterios burocráticos de adecuación de los Juzgados a los «servicios comunes procesales» de la nueva oficina, es susceptible de: a) otorgar una mayor economía y racionalización de los medios materiales y personales auxiliares, todavía dispersos en cada una de las Secretarías de los Juzgados; b) favorecer la polémica especialización de nuestros órganos jurisdiccionales, y d) incrementar la seguridad jurídica.

Con todo, cabe señalar que este último incremento de la seguridad jurídica pretende obtenerse por la vía de avocar al Pleno de la Sección (integrada por los Juzgados de la misma especialidad) los asuntos en los que fuera necesario unificar los criterios jurisprudenciales (art. 94.1 del Anteproyecto); a mi juicio esta solución puede erigirse en un obstáculo a la independencia judicial¹², por lo que sería mejor trasladar dicha avocación a las Audiencias Provinciales en aquellos objetos procesales, que como es el caso de las Sentencias recaídas en los procesos sumarios, ostenta la «jurisprudencia menor» la última palabra.

IV. EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL, DE 18 DE MARZO DE 2011

A diferencia del Anteproyecto de creación de los Tribunales de Instancia, el de Agilización Procesal, y debido quizás a la circunstancia de que, al tratarse de un texto normativo que no requiere el «quórum» de votación de una Ley Orgánica y, por tanto, no necesitaba de los votos del Grupo Parlamentario

¹¹ GIMENO, «Los Tribunales de Instancia», en *La Ley*, núm. 7586, de 10 de marzo de 2011, pp. 9-10.

¹² En opinión del informe del CGPJ, de 7 de abril de 2011, al Anteproyecto de L. O. de creación de los Tribunales de Instancia, «estas previsiones legales pueden entrar en colisión con el derecho fundamental al juez predeterminado por la ley y con el principio constitucional de la única sumisión de los jueces y juezas, magistrados y magistrados, al imperio de la ley».

Popular (que, como se ha dicho, rompió aquí el consenso del «Pacto de la Justicia»), sí que se ha convertido en Proyecto de Ley, de 18 de marzo de 2011¹³, el cual, tramitado por el procedimiento de urgencia, se encuentra, cuando se escriben estas líneas, en el Senado, por lo que parece que puede convertirse en Ley en un plazo inminente.

De este Proyecto de Ley cabe destacar como medidas notables: a) la simplificación en la tramitación de los recursos devolutivos (apelación y casación), con respeto a los cuales el Proyecto postula la unificación de los trámites de anuncio e interposición del recurso en un solo acto, el de interposición, en el que el recurrente habrá de concentrar sus alegaciones (arts. 458.2, 471 y 481); b) la agilización de los procesos de desahucio por falta de pago, en los que se permitirá la acumulación, a la petición de lanzamiento, de la pretensión de pago de las cantidades debidas, cuya insatisfacción abrirá las puertas al proceso de ejecución, mediante la técnica del monitorio (art. 440.3. I y VI); c) una mayor tutela del derecho de crédito, a través de diversas innovaciones en el proceso de ejecución¹⁴ y, sobre todo, la supresión, en dicho proceso monitorio, del límite de los 250.000 euros establecido para su acceso (art. 812.1)¹⁵, todo ello en consonancia con la legislación sobre el monitorio europeo¹⁶...

Pero, en lo que este Proyecto de Ley resulta altamente criticable y ha merecido la repulsa de la Abogacía, es en la reducción de los medios de impugnación. Y, así, la nueva redacción, que, del art. 455.1, propone este Proyecto, suprime el recurso de apelación contra las «*sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía*», es decir, en todos los juicios verbales, cuya cuantía no supere los 6.000 euros¹⁷ y el art. 477.2 eleva la suma de gravamen para recurrir en casación nada menos que, de 150.000, a «800.000 euros»¹⁸, lo que provocó que se tildara a la reforma de «clasista», ya que, de ser aprobada (como así sucedió), «los pobres tendrán derecho a una sola instancia, las clases medias, a dos, y los ricos, a tres»¹⁹.

¹³ Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie A, de 18 de marzo de 2011.

¹⁴ Así, la generalización del proceso de ejecución contra todo el patrimonio del deudor (art. 579), la prohibición de la adjudicación en pago al acreedor del bien inmueble subastado por un importe inferior al 30% del valor de la tasación (art. 651. II) o la tramitación de las tercerías a través del juicio verbal (arts. 599 y 617.1)

¹⁵ Medidas positivas, la reforma del desahucio y del monitorio, a juicio de RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «El Anteproyecto de Ley de medidas de agilización procesal», en *Notario*, núm. 36, marzo-abril 2011, pp. 43-44.

¹⁶ Introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 4/2011, de 24 de marzo.

¹⁷ La redacción definitiva de la norma ha quedado en 3.000 euros. Afortunadamente el Proyecto ha suprimido la referencia a las Sentencias recaídas en los procesos sumarios, que efectuaba el Anteproyecto, con la vana y equivocada idea de que no producen efectos materiales de cosa juzgada.

¹⁸ Dicha suma de gravamen fue reducida a 600.000 euros, que es la cantidad vigente.

¹⁹ ASENCIO, «Los Anteproyectos de Ley de Medidas de Agilización Procesal y de Creación de los Tribunales de Instancia», en *La Ley*, núm. 7586, de 10 de marzo de 2011, p. 6.

Dentro de esta polémica política legislativa de agilización del proceso a base de menguar las garantías procesales merece destacarse la enmienda, presentada, a instancia del C. G. P. J., entre otros, por los grupos parlamentarios socialista y popular, en la que se postula la supresión del recurso penal de reforma o el de apelación contra las sentencias absolutorias recaídas en los juicios de faltas. No debiera, en mi opinión, prosperar dicha enmienda, por cuanto, en todo lo referente a dicho recurso no devolutivo, la economía procesal es escasa, a la vez que puede provocar la perpetuación temporal de errores judiciales con grave detrimento al derecho a la libertad y, en lo que respecta al referido recurso de apelación del juicio de faltas, tampoco se aprecia dicha economía, si se piensa en que el perjudicado tendrá que acudir la vía civil para obtener la reparación de su derecho.

ANEXO III

LOS PROCEDIMIENTOS PENALES SIMPLIFICADOS (PRINCIPIO DE «OPORTUNIDAD» Y PROCESO PENAL MONITORIO)¹

I. LA ACELERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN EUROPA

Esta política legislativa hace ya mucho tiempo que fue instaurada en los principales Estados Europeos (por lo que habría que suscribir, en esta materia, la frase de que «Europa finaliza en los Pirineos») y, ante los buenos frutos que ha cosechado, ha sido objeto de la «Recomendación» del Consejo de Europa del año 1988 sobre procesos penales simplificados.

En síntesis, tales criterios de aceleración del procedimiento se proyectan en una triple vertiente: A) Descriminalización y creación de nuevos procedimientos administrativos simplificados; B) Potenciación del principio de oportunidad y de los sistemas de «Transacción» procesal, y C) Instauración del procedimiento penal monitorio.

1. Descriminalización y Procedimiento Administrativo

En determinados Estados europeos (RFA, Austria, Italia...), y con independencia de las medidas procesales, la descongestión de la justicia penal se

¹ Artículo publicado en la *Revista del Poder Judicial*. Número especial II: Justicia Penal, 1988.

ha realizado a través de la vía material, transformando en ilícitos administrativos determinadas infracciones penales leves, caracterizadas por su débil lesión social y su frecuencia o reiteración.

Se trata de infracciones «de orden», con respecto a las cuales es mínima la sensibilidad o juicio de reproche social y cuyas sanciones, que nunca pueden consistir en medidas privativas de libertad, están dirigidas más a mantener el principio de «autoridad» que a tutelar un bien o interés jurídico socialmente relevante. Las infracciones al Código de la Circulación, a la legislación fiscal o aduanera constituirían sus principales exponentes.

En nuestro país, la mayor parte de las tales conductas o han constituido desde siempre ilícitos administrativos o han sido recientemente descriminalizadas. Esto último es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con el «delito» de conducción de vehículo sin el pertinente permiso [antiguo art. 340 bis c) CP].

En el ordenamiento material parece, pues, que no cabe abrigar excesivas esperanzas en lo que a «Descriminalización» se refiere.

Sin embargo, no podemos decir otro tanto del ordenamiento «procesal» subsistente para el enjuiciamiento de las infracciones al denominado «Derecho penal administrativo», el cual se encuentra en una situación bastante insatisfactoria, tanto desde el punto de vista de la Administración demandada, como desde la propia del ciudadano-justiciable.

Desde la primera de ella claramente se observa la fragilidad de los procedimientos administrativos de recaudación (vgr.: el de impago de multas), la dudosa constitucionalidad de tales procedimientos a la luz del principio constitucional de exclusividad constitucional del artículo 117.3 CE, la no menos dudosa eficacia probatoria del material instructorio en ellos recabado o la flagrante inconstitucionalidad de la regla «*solve et repete*» del (hoy derogado) artículo 57.2 LJCA con respecto al ejercicio del derecho a la tutela del artículo 24.1 CE.

Todas estas razones abonan por la creación, en nuestro país, de un procedimiento administrativo simplificado, construido a imagen y semejanza del procedimiento penal monitorio y cuyas características más sobresalientes podrían ser las siguientes:

a) El carácter *objetivo* de las conductas, que habrían de entrar en su ámbito de aplicación. Tales conductas debieran permitir el enjuiciamiento típico del hecho por la Autoridad administrativa una vez determinada la participación de su autor, de tal suerte que el carácter objetivo del tipo (vgr.: la conducción sin permiso, los excesos de velocidad o las infracciones a las señalizaciones de tráfico) excluyera la toma en consideración de la culpabilidad del agente.

b) Las sanciones previstas para tales infracciones nunca han de conllevar la privación de libertad, por lo que a la Autoridad administrativa no se le puede conceder, en el curso del procedimiento, la adopción de la detención o la de cualquier otra medida limitativa de los derechos fundamentales. La sanción tipo debiera ser la **multa**.

c) Las multas, a imponer por la Autoridad administrativa, debieran serlo a un «tanto alzado» (*amende forfaitaire*) con arreglo a unos baremos normativamente fijados, que permitieran a dicha Autoridad disponer tan sólo de una parte de la totalidad de la sanción prevista (vgr.: el 25 o el 50 por 100 de la multa establecida para la infracción cometida), de tal modo que el particular ha de ser consciente (ilustrándole el agente a tal efecto) de que puede finalizar el procedimiento mediante el pago de la sanción, en la cuantía fijada por la Administración o ejercitar el recurso contencioso-administrativo correspondiente con la posibilidad de que triunfe su pretensión, pero con el riesgo también de que el órgano jurisdiccional, apreciando su culpabilidad, le puede imponer un *quantum* de multa más oneroso.

d) Dicho procedimiento ha de estar informado por el artículo 24 de la CE y ha de ser por tanto escrupuloso con el derecho de defensa y demás garantías constitucionales. La no muy lejana Sentencia TEDH, de 21 de febrero de 1984, dictada en el caso *Otzürck* contra la RFA, si bien ha recomendado la utilización de procedimientos administrativos simplificados y similares al alemán para *las Ordnungswidrigkeiten*, ha tenido también la ocasión de reclamar la vigencia del derecho de defensa y demás garantías procesales penales del Convenio al sujeto pasivo de un procedimiento administrativo sancionador. Por consiguiente, la Autoridad administrativa habrá de ser celosa con la puesta en conocimiento de la infracción, en una lengua que comprenda, al presunto infractor, informándole de todas las consecuencias desfavorables que le pueden reportar el incumplimiento de la sanción y, de modo especial, de los recursos existentes contra ella.

e) Las sanciones administrativas no han de llevar aparejadas antecedente penal alguno, y

f) Caso de que el hecho sea susceptible de ser calificado simultáneamente como ilícito penal y administrativo, la jurisdicción penal ha de ser siempre la preferente, excluyéndose en cualquier caso la posibilidad de infracción al *non bis in idem*.

2. El principio de «Oportunidad» y la «Trasacción» Penal

Otro de los instrumentos procesales para obtener la agilización de la justicia penal consiste en la instauración del principio de **oportunidad** en el ejer-

cicio de la acción penal y en la implantación de los distintos sistemas de transacción intraprocesal.

Como es sabido, por principio de oportunidad cabe entender la facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.

En un ordenamiento procesal, presidido por dicho principio, los órganos de persecución penal (el MF o la policía) están expresamente autorizados, ante determinados delitos que no revistan esencial gravedad, a provocar el sobreseimiento de la instrucción, atendiendo a razones, tales como la escasa lesión social, la reparación del daño, la economía procesal o la reinserción del inculpaado. Dicho sobreseimiento puede ser «puro» o estar sometido al cumplimiento de determinadas condiciones por parte del imputado, tendentes a obtener su buena conducta futura (vgr.: sometimiento a *probation*, a un determinado procedimiento de curación, a la realización de determinados trabajos sociales, etc.).

Por el contrario, en un sistema procesal regido por el principio de «legalidad», la autoridad encargada del sostenimiento de la pretensión penal no está legitimada para abandonarla en tanto persistan los presupuestos materiales que la han provocado.

Una visión superficial del derecho comparado podría llevarnos a la conclusión de que la mayoría de los países europeos se reclaman de la vigencia del principio de legalidad (y así se han podido encuadrar dentro de ellos Austria, España, Grecia, RFA, Italia, Portugal y Suiza), permaneciendo aplicable el de oportunidad en Inglaterra, países nórdicos (Noruega, Países Bajos...) y ciertos cantones suizos (Ginebra, Neuchâtel, Vaud...).

Sin embargo, esta conclusión podría resultar precipitada, porque, como veremos enseguida, muchos Estados «legalistas» han importado también relevantes manifestaciones del principio de oportunidad, las cuales se aprecian, tanto en el momento del ejercicio de la acción penal, como fundamentalmente en el de su extinción o suspensión:

A) OPORTUNIDAD E INCOACIÓN DEL PROCESO

En determinados países europeos, tales como la RFA, Italia e incluso el nuestro, la persecución de determinados ilícitos penales se encuentra condicionada a la expresa voluntad del «ofendido», quien, en ocasiones, puede también provocar la definitiva extinción del procedimiento a través de la «remisión». La *Privatklage* alemana, la *querela* italiana y nuestra *denuncia* y

querella en los delitos semipúblicos y privados constituyen los principales ejemplos.

De lege ferenda, si bien no parece deseable resucitar la figura del «perdón del ofendido» (ante las innumerables presiones y transacciones inmorales que genera), no podemos decir otro tanto con respecto a la denuncia, configurada como «condición de procedibilidad», con respecto a la cual su eventual extensión a determinadas infracciones leves, tales como los daños o hurtos en grandes almacenes, podría contribuir a disminuir la sobrecarga de trabajo de los juzgados de Instrucción.

B) OPORTUNIDAD Y EXTINCIÓN O SUSPENSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN

En segundo lugar, el principio de oportunidad puede manifestarse, dentro de una instrucción en curso por la vía de provocar su extinción o suspensión del procedimiento normalmente ante la imputación de hechos punibles de escasa gravedad y en función de determinadas circunstancias que deben concurrir en el imputado y en la víctima.

Los motivos genéricos de sobreseimiento, por razones de oportunidad, han de situarse en razones de política criminal o de interés público que aconsejan la apertura del juicio y la irrogación de una pena privativa de libertad, y los específicos pueden sintetizarse en las siguientes:

a) *Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad*: a esta finalidad parece responder la institución del *patteggiamento* italiano, inspirado en el procedimiento americano conocido *por plea-bargaining* e instaurado en Italia por la Ley núm. 689, de 24 de noviembre de 1981. Cuando una instrucción puede desembocar en la aplicación de una de las tales penas cortas, si el imputado no reincidente lo solicita, el juez, previo acuerdo del M. F., puede aplicar alguna pena sustitutiva («semiprisión», «*probation*» o multa) mediante una resolución que genera antecedentes penales. Este último efecto se comprende si se piensa que el *patteggiamento* está únicamente arbitrado para aquellas personas que nunca han delinquido y para evitar el contagio criminal que la cárcel suele producir.

b) *Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación*, a cuyo cumplimiento efectivo queda condicionado el sobreseimiento por razones de oportunidad.

Este procedimiento de «diversión» penal permanece vigente en Francia. Conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 CPP el Ministerio Público «recibe

las denuncias y «quejas» (*plaintes* = ejercicio de la acción civil por el perjudicado) y aprecia el procedimiento a darles». Al amparo de esta redacción la Ley de 31 de diciembre de 1970 sobre la lucha contra la toxicomanía facultó al M. F. a requerir a las personas que hubieran hecho un «uso ilícito de estupefacientes» a someterse voluntariamente a un procedimiento de desintoxicación o a aceptar una vigilancia médica; si el imputado incumpliera dicho compromiso, el M. F. puede disponer la reapertura de la instrucción.

c) *Estimular la pronta reparación del daño* constituye otro de los objetivos de la transacción penal, si bien dicho criterio suele ir acompañado de otros, tales como la renuncia del imputado al cuerpo del delito, el pago al Estado de los beneficios obtenidos mediante la infracción, la edad avanzada o el estado de enfermedad del inculcado, etc. Tales sistemas de transacción, con sus específicas peculiaridades, se encuentran vigentes en Inglaterra, País de Gales y Escocia, Bélgica y Noruega. El común denominador de todos ellos es el de poderse aplicar a hechos punibles que lleven aparejadas penas privativas de libertad, siempre que el acusado se confiese culpable; en tanto que el *guilty plea* es reclamable ante cualquier delito, con independencia de su gravedad, otros países establecen un límite cuantitativo en la irrogación de la pena (hasta cinco años en Noruega y hasta seis años en los Países Bajos tras la ampliación realizada por la Ley de 1 de mayo de 1983).

d) *La conveniencia de evitar juicios orales innecesarios* o razones de economía procesal son las que indujeron a nuestro legislador a instaurar la «conformidad», si bien su tardía ubicación procedimental ocasiona que la economía lo sea tan sólo en el momento del juicio oral, una vez concluida la fase instructora.

Esta resumida panorámica de la vigencia del principio de oportunidad en Europa nos revela que podría resultar muy positiva para la disminución de la sobrecarga de trabajo de nuestros juzgados un traslado de la «conformidad» (o institución similar) al interior de la fase instructora, bajo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

A) Que los hechos punibles no llevaran aparejadas penas graves de privación de libertad (hasta tres años podría ser el límite cuantitativo).

B) El sobreseimiento por razones de «oportunidad» ha de estar sometido a criterios preestablecidos, que impidan la infracción del principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, sin perjuicio de que en su aplicación exista cierta flexibilidad por parte del juez y del M. F. a fin de que se puedan valorar adecuadamente las circunstancias del caso, tales como

la lesión social, el comportamiento de la víctima o la personalidad del delincuente.

C) De dicho sobreseimiento debiera excluirse, en principio, a los reinidentes, por lo que la transacción debiera ocasionar antecedentes penales.

D) La víctima debiera ser previamente reparada, para lo cual habría de renunciar, previo ofrecimiento, al ejercicio de las acciones. Si dicha reparación no es posible, el Auto del Juez debiera ser civilmente ejecutivo, reservándose para el procedimiento de ejecución la liquidación de los daños y perjuicios.

E) Debe prohibirse expresamente cualquier suerte de negociación, entre las partes acusadoras y la defensora, en la individualización o *quantum* de la pena a imponer por el Juez de Instrucción.

F) Ha de garantizarse la espontaneidad o libertad de la declaración de voluntad del inculpado, el cual no puede ser sometido a género de presión alguno para que preste su conformidad, la cual debiera ser ratificada por su Abogado. En cualquier otro caso se violaría el artículo 6 del Convenio Europeo («derecho de acceso a un Tribunal»), con respecto al cual el TEDH ha tenido ya ocasión de declarar que dicho precepto no se infringe en los sistemas de transacción siempre y cuando el consentimiento del imputado se haya prestado libremente y sin coacción alguna (asuntos Golder, Sentencia de 21 de febrero de 1975 y Deweer, Sentencia de 27 de febrero de 1980).

3. El Procedimiento Penal Monitorio

De todos los instrumentos de simplificación del proceso penal el procedimiento penal monitorio es, sin duda alguna, el de mayor arraigo y el que más economía procesal reporta a los distintos países integrantes de la Comunidad Europea. En la actualidad cuentan con dichos procedimientos los siguientes Estados: Austria, Dinamarca, Francia, RFA, Luxemburgo, Noruega, Suecia, la totalidad de los cantones suizos y Turquía.

A) CONCEPTOS Y NOTAS ESENCIALES

El procedimiento penal monitorio es un proceso especial destinado al enjuiciamiento de las contravenciones penales o faltas, informado por el principio de la escritura y caracterizado por la inmediata creación de un título penal de ejecución, que en ningún caso ha de conllevar aparejado pena privativa de libertad alguna y frente al cual se le confiere al imputado el de-

recho a aquietarse o a ejercitar su oposición mediante la instauración del contradictorio.

Constituyen, pues, notas esenciales del referido procedimiento las siguientes:

a') Es un procedimiento **especial** por razones jurídico-procesales ya que su finalidad es la economía tanto para el Estado como para el propio imputado, a quien se le evitan las molestias que conlleva al estar sometido durante un dilatado tiempo a un procedimiento penal en curso, así como las derivadas de la publicidad del juicio.

No es sin embargo un procedimiento sumario, porque aun cuando el título de ejecución se adopte sin una auténtica actividad probatoria (fuera de los actos de investigación, plasmados en el atestado o de la propia declaración del inculpado), su objeto lo constituye, dentro de la competencia objetiva, la totalidad del hecho punible (y no un determinado aspecto de la acción delictuosa), por lo que el título penal de ejecución producirá, si no se formula, la plenitud de los efectos de la cosa juzgada.

b') Su objeto procesal lo constituyen los delitos leves perseguibles de oficio o contravenciones penales, con respecto a las cuales, si bien pueden llevar aparejadas penas privativas de libertad (vgr.: en la RFA hasta un año de privación de libertad), no se le autoriza al juez, en su resolución ejecutiva, previa al juicio, adoptar pena privativa de libertad alguna, sino tan sólo medidas sustitutivas de la prisión.

De lo dicho, claramente se infiere que el procedimiento monitorio está arbitrado únicamente para el enjuiciamiento de las **contravenciones castigadas con la pena de multa** (vgr.: la del carnet de conducir) o de suspensiones de derechos, así como de aquellas infracciones con respecto a las cuales, si bien pudieran estar penadas con penas cortas privativas de libertad, el ordenamiento penal expresamente autoriza al juez su sustitución con la pena de **multa** y demás penas limitativas de otros derechos, que son las únicas penas que puede imponer el juez en el auto de ejecución (*Ordonnance, Decreto, Strafbefehl...*).

Pero no todo delito de tales características ha de ser dilucidado a través del procedimiento monitorio, sino tan sólo aquellos en los que esté suficientemente **acreditado el hecho punible y la participación de su autor**. Por consiguiente, dicho procedimiento especial ha de ser reclamable en todos los supuestos de «delito flagrante» y en aquellos en los que, a través de la declaración del imputado o de otras fuentes de prueba, quede en los autos suficientemente

justificada la preexistencia del hecho punible y su atribución a una persona determinada.

Subjetivamente este procedimiento no debe ser aplicable a los reincidentes.

c') La hegemonía del principio de la **escritura** constituye otra nota esencial del procedimiento monitorio. Recibida por el M. F. una denuncia o atestado constitutivo de una contravención, dicho órgano solicitará la incoación, en su caso, del referido procedimiento. Si el juez, a la vista de dicha petición, estimara que el hecho enjuiciado es susceptible de ser perseguido con una pena privativa de libertad o que, por las razones del caso, se hace conveniente la apertura del juicio, así lo dispondrá instaurándose el procedimiento del «juicio de faltas» (hoy delitos leves). Contra esta resolución no debe admitirse recurso alguno. Si por el contrario el juez estimara adecuado la petición del M. F., sin necesidad de audiencia alguna, pronunciará una resolución comprensiva de los extremos siguientes: 1) Determinación e identificación del imputado; 2) Sucinta exposición del hecho y de sus circunstancias espaciales y temporales; 3) Calificación jurídica del hecho y de sus circunstancias; 4) La pena impuesta, con expresión de la cuantía de la multa, y el pronunciamiento de condena en costas, y 5) La ilustración al inculpado de su derecho a formular oposición.

d') Pero la nota más relevante del procedimiento monitorio consiste en la posibilidad que el imputado tiene de **eludir el juicio** y, con él, el riesgo de sufrir una Sentencia que pueda irrogarle una pena más grave a la adoptada en el auto provisional de ejecución.

El contenido de dicho auto no es otro sino una «propuesta de sanción», que, si no es atacada, se convierte en firme con todos los efectos de la cosa juzgada, cual si de una Sentencia se tratara. En esta situación el destinatario puede elegir entre la pena que le es impuesta en dicho auto o formular su oposición, en cuyo caso se abrirá el juicio y se expondrá a una sentencia en la que podrá ser absuelto o se le podrá rebajar la pena, pero en la que también el juez estará facultado para la imposición de una **pena más grave a la irrogada** en su primer pronunciamiento, con respecto a la cual no existe vinculación alguna. Por esta razón, algunos autores afirman que en el procedimiento monitorio no rige la prohibición de la *reformatio in peius*.

Debido a la importante circunstancia de que, si el interesado no formula, dentro del plazo que le es conferido, oposición a la propuesta de sanción, dicha resolución deviene firme, la Autoridad Judicial habrá de ser escrupulosa en **su puesta en conocimiento e ilustración** del referido derecho a formular oposición. En particular, al imputado se le habrá de informar que el único medio que

a su alcance tiene para evitar la ejecutoriedad del «auto», es anunciar formalmente su oposición (personalmente o mediante Procurador), porque, a falta de conformidad expresa, su silencio se ha de interpretar en sentido positivo, como aquietamiento a la propuesta, que adquirirá firmeza.

A fin de garantizar, pues, el derecho de defensa la notificación debiera ser, bien la ordinaria para los emplazamientos mediante «cédula», bien a través del «correo certificado», pero en este último caso, a falta de acuse de recibo por su destinatario, debiera recurrirse a la notificación ordinaria. En este sentido, la condena que el Estado italiano ha recibido del Tribunal Europeo en el asunto Colozza (STEDH de 12 de febrero de 1985) es significativa: una cosa es que el imputado renuncie a su derecho de defensa provocando su rebeldía y otra muy distinta es que no pueda ejercitar su derecho de defensa porque no haya podido tomar conocimiento de la existencia, contra él, de un «*Decreto penale*».

Por consiguiente, el auto habrá de ser notificado al inculpado y en él se le habrá de conferir un plazo prudencial, que debiera empezar a computarse desde su efectiva toma de conocimiento y que, aunque fuera breve, debiera otorgarle un tiempo suficiente para poder recabar el asesoramiento de un Abogado.

En cuanto a la forma en la que haya de ejercitarse el derecho de oposición, debiera ser suficiente la solicitud de apertura del juicio y no la necesidad de que el imputado manifieste sus motivos de oposición, ya que, en tal hipotético supuesto, se vulneraría también el derecho de defensa que exige el conocimiento previo de la acusación, de manera que sea ésta la que preceda a aquélla y no al revés. En tales términos se pronunció la Corte Constitucional italiana en su Sentencia 19/1973, de 14 de febrero, declarando la inconstitucionalidad del párrafo 2.º del artículo 509 del CPP italiano.

e') Si, por el contrario, no existiere oposición el auto deviene firme y produce los siguientes efectos:

a'') **Penales:** La totalidad de los efectos penales de la cosa juzgada y, de modo especial, el *non bis in idem*, excluyéndose la posibilidad de incoación de un nuevo procedimiento, tanto penal como administrativo, sobre el mismo hecho. Si con posterioridad a este pronunciamiento aparecieran nuevos hechos penales en conexión con el que ha constituido el objeto del auto (vgr.: se ha castigado un delito de conducción temeraria y con posterioridad se evidencia la existencia de una muerte o lesiones) el hecho penal enjuiciado sería tomado en consideración por el Tribunal sentenciador a los solos efectos del concurso

de delitos e individualización de la pena. Del dispositivo del auto se habría de tomar anotación en el Registro de Penados.

b'') **Civiles:** En cuanto a los efectos civiles del Auto cabrían tres hipotéticas soluciones. Conforme a la primera, podría disponerse una genérica condena a indemnización de daños y perjuicios, los cuales podrían ser liquidados en fase de ejecución de Sentencia o a través del procedimiento ejecutivo de la Ley del Automóvil. Una segunda consistiría en una reserva obligatoria de la acción civil a ejercitar en el proceso declarativo correspondiente. Y, finalmente, la que nos parece más económica es la de que el perjudicado se oponga al auto penal de ejecución, tan sólo en lo referente a su pretensión civil, en cuyo caso se abriría el juicio de faltas, únicamente para el conocimiento de la pretensión resarcitoria (solución adoptada por el art. 528.2 del CPP francés).

II. EVENTUALES OBSTÁCULOS A LA INSTAURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS

Examinadas las más relevantes manifestaciones del principio de oportunidad en el derecho comparado, hemos de preguntarnos ahora cuáles serían los principales obstáculos, que podrían condicionar la importación, en su caso, de dicho principio en nuestro ordenamiento procesal.

De conformidad con su rango normativo dichos óbices u obstáculos pueden ser clasificados en constitucionales y orgánicos.

1. Obstáculos constitucionales

Los principales condicionamientos de carácter constitucional, que podrían invocarse para pretender la exclusión de la instauración de los procedimientos penales simplificados, son los derivados de las exigencias del artículo 24 CE y, de modo especial, la **presunción de inocencia** y el **derecho de defensa**.

A) LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Como es sabido, la doctrina del TC, nacida con ocasión de la interpretación de la presunción de inocencia, exige, para poder estimar cumplida dicha presunción *iuris tantum*, de un lado, el desplazamiento de la carga de la pue-

ba en las partes acusadoras, quienes habrán de probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, y, de otro, la necesidad de que ningún ciudadano pueda ser condenado sin la previa realización, en el juicio, de una «mínima actividad probatoria», realizada a través de auténticos medios de prueba, excusión hecha de aquellos que la Ley expresamente no autoriza («prueba prohibida»).

Esto sentado, cabría preguntarse si la irrogación al imputado de una pena dentro de la fase instructora y sin que se haya realizado, por tanto, actividad probatoria alguna, contradice o no la presunción de inocencia.

Por una respuesta afirmativa abonaría la consideración de que el «sumario» (y fuera de los escasos supuestos de «prueba anticipada») no existe una verdadera actividad probatoria, por lo que se habría de concluir en que las sanciones, impuestas en los procedimientos simplificados, conculcan la presunción de inocencia.

Sin embargo, frente a dicha afirmación podrían alzarse los siguientes argumentos:

a') **La escasa entidad de la sanción**, a imponer en el procedimiento monitorio, la cual nunca puede conllevar pena privativa de libertad alguna, sino tan sólo de mero carácter patrimonial (la «multa»), cuya determinación y *quantum* siempre puede ser revisada judicialmente mediante el ejercicio por su destinatario de la oposición y consiguiente apertura del juicio oral.

En este sentido, si aquella afirmación permaneciera válida, también habría que reputarse inconstitucional la actividad sancionadora de la Administración, puesto que también las multas administrativas se adoptan sin previa actividad probatoria alguna.

Así pues, tanto el acto administrativo como el título de ejecución en el procedimiento monitorio participan de una similar naturaleza, cual es la de su *interinidad o provisionalidad*, pudiendo ser desvirtuados por el interesado mediante el ejercicio del pertinente «recurso» o derecho a un «proceso con todas las garantías».

b') **El sometimiento libre y voluntario** del imputado al cumplimiento de la sanción en el procedimiento monitorio o a las condiciones impuestas en el sobreseimiento por razones de oportunidad. Dicho sometimiento, en los sistemas de *guilty plea* o en el nuestro propio, de la «conformidad», reviste la forma procesal de la prueba de la **confesión**, toda vez que el acusado ha de reconocer, ante el Tribunal, expresamente su culpabilidad en el hecho punible, por lo que cabría afirmar que no es cierto que se adopten tales resoluciones ejecutivas sin la preexistencia de actividad probatoria alguna.

Esta argumentación, sin embargo, no la compartimos nosotros por varias y distintas razones: en primer lugar, porque requerir la «confesión» del imputado, para poder beneficiarse de una «rebaja de sanción» o de un sobreseimiento «bajo condición» podría vulnerar el «derecho a no confesarse culpables» del artículo 24.2 CE; en segundo, porque, en un sistema de libre valoración de la prueba, la «confesión» (o mejor, diríamos nosotros, la declaración del imputado) no puede gozar de valor privilegiado alguno, ni exonerar al juez de su deber de «practicar todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos» (art. 406 LECr); finalmente, porque, si se otorgara a la resolución judicial de suspensión del procedimiento el valor de una prueba de confesión, ante una pluralidad de imputados, de entre los que tan sólo alguno de ellos se hubiere acogido a tales beneficios, su «conformidad» podría estimarse como prueba de cargo contra los demás, en cuyo caso sí que se produciría una vulneración de la *presunción de inocencia* (el problema ya se ha planteado en Italia, con ocasión de la aplicación de la legislación antiterrorista a los *pentiti* o «*arrepentidos*»). Por tal razón, lo que se debe hacer en tales supuestos es abrir el juicio oral con respecto a los demás acusados, sin que quepa otorgar valor prejudicial o probatorio alguno a la declaración de voluntad de quienes se hayan acogido a aquellos beneficios.

Así pues, el fundamento de estas fórmulas de autocomposición procesal penal no hay que encontrarlo en la confesión o autoinculpación del imputado, sino en una de las posibles manifestaciones del derecho de defensa, cuyo ejercicio puede, en ocasiones, requerir el voluntario sometimiento a una determinada sanción o cumplimiento de una prestación, a fin de evitar los resultados inciertos del Juicio oral en el que se le puede irrogar una pena superior o más grave al acusado.

Por consiguiente, si a las razones de economía procesal se une, en los sistemas de transacción penal, el ejercicio del derecho constitucional de defensa no puede sostenerse la vulneración de la «presunción de inocencia» que, en cualquier caso, constituye una garantía instrumental del ejercicio de aquel derecho fundamental en materia probatoria, esto es, siempre y cuando el imputado no haya renunciado a su derecho a la apertura del juicio oral.

B) EL DERECHO DE DEFENSA

Los procedimientos penales simplificados descansan, pues, sobre el principio de **disponibilidad del derecho de defensa** o renuncia que asiste, en última instancia al acusado, a la celebración del juicio oral.

Esto afirmado, cabe preguntarse, en segundo lugar, si el ejercicio de este supuesto derecho puede conculcar otras manifestaciones del derecho constitucional a la defensa.

Como es sabido, el ejercicio de este derecho fundamental conlleva la exigencia de que en el proceso penal se cumplan las siguientes garantías: a) Puesta en conocimiento de la imputación a su sujeto pasivo a fin de que pueda eficazmente contestarla; b) Otorgamiento al acusado de la posibilidad de introducción de los hechos y de la realización de la actividad probatoria necesaria para desvirtuar la acusación, y c) Deber de congruencia penal de tal modo que el acusado no sea condenado por un hecho distinto al que ha constituido el objeto del juicio oral.

Pues bien, todas estas garantías pueden observarse escrupulosamente con la instauración de los procedimientos penales simplificados:

a) El derecho al previo conocimiento de la imputación puede estimarse cumplido si en un futuro procedimiento monitorio el legislador fuera celoso con el cumplimiento de las siguientes garantías:

b) Descripción en el auto provisional de ejecución del **hecho imputado**, de su calificación jurídica y de la sanción; b') puesta personal en conocimiento de dicha imputación provisional (cfr.: asunto *Colozza contra Italia*) e ilustración del derecho a la oposición y de todas las consecuencias, tanto favorables como desfavorables, que puede conllevar su ejercicio; c') la forma de dicha notificación lo habrá de ser en términos que comprende el imputado, de modo que, si es extranjero, se le habrá de facilitar un intérprete a costa del Estado (cfr. caso *Ostzurck contra la RFA*), y d') se le debe conferir un plazo prudencial al imputado a fin de que recabe el consejo de su Abogado.

c) El derecho a la solicitud de apertura del juicio se ha de configurar como un poder omnímodo del imputado, el cual no puede ser compelido a su renuncia mediante coacción o amenaza actual alguna. Una cosa es que al imputado se le informe de la posibilidad de irrogación de una pena más grave, caso de decidirse por la apertura del juicio oral, y otra muy distinta sería que se le arranque su renuncia al derecho a un proceso con todas las garantías mediante la conminación de adopción de inmediatas medidas de seguridad predictual (vgr.: clausura de establecimiento, suspensión de empleo, retirada provisional del permiso de conducción, etc.) o cautelar (vgr.: la prisión provisional) (cfr. caso *Deweer contra Bélgica*).

d) Finalmente, el deber de congruencia penal ha de garantizarse estableciendo la prohibición de que pueda enjuiciarse en la Sentencia un hecho penal distinto al reflejado en el auto provisional de ejecución, salvo que haya

sido objeto de modificación en el acto de acusación y siempre y cuando se le haya concedido un tiempo prudencial a la defensa para su contestación.

La afirmación de cierto sector doctrinal de que en el procedimiento monitorio se produce una derogación a la regla de la prohibición de la *reformatio in peius*, no se aprecia, si se piensa que el ejercicio del derecho de oposición del imputado no encierra medio de impugnación alguno, pues falta el electo devolutivo, consustancial al ejercicio de los recursos.

Más que una *reformatio in peius*, con la posibilidad de imponer una pena más grave al inculpado que ha decidido no aquietarse al auto de ejecución, lo que se produce en el procedimiento monitorio es una incongruencia *extra petita*.

Ahora bien, como es sabido, el objeto del proceso penal no queda determinado por el *quantum* de petición de pena solicitado por las partes acusadoras, ni siquiera existe deber de congruencia alguno entre la calificación del hecho punible realizada por el juez de Instrucción en el Auto de procesamiento y la sentencia. El único límite cuantitativo en la congruencia penal es el trazado por el núm. 4 del artículo 851 LECr, el cual, conforme a su interpretación jurisprudencial, faculta al Tribunal Sentenciador a recorrer la pena en toda su extensión, imponiendo incluso una pena más grave que la solicitada por las partes acusadoras, siempre y cuando se encuentre dentro del título de condena invocado por ellas o el Tribunal no haya hecho uso de la facultad contenida en el artículo 733.

El objeto del proceso penal es, tal y como ha reiterado recientemente el TC en su Sentencia 645/1986, de 29 de octubre, el *hecho punible*, por lo que el derecho a la obtención de una sentencia congruente con las pretensiones y, por tanto, el derecho de defensa, tan sólo se vulnera si el Tribunal en su Sentencia estima como probado un hecho que no ha sido objeto de acusación, defensa y de prueba dentro del juicio oral, situación que en momento alguno puede suceder en el procedimiento monitorio.

2. Obstáculos orgánicos

Réstanos por examinar los eventuales obstáculos orgánicos o de carácter procesal, existentes en nuestro ordenamiento, que pudieran dificultar la importación del principio de oportunidad.

Tales condicionamientos podrían situarse en la concepción del M. F. español y en la subsistencia de la acusación popular y privada.

A) EL M. F. ESPAÑOL

Con respecto a la configuración de nuestro M. F. podrían argüirse dos tipos de objeciones, la una constitucional y de naturaleza ordinaria la otra: su especial misión de la defensa de la legalidad y la ausencia de monopolio en el ejercicio de la acción penal.

a) *La defensa de la legalidad*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 124.1 de la C. E. «*el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad...*», prescripción que es reiterada por el núm. 2 del mismo precepto al establecer que el M. F. actúa con sujeción al principio de legalidad.

Si el M. F. tiene encomendado, por imperativo constitucional, la defensa de la legalidad, vulnerada por la comisión del delito, cabe preguntarse si ante la existencia de un hecho típico, culpable y punible, en el que consta la participación de un autor puede estar autorizado el M. F. español a solicitar un sobreseimiento por razones de oportunidad.

Enunciada la pregunta en tales términos no cabe duda de que la respuesta habría de ser forzosamente negativa. Pero lo que tampoco cabe desconocer es que la propia norma constitucional, junto a la defensa de la legalidad yuxtapone también «*la de los derechos de los ciudadanos y del interés público*». Todas estas defensas las asumirá simultáneamente el M. F. en la inmensa generalidad de los casos, solicitando el restablecimiento de la norma material infringida.

Pero puede suceder, ante determinados hechos punibles con escasa lesión social, que la pronta reparación a la víctima (amparado en el derecho «a la tutela» del art. 24.1), la rehabilitación del delincuente (finalidad perseguida por las «penas», art. 25.2 y, por ende, por las medidas cautelares penales) mediante medidas alternativas a la prisión provisional que eviten el «contagio criminal» y el derecho a un proceso «sin dilaciones indebidas» (art. 24.2) exijan el sobreseimiento de una instrucción, bajo determinadas condiciones, contra un autor conocido.

En tales supuestos la aplicación indiscriminada del principio de legalidad produciría una vulneración del derecho de tutela y del interés público tutelado por la Ley, derechos e intereses que también son amparados por la norma fundamental.

Ante este hipotético conflicto de intereses, más que de una aplicación indiscriminada del principio de legalidad habría que reclamar la interpretación

de dicho principio material de conformidad con el también principio constitucional de **igualdad** del artículo 14 y examinar si, en el caso concreto, la discriminación goza de una justificación **objetiva y razonable** suficiente para legitimar la suspensión de un procedimiento penal determinado.

Planteada la cuestión en tales términos, no debiera reputarse infracción al principio de legalidad la circunstancia de que una *notitia criminis* no llegue a constituirse en objeto de juicio oral, sino tan sólo cuando existiendo un interés público en la persecución de un hecho determinado y conocido por su autor, no se proceda a la apertura del juicio oral. Por consiguiente, pensamos que es posible cohonestar el principio de «legalidad» y los «derechos de los ciudadanos e interés público tutelado por la Ley», siempre que, en una futura reforma procesal penal, el nuevo Código Procesal Penal contemple unos motivos claros y seguros de sobreseimiento por razones de oportunidad, que en ningún caso puedan permitir la infracción del principio de «igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley».

b) *La ausencia de «oficialidad» de la acción penal*

Una segunda objeción, que podría formularse, frente a la instauración en nuestro país de los procedimientos penales simplificados, podría consistir en la inexistencia en nuestro ordenamiento del principio de la «oficialidad» de la acción penal.

En España, y a diferencia de los demás países de la Europa continental, el M. F. no goza del monopolio del ejercicio de la acción penal, sino que, tal y como dispone el artículo 101 LECr la acción penal es pública y popular, pudiendo constituirse, dentro de la fase instructora, en parte acusadora, tanto los «ofendidos» como los ciudadanos que, sin revestir tal cualidad, decidan erigirse en acusadores populares. Además, y como es sabido, también gozan de legitimación activa para el mantenimiento de la pretensión civil los «perjudicados» y actores civiles.

Ciertamente la existencia de todas estas partes «privadas» en el proceso penal español constituye un condicionamiento a la importación del principio de oportunidad, pues, en principio, parece que la «transacción» penal debiere transcurrir no sólo entre el M. F. y el imputado, sino también con los demás acusadores privados y actores civiles.

Sin embargo, esta conclusión sería precipitada. Siendo motivos de «interés público» los únicos que pueden justificar un sobreseimiento por razones de oportunidad y correspondiendo exclusivamente al M. F. «promover la acción de la justicia en defensa del interés público tutelado por la Ley», tan sólo está

legitimado para solicitar del órgano jurisdiccional dicho sobreseimiento el M. F. y no las demás partes privadas, que actúan bajo otros móviles y ostentan otros intereses en la esfera del proceso.

Pero que no se les deba reconocer a las partes privadas legitimación para solicitar esta especie de sobreseimiento, no significa que carezcan de interés legítimo para oponerse al mismo. Tal y como hemos tenido ocasión de examinar, una de las razones que justifican el sobreseimiento por razones de oportunidad es la «pronta reparación a la víctima». Por esta y otras razones, el Derecho comparado contiene procedimientos para tutelar tales derechos e incluso para salvaguardar el principio de legalidad: desde la *Klageerzwingungsverfahren* alemana o procedimiento para constreñir al M. F. a su sumisión al principio de legalidad hasta el derecho que asiste al acusador privado en Inglaterra y Países de Gales a sostener la acusación, cuando la autoridad pública le abandone, son todos ellos procedimientos que garantizan un recto equilibrio entre los principios de legalidad y oportunidad.

Por todas estas razones, y ante la existencia de facultades que nuestro ordenamiento confiere al ofendido en orden al sostenimiento de la acusación, ante la petición de sobreseimiento del MF (arts. 642, 644 y 645) o la de recurrir en apelación un Auto de sobreseimiento (art. 795.4) debieran, con mayor razón, ser mantenidas si se instaura el sobreseimiento por razones de oportunidad.

Distinta es la situación del mero perjudicado o actor civil, el cual naturalmente carece de legitimación para oponerse al referido sobreseimiento de la pretensión penal. Sin embargo, la tutela de su derecho de crédito debe económicamente ser amparado, si no ha sido puntualmente reparado, bien por la vía de otorgar la naturaleza del título civil de ejecución al auto de sobreseimiento (el cual ha de declarar la responsabilidad penal de su destinatario, generando para él antecedentes penales), bien facultándosele para obtener la apertura del juicio oral al único efecto de discutir la pretensión civil, tal y como contempla nuestra propia institución de la «conformidad» (arts. 655.5, 695 y 697.3).

CONCLUSIONES

1.^a Debiera adoptarse una política legislativa tendente a obtener el tratamiento rápido y simplificado de las **infracciones leves** a fin de que los órganos de persecución penal puedan concentrar su principal atención en aquellos hechos punibles que, por su gravedad o complejidad, han de merecer una mejor excitación del *ius puniendi* del Estado. Dicha política legislativa debe tener

por objeto la simplificación del procedimiento **administrativo y fundamentalmente el proceso penal.**

2.^a En el ámbito administrativo debiera instaurarse un nuevo procedimiento administrativo simplificado para el tratamiento de las infracciones «de orden», que haya sido *descriminalizadas* y, en general, para el de las infracciones al Código de circulación, pudiendo extenderse a la legislación fiscal o aduanera.

La sanción tipo de este nuevo procedimiento habría de ser la **multa** y sus principios serían muy similares a los del procedimiento penal monitorio: constatada una infracción de tales características, en la que está acreditado el hecho y la participación de su autor, la autoridad administrativa estaría legitimada a adoptar un *quantum* de multa, con arreglo a unos baremos normativamente fijados (por ejemplo, el 25 por 100 o el 50 por 100 de la multa máxima) sensiblemente inferior al que pueda disponer la autoridad judicial, caso de recurso. El administrado puede aquietarse a dicha oferta administrativa, en cuyo caso finaliza el procedimiento, o interponer el oportuno recurso contencioso-administrativo.

Tal procedimiento administrativo simplificado ha de estar presidido por las mismas garantías constitucionales que informan el procedimiento penal, con la sola excepción de la obligatoriedad de la asistencia técnica.

3.^a En el ámbito procesal penal las principales reformas que cabría adoptar en punto a obtener la agilización de la justicia penal podrían consistir en la instauración del principio de **oportunidad** y del **procedimiento penal monitorio.**

4.^a La importación del principio de oportunidad podría realizarse tanto en el momento del ejercicio de la acción penal como en el de la suspensión del procedimiento:

A) En el primero de ellos sería aconsejable una ampliación de los delitos *semipúblicos* a una buena parte de las *faltas* (hoy delitos leves).

B) También podría adoptarse el sobreseimiento por razones de oportunidad, siempre y cuando se observara el cumplimiento de determinadas garantías procesales, tendentes a impedir eventuales vulneraciones al principio de «igualdad» de todos los ciudadanos ante la Ley, a proteger el derecho de tutela que asiste a la víctima y el propio derecho de defensa. Más concretamente los criterios podrían ser los siguientes:

a) En cuanto a la competencia objetiva debiera tratarse de infracciones de escasa lesión social (vgr.: hasta 6 años de prisión).

b) *Subjetivamente* debiera aplicarse exclusivamente a imputados **sin antecedentes penales** y a fin de evitar el contagio criminal que la cárcel siempre supone. El sobreseimiento podría realizarse bajo el cumplimiento de determinadas condiciones (vgr.: el sometimiento del drogadicto a un procedimiento voluntario de curación, la realización de determinados trabajos sociales, la renuncia en favor del Estado de los beneficios obtenidos mediante la comisión del delito, etc.).

c) La **víctima** habría de ser pronta y previamente *reparada* con anterioridad al sobreseimiento.

d) Procedimentalmente, y a diferencia de la «conformidad», dicho sobreseimiento debiera tener lugar dentro de la instrucción. El imputado debiera solicitarlo voluntariamente (con la intervención necesaria de su Abogado), el M. F. habría de informar favorablemente y la Autoridad judicial disponerlo. En cualquier caso, debieran prohibirse cualquier género de transacciones entre las partes acusadoras y la defensa en punto a la determinación de la pena sustitutiva o condición a imponer por el Juez de Instrucción.

5.^a Pero, de todas las posibles reformas procesales penales, la que mayor economía produciría sería la instauración del **procedimiento penal monitorio**:

a) **Su competencia objetiva** habría de quedar ceñida a los delitos leves y a aquellos delitos con respecto a los cuales, si bien pueden llevar aparejadas una pena privativa de libertad (hasta «2 años de privación de libertad»), el ordenamiento faculta al juez a su sustitución por otra pena no privativa (vgr.: la multa, suspensión de derechos, del permiso de conducción, desintoxicación del drogadicto, etc.).

Las características que debiera revestir la *notitia criminis* han de ser, de un lado, la previa determinación del hecho punible y, de otro, la participación de su autor, lo que convierte a dicho procedimiento en idóneo para la persecución de los «delitos flagrantes» dentro de la enunciada competencia objetiva.

b) *Subjetivamente* este procedimiento tampoco ha de ser de aplicación a los *reincidentes*.

c) El procedimiento debiera comenzar mediante solicitud expresa del M. F. (para lo cual sería aconsejable que recibiera las denuncias de tales hechos punibles). Si el juez no accediera a dicha solicitud dará el curso correspondiente a las «diligencias previas», pero si la reputara procedente, dictará el **auto de ejecución** o «propuesta de sanción», la cual devendría firme si el imputado no formulara oposición en el plazo conferido.

d) El auto de ejecución ha de ceñirse exclusivamente a la sanción penal, la cual **nunca puede consistir en una pena privativa de libertad**. Si el perjudicado ejercitara su «acción civil», el juicio oral se abriría exclusivamente para el conocimiento de la pretensión civil de resarcimiento.

e) Dicho auto de ejecución habrá de **notificarse personalmente** al imputado y conferirle un plazo prudencial a fin de que pueda recabar el Consejo de un Abogado y formular su oposición.

f) El ejercicio del derecho de oposición (en el que el imputado no ha de estar obligado a concentrar alegación alguna) provocará la apertura del juicio oral, debiendo todas las partes formular sus escritos de acusación y de defensa.

g) No ha de existir congruencia cuantitativa alguna entre la Sentencia y la propuesta de sanción, realizada en el título de ejecución. Por consiguiente, caso de oposición, el juez podría recorrer la pena en toda su extensión, en la Sentencia, pudiendo incluso imponer una pena superior a la de aquella propuesta, siempre y cuando subsista la identidad del hecho punible.

ANEXO IV

EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN DE LAS PARTES PRIVADAS EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM DE 2011¹

I. PRELIMINAR: VALORACIÓN PERSONAL DEL ANTEPROYECTO

Como primera consideración preliminar quisiera destacar la valoración altamente positiva del Anteproyecto de LECrim de 2011, que debiera, tras las modificaciones pertinentes, convertirse en Ley, por cuanto puede contribuir a erradicar los males que aquejan a nuestra justicia penal (inquisitiva en la práctica, lenta e ineficaz) con un escrupuloso respeto a nuestra jurisprudencia constitucional.

Pero, en donde, en mi opinión, debieran efectuarse puntuales modificaciones es en el régimen de intervención de las partes privadas en el seno de la investigación, que habrá de efectuar el Ministerio Público.

II. LA INTERVENCIÓN DE LAS PARTES PRIVADAS

Como es sabido, la principal característica de nuestro proceso penal reside en el régimen de intervención de las partes privadas, el cual viene caracterizado, de un lado, en la inexistencia, en nuestro país, del monopolio de la acción penal por el M. F. y, de otro, en la posibilidad de acumulación de la acción civil a la dimanante de delito.

¹ Publicado en el Diario La Ley, núm. 7738, 2011.

Por ello, ha de diferenciarse el régimen de intervención de la defensa, del de las acusaciones, popular y particular.

III. LA DEFENSA

1. En la detención

Resulta muy loable que el Abogado pueda entrevistarse con su patrocinado con anterioridad a su primer interrogatorio policial (art. 173.4.a) o ante el M. F. (art. 250.b).

El plazo de la detención policial debiera, sin embargo, modificarse en consonancia con nuestra Constitución y legislación procesal. En el anteproyecto, si bien dicho plazo es el de setenta y dos horas, la necesidad de que el M. F. pueda interrogar al detenido ha llevado a dicho texto prenormativo a distinguir, un plazo de **cuarenta y ocho horas, en sede policial, y otro, de veinte y cuatro, ante el M. F.** (art. 1702. II y III).

A mi parecer, debieran invertirse los términos. Teniendo en cuenta que, de un lado, «*la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos...*» (art. 17.2 C. E.) y dichas averiguaciones, en lo que al detenido se refiere, se plasman en dos diligencias, su identificación y su interrogatorio, **no parece que la policía debiera** (so pena de convertir a la detención en ilegal) **retenerlo por encima del tradicional plazo de veinticuatro horas** previsto en el art. 496 LECrim. **Por el contrario**, al convertirse el M. F. en el Director de la Investigación y Jefe de la policía judicial, la cual habrá de actuar con intermediación y bajo sus órdenes inmediatas (arts. 425.1 y 456), **si hubiera que practicar el M. F. con el detenido otras diligencias** distintas a las anteriormente mencionadas (por ej., un careo o una inspección o intervención corporal), **debiera encontrarse ya a su disposición efectiva en las dependencias de la Fiscalía y no, en las de la Comisaría de Policía, lo que aconsejaría otorgarle un plazo de detención superior de cuarenta y ocho horas** hasta completar el de setenta y dos horas previsto en el art. 17.2 C. E.

2. En la investigación del M. F.

A diferencia del régimen vigente, en el que, como es sabido, el derecho de defensa surge al inicio del procedimiento con la imputación de parte (art. 118

LECrim) y deviene obligatoria «*desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada*» (art. 767 con arreglo a su redacción operada por la Ley 38/2002), en el Anteproyecto cabe diferenciar el derecho de defensa del detenido, el del inicialmente «investigado» y el del sometido a la primera comparecencia ante el M. F.

Con respecto a la asistencia letrada al detenido nada hay que objetar, pues el Anteproyecto se manifiesta respetuoso con el derecho de defensa.

No podemos, sin embargo, afirmar otro tanto en todo lo relativo a la defensa del investigado, ni siquiera con el sometido a la primera comparecencia.

A) EL INICIALMENTE INVESTIGADO

El inicialmente «investigado» no es el denunciado, a quien el Anteproyecto no le otorga todavía el derecho de defensa, ni siquiera el sospechoso policial, quien tampoco goza con plenitud de dicho derecho fundamental (el art. 446.5 tan sólo conmina a la policía a ilustrarle de sus derechos), sino **el sujeto pasivo de un Decreto del M. F. de apertura de la investigación** como consecuencia de la interposición en Fiscalía de una denuncia o un atestado (art. 457).

Aunque el Decreto del M. F. de iniciación de la investigación haya de ser notificado a la persona investigada, con ilustración de sus derechos (art. 457.3), dicha regla general sufre dos importantes limitaciones:

a) *La declaración de secreto*

La primera de ellas consiste en la declaración de secreto: «**Salvo que se haya acordado el secreto** –reza el art. 457.3– *el decreto de iniciación será notificado a la persona investigada*». «*Desde la primera comparecencia, salvo declaración de secreto, el abogado del investigado tendrá derecho a acceder al procedimiento y a examinar las piezas de convicción*» (art. 469).

Declaración de secreto que se somete a un estándar² **de apreciación discrecional y exclusiva del M. F.**, quien emite el pertinente Decreto, el cual

² De conformidad con lo dispuesto en el art. 485.1 la declaración de secreto instructorio sucede ante dos posibilidades: «a) Cuando exista un riesgo cierto de que el conocimiento o acceso a su contenido puede suponer la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba, y b) Cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación.» En tanto que el primer supuesto aparece manifiestamente justificado, el segundo es susceptible de mejora en su concreción (por ej.: para evitar la comunicación entre coimputados).

habrá de ser ratificado por Juez de garantías, pero que, a diferencia del régimen vigente en el que está sometido a un plazo temporal (de 1 mes: art. 302.2 LE-Crim), **en el Anteproyecto no tiene limitación temporal alguna. Y algo similar acontece con el secreto parcial en la intervención de las comunicaciones** (art. 274.3), en donde, al igual como acontece en la actualidad, el plazo es de tres meses, pero **prorrogable indefinidamente** (art. 282.1 y 2), lo que ocasiona, como es sabido, no pocos y clamorosos abusos en nuestra práctica forense.

En tales casos, el sacrificio del derecho de defensa es también total, toda vez que *«la declaración de secreto impedirá que las partes personadas, a excepción del Ministerio Fiscal, tomen conocimiento de las actuaciones e intervengan en las diligencias»* (art. 488.1). **Ausencia de publicidad para la defensa que alcanza incluso a la ocultación de los actos de investigación que fundamentan la petición de medidas cautelares**, tales como la petición de la prisión provisional (arts. 214.4, 226.5, 488.2); prohibición de comunicación de la imputación, que podría conculcar gravemente los derechos fundamentales a la libertad y de defensa³.

b) *La ausencia de identificación en la «investigación preliminar»*

Y la segunda de las enunciadas limitaciones acontece cuando el investigado todavía no está identificado. En tal supuesto, dispone el art. 463.1 que *«si al iniciarse el procedimiento no se conoce la identidad de los posibles responsables criminales o si no se dispone en ese momento de elementos suficientes para dirigir la investigación contra los señalados como tales en la denuncia o en el atestado policial, el fiscal, por sí o a través de la Policía Judicial, podrá practicar las diligencias necesarias para obtener los datos, informaciones, declaraciones y cualesquiera otros elementos que puedan servir para atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada.»* Nótese que el precepto se refiere a la «identificación» y no a la determinación del imputado, lo que confiere una cierta laxitud a la libertad de investigación por el M. F.

De esta «investigación preliminar» hay que excluir, sin embargo, dos supuestos: a) la del imputado detenido, el cual habrá de ser interrogado inmediatamente por el M. F. (art. 466. 1) y b) o cuando el M. F. haya de solicitar del Juez de garantías una *«diligencia de investigación que, de acuerdo con lo establecido en esta ley, requiera autorización judicial»* (art. 466.2), lo que ha de suceder ante la petición de cualquier resolución limitativa de los derechos fun-

³ STEDH, de 30 de marzo de 1989, caso «Lamy», contra Bélgica, SSTC 18/1999 y 12/2007...

damentales del investigado, que no requieran del secreto instructorio (vgr.: adopción de medidas cautelares). En tales supuestos, el Anteproyecto obliga al M. F. a realizar la «primera comparecencia».

Salvedad hecha de estos dos supuestos, en los que el M. F. ha de proceder al interrogatorio del imputado, en los demás, **la investigación del M. F. puede practicarse con absoluta comodidad y a espaldas del Abogado**, el cual podrá tomar conocimiento de las actuaciones cuando sea identificado y, en último caso, al término de la investigación, todo ello sin perjuicio de que el retraso injustificado en practicar la primera comparecencia pudiera provocar un sobreseimiento (art. 467⁴). **De aquí la conveniencia de establecer un plazo preclusivo**, con o sin prórroga (por ej.: un mes), **para la conclusión de esta investigación preliminar**, finalizado el cual, debiera dictarse el archivo provisional.

No obstante las prevenciones del art. 467 para evitar un retraso malicioso por el M. F. en la celebración de la primera comparecencia, lo cierto es que el sistema de plazos de conclusión de la investigación estimula dicha dilación. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 481, el plazo común para que el M. F. concluya su investigación es de 12 meses. Pero **dicho plazo no se computa desde el inicio de la investigación, sino desde la celebración de la primera comparecencia**, la cual viene a erigirse en una especie de auto de procesamiento, que, no obstante el deseo del legislador de la LECrim de convertirlo en presupuesto de la primera declaración indagatoria, desde siempre la práctica forense lo convirtió en la culminación del sumario.

Por ello, si en verdad de lo que se trata es de evitar las dilaciones indebidas en la instrucción y el retraso injustificado de la imputación con grave merma del derecho de defensa, **debiera el prelegislador**, de un lado y como se ha dicho, **establecer un plazo de conclusión de la investigación preliminar** y, de otro, **fijar como «dies a quo» del cómputo del plazo de duración de la instrucción el del Decreto de iniciación de la investigación.**

B) EL SOMETIDO A LA PRIMERA COMPARECENCIA

A diferencia del régimen vigente, en el que, como ha quedado dicho, del acto de iniciación de la instrucción hay que dar traslado al imputado para que ejercite su derecho de defensa, ninguna obligación del M. F. existe sobre el

⁴ Pero dicho retraso injustificado ha de provocar un «perjuicio relevante para la defensa», lo que tan sólo puede acontecer en los supuestos de prueba preconstituida, ya que, tratándose de actos meramente investigatorios, pueden estas diligencias ser solicitada en las «*diligencias complementarias*» y, en último término, ante el Juez de garantías (art. 494).

traslado de la denuncia, sino tan sólo, como se ha reiterado y en su caso, del Decreto de iniciación.

a) *Nacimiento del derecho de defensa*

El derecho de defensa surge, pues, con la «primera comparecencia del investigado». Es a partir de ese momento, en el de la citación del M. F. al imputado, para ser interrogado con ilustración de su derecho a comparecer con Abogado (art. 464.1. II), cuando surge el derecho de defensa: «*El investigado podrá designar o solicitar que se le designe abogado desde el momento en que se le cite para la primera comparecencia y, en todo caso, cuando se proceda a su detención*» (art. 37.3).

Momento a partir del cual está el Abogado autorizado, salvo declaración de secreto, a acceder al procedimiento, conocer las diligencias y el hecho investigado, entrevistarse con su patrocinado con anterioridad a su interrogatorio y proponer los actos de investigación que estime pertinentes (arts. 33, 469 y s.s.).

Pero la celebración de dicha primera comparecencia no está sometida a plazo preclusivo alguno. Tan sólo lo está en los dos casos anteriormente mencionados, esto es, cuando se haya trasladado al M. F. a un detenido o cuando haya de instar alguna medida limitativa de un derecho fundamental (art. 466.1 y 2, entendiéndose por tales también la adopción de una medida cautelar personal: art.466.1. III), en cuyos respectivos casos también la primera comparecencia se convierte en presupuesto de dicha solicitud.

Pero, **si el denunciado no hubiere sido sometido a una detención o medida cautelar, el M. F. podrá efectuar una investigación sin la presencia del Abogado** defensor en tanto perdure la investigación preliminar, a la que nos hemos referido supra. 2. A.b.

b) *Capacidad de postulación*

Tal y como dispone el art. 472, «*el investigado, por sí o a través del abogado designado para su defensa, podrá participar en la práctica de todos aquellos actos de investigación en los que esta ley expresamente prevea su intervención...*».

El problema es que el Anteproyecto tan sólo contempla, de una manera clara y diáfana, la intervención del Abogado en los **interrogatorios**, policial y

fiscal, de su patrocinado. En las demás diligencias, permanece su intervención en la más absoluta nebulosa, tal y como se examina a continuación:

a') Inspecciones e intervenciones corporales

De este modo, **ninguna intervención del Abogado se prevé en el régimen de adopción de las inspecciones e intervenciones corporales o en la obtención de perfiles de ADN** (arts. 255-267), diligencias todas ellas, con respecto a las cuales, si bien podría justificarse su ausencia en las inspecciones urgentes que deba practicar la policía judicial, ninguna justificación legítima la ausencia de intervención del Letrado en las demás que haya de practicar el M. F. Y, así, el defensor debiera poder formular las correspondiente alegaciones en las inspecciones íntimas y, sobre todo, en las intervenciones corporales, a cuya práctica está obligado a comparecer el imputado, pero no su Abogado.

b') Entrada y registro

Con respecto a la diligencia de «**registro domiciliario**» y por extensión el de «libros, papeles efectos y documentos»⁵, el Anteproyecto diferencia entre el imputado detenido y el investigado. En el primer caso, «*si el investigado está detenido, necesariamente concurrirá al registro asistido de abogado*». Pero, en el segundo, tan sólo está prevista la intervención del «investigado» (y no expresamente la de su Abogado), estando incluso excluida dicha presencia del sujeto pasivo de esta diligencia, cuando «... *la notificación previa ponga en peligro el resultado del registro, lo impida el secreto de las actuaciones o existan razones de urgencia que lo justifique...*» (art. 334.3). En mi opinión, dicha **exclusión de la defensa no garantiza la posibilidad de contradicción** de esta diligencia y, por tanto, puede degenerar en un mero acto investigador, lo que debiera ser un acto de prueba preconstituida⁶.

c') Incautación de archivos informáticos

⁵ El art. 344 considera esta diligencia como una mera extensión del registro.

⁶ Cfr.: SSTC 80/1986, 94/2002, de 22 de abril; ATS 15 de abril de 2004 –JUR 2004\130248–; STS 13 de febrero de 2004 –RJ 2004\2216–...

Un régimen similar contempla dicho texto con respecto a la diligencia de registro e incautación de datos y archivos informáticos (art. 347), con respecto a la cual también **silencia el Anteproyecto la intervención del Abogado**, muy posiblemente debido al peligro de destrucción de las fuentes de prueba. Pero, al igual que en el registro domiciliario, habría que diferenciar también aquí la diligencia de «entrada», de la de «registro»: la primera no debiera precisar, a fin de conjurar dicho riesgo, de la previa notificación al defensor, en tanto que la segunda desde siempre ha exigido la presencia del interesado (art. 569 LE-Crim), quien habrá de estar presente en la diligencia de registro, bajo sanción de nulidad del acto de prueba⁷. Por ello, y una vez efectuada la entrada, si el imputado no estuviera detenido, **debiera suspenderse la diligencia, notificar la práctica del registro por el medio más rápido posible a su Abogado y practicarlo**, siempre y cuando fuera posible, **en su presencia**.

d') Inspección ocular y reconstrucción de hechos

Mayor respeto al derecho de defensa merece la denominada «inspección ocular», en la que el art. 355 prevé la participación del «investigado»: *«El investigado si fuere conocido al tiempo de practicarse la diligencia, podrá participar en la inspección ocular asistido de letrado.»* Ello no obstante, la utilización del término «investigado» y no la tradicional de «imputado» puede generar la indebida conclusión de que las inspecciones oculares de la policía no requieren de la presencia del defensor, circunstancia que tan sólo podría legitimarse cuando dicho profesional no pueda ser habido. Por ello, **debiera el Anteproyecto prever la participación del Abogado también en sede policial, siempre y cuando no concurren razones especiales de urgencia**⁸ que hagan frustrar la práctica de esta diligencia.

⁷ STC 239/1999, de 20 de diciembre; SSTS 20 de marzo de 2003 –RJ 2003\2759–; 19 de noviembre de 2003 –RJ 2003\8184–; 14 de noviembre de 2003 –RJ 2003\8750–, 20 de octubre de 2003 –RJ 2003\7642–; 3 de abril de 2001 –RJ 2001\3342–; 30 de enero de 2001 –RJ 2001\1229–; 13 de marzo de 2000 –RJ 2000\1466–; 14 de noviembre de 2000 –RJ 2000\8716–; 2 de diciembre de 1998 –RJ 1998\10079– y ATS 4 de marzo de 2004 –JUR 2004\98458–

⁸ Cfr. la doctrina sustentada en el F. J. 5 de la STC 303/1993, de 25 de octubre, y de la que fui ponente: «En efecto, con respecto al acta de 19 de septiembre en la que se plasma la intervención de diez bolas de «hachís» en el interior del vehículo intervenido «dos días antes», por los funcionarios del cuerpo de la Guardia Civil, resulta obligado afirmar que, a diferencia del primer registro efectuado con resultado negativo el día 17 de septiembre, no concurre en él la nota de urgencia que dote del carácter de prueba a dicha diligencia de recogida de los elementos y efectos integrantes del cuerpo del delito. La dilación, por otra parte, en la realización de dicha diligencia hubiera debido permitir que a la misma acudieran los ocupantes del vehículo (a la sazón detenidos en las dependencias de la Comisaría del Cuerpo Superior de Policía de Irún) debidamente asistidos por sus Abogados, pues las exigencias lega-

Un régimen de intervención de la defensa similar a la inspección ocular contempla el art. 375 en lo referente a la diligencia de «reconstrucción de hechos».

e') Interrogatorio de testigos

En cuanto al interrogatorio de testigos, el Anteproyecto, consecuente con el principio de que los actos de investigación carecen de valor probatorio (art. 127.2), no prevé la intervención del defensor. Ello no obstante, si la declaración del testigo fuera, por razones de enfermedad o ausencia, «irrepetible», la presencia del Abogado se encuentra garantizada en su calidad de prueba anticipada o «aseguramiento de la prueba» (art. 512).

f') Examen pericial y designación de facultativos

Asimismo, parece respetuoso el Anteproyecto con el derecho de defensa en la práctica del examen pericial. Ciertamente la designación de peritos corre a cargo exclusivo del M. F. (art. 388). Pero la defensa puede proponer peritos privados (art. 392.2), recusar a los propuestos por y ante el M. F. y, en último término, ante el Juez de garantías durante la fase intermedia (art. 391), estando el Abogado expresamente autorizado a «...proponer aquellos puntos a los que debe extenderse el dictamen, aportar otros instrumentos o efectos para su análisis conjunto o designar un perito a su costa para que concurra al reconocimiento.» (art. 393).

También parece loable la posibilidad que tiene el investigado de designar un Médico que concurra a la práctica de la autopsia (art. 371) o que se encargue de dictaminar sobre la salud del paciente o los daños corporales (art. 398.2).

les establecidas para la recogida judicial de los efectos del delito, siempre que no concurran los referidos impedimentos de urgencia o necesidad, también deben ser cumplidas por la Policía judicial. No tuvieron, sin embargo, los recurrentes ocasión de hacerlo, ya que los agentes de policía no les comunicaron la realización de esta diligencia imposibilitando de este modo que quedara garantizada la posibilidad de contradicción. Así, pues, una vez **desaparecidas las expresadas razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción en la ejecución del registro del vehículo de los inculcados privan de valor probatorio al resultado de esta actuación policial** que debió haber motivado, en todo caso, la declaración testimonial en el juicio oral del funcionario de policía que practicó el registro del vehículo, lo que no se hizo.»

g') Diligencias solicitadas por la defensa

La letra «k» del art. 33.1 reconoce como derecho del investigado el de «*en todo caso, participar en los (actos de investigación) que él mismo solicite y sean acordados a su instancia.*»

Pero esta rotunda declaración sufre una importante restricción en el art. 472, conforme al cual dicha participación ha de circunscribirse a las diligencias «*que se practiquen a su instancia por orden del Juez de Garantías*». Así, pues, y de ser convertido en Ley en tales términos el Anteproyecto, **el M. F. podrá practicar**, si no las considera irrelevantes (art. 470), **los actos de investigación solicitados por la defensa, pero podrá denegar la intervención en ellos del Abogado**, sin perjuicio de que, en la fase intermedia, el Juez de garantías disponga su intervención, lo que, amén de antieconómico, entraña una manifiesta desconfianza hacia este colaborador de la Justicia.

3. Los recursos en la investigación

Con una redacción similar a la del art. 432, que, como se ha examinado, establece el régimen de intervención del Abogado en las diligencias que practique el M. F., el art. 492 viene a disponer también que «*los decretos dictados por el fiscal durante el procedimiento de investigación sólo podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías en los supuestos expresamente establecidos en esta ley.*»

Sucede, sin embargo, que, a diferencia de dicho régimen de intervención, que, aunque cicatero, contempla algunos supuestos de asistencia del Abogado, **no hemos encontrado**, fuera del Decreto de denegación de la solicitud de práctica de «diligencias complementarias» (que ha de suceder al término de la instrucción del Fiscal: art. 495.1), **supuesto alguno de impugnación, de los Decretos del M. F. por la defensa**, cuyo régimen es todavía más estricto que el de recursos de las partes acusadoras. Así, pues, desde el Decreto de iniciación de la investigación, pasando por la adopción de la totalidad de los actos instructorios o denegación de los propuestos por la defensa, las resoluciones sobre el procedimiento adecuado, adopción de medidas cautelares provisionales (detención, bloqueo de cuentas bancarias por razones de urgencia...), etc., son resoluciones del M. F. todas ellas, con respecto a las cuales no podría la defensa ejercitar medio de impugnación alguno, permaneciéndole, como

último remedio, la reproducción de su petición, durante la fase intermedia, ante el Juez de garantías.

Es cierto que los actos del M. F. no participan de la naturaleza jurisdiccional, por lo que no tienen por qué secundar idéntico régimen de recursos al de las actuales resoluciones judiciales, pero tampoco lo es menos que, ni siquiera en el procedimiento administrativo sancionador se le prohíbe al administrado ejercitar, contra las decisiones de la Administración, los recursos administrativos. Por ello, el Anteproyecto podía haber arbitrado un recurso de reforma contra determinadas resoluciones del M. F. y, habida cuenta de su estructura, incluso trasladar su petición al superior jerárquico. Pero, por razones de economía, ha convertido al Fiscal competente, más que en un Director, en un infalible **«Dueño absoluto de la investigación»**.

Como podrá observarse, el régimen de recursos de la defensa resulta ser inverso al del en la actualidad vigente. Si la reforma operada por la Ley 38/2002, a fin de erradicar las inquisiciones generales y los «Jueces estrella», estableció, como regla general, la de la impugnación, no devolutiva y devolutiva, de todos los autos del Juez de Instrucción *«que no estén exceptuados de recurso»* (art. 766.1 LECrim), en el Anteproyecto, su art. 492 invierte totalmente los términos con la agravante de que no autoriza expresamente a la defensa recurrir Decreto alguno del M. F.

Dicha omisión del prelegislador es particularmente grave a la hora de negar a la defensa la posibilidad de recurrir las resoluciones de imputación que van jalonando el procedimiento de investigación: la detención por el M. F., el Decreto de inicio de la investigación, la citación para la primera comparecencia e incluso el Decreto de conclusión de la investigación y apertura del plazo para formular acusación, que viene a cumplir una función similar a nuestro Auto de Transformación del Procedimiento Penal Abreviado, no son susceptibles de recurso: *«Contra el decreto que acuerde la continuación del procedimiento no cabe impugnación»* (art. 501.2. II).

Si a dicha prohibición se suma la posibilidad que tiene el M. F. de obtener, a través de sucesivas prórrogas, la indefinida intervención de las comunicaciones del imputado, la de decretar el secreto instructorio, la inexistencia de plazo para la conclusión de la investigación preliminar, el cómputo del plazo de la investigación desde la fecha de la primera comparecencia (y no, desde la iniciación de la investigación), etc., no parece que las prescripciones del Anteproyecto sobre el retraso injustificado del M. F. a celebrar la primera comparecencia (art. 467) o la prohibición de inquisiciones o «causas generales» (art. 428) y la de «investigaciones prospectivas» (art. 429) hayan de alcanzar una virtualidad efectiva, pudiendo convertirse en normas meramente

admonitivas. Antes al contrario, bien podría suceder (como en la actualidad acontece en el seno de las atípicas «Diligencias Indeterminadas») que un ciudadano tenga una investigación dirigida contra él, con sus teléfonos intervenidos, durante meses e incluso años, sin ni siquiera conocer el hecho punible que se le atribuye y el procedimiento penal que, en su contra, se estuviera incoando.

4. El juicio oral: el visionado de los soportes audiovisuales y la lectura de documentos

Por el contrario, a partir del escrito de acusación o «*ejercicio de la acción penal*», el Anteproyecto, como no podía ser de otra manera, es plenamente respetuoso con el derecho de defensa y con el principio de «igualdad de armas».

Loable resulta, a este respecto, la petición vinculante de sobreseimiento, cuando el hecho punible haya infringido «bienes jurídicos individuales» (art. 529.3)⁹, el «*sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación*» del art. 530, que plasma la doctrina constitucional sobre las declaraciones de coimputados y de testigos de referencia o el sobreseimiento por retraso injustificado de la acusación (art. 531), la exclusión de la prueba ilícita (art. 547), y la elaboración de los **testimonios**, únicamente destinados, al igual como acontece en la Ley del Jurado, a erigirse en actos de prueba (art. 540).

Ello no obstante, no debiera otorgarse este último carácter a «*los documentos e informes que obren en el procedimiento de investigación que hayan sido propuestos como prueba documental*», ni a la totalidad de los «*soportes audiovisuales o informáticos en los que consten las diligencias*», pues, por esta vía de la prueba documental, pueden entrar, en el juicio oral y en calidad de prueba de cargo, no pocos actos meramente instructorios.

Téngase en cuenta a este respecto que, de conformidad con lo establecido en el art. 119, todos los actos de carácter oral efectuados con la intervención del M. F. son susceptibles de grabación audiovisual. Pero una cosa es que, determinados actos de prueba preconstituida (así, por ej.: un registro domiciliario) o la declaración de un testigo expuesto a coacción (violencia de género, menores...), sean susceptibles de generar un acto de prueba anticipada y deban, por

⁹ Que consagra la doctrina del T. S. sobre los casos «Botín» y «Atutxa» (SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre y 54/2008, de 21 de enero).

tanto, ser grabados y otra muy distinta es que **el interrogatorio del investigado¹⁰ o el de los testigos¹¹ sean también grabados en soporte audiovisual.**

Ciertamente, el art. 591.1 tan sólo autoriza a visionar por el Tribunal las grabaciones de los supuestos constitutivos de una prueba preconstituida o anticipada, entre los que nunca se encontraría el interrogatorio del investigado o de los testigos. Pero, siendo ello así, ¿por qué efectuar la grabación?, ¿no puede estimular su resultado la ciencia privada del juez?

Con régimen similar al de la reproducción de los elementos audiovisuales contempla el Anteproyecto la lectura de documentos, supuesto que se reconduce a los actos irrepetibles, esto es, a la prueba preconstituida y anticipada (art. 591). Ello no obstante, el art. 592 permite la lectura de la declaración sumarial del testigo al único efecto de «*determinar la credibilidad de la declaración prestada por el testigo en el acto del juicio*», sin que pueda el tribunal fundar su sentencia condenatoria en una declaración testifical efectuada en la investigación.

Además, el art. 593 prohíbe la lectura de los demás actos de investigación, con lo que se excluiría, en particular, la lectura de la declaración del investigado, incluso en el supuesto de contradicciones entre la prestada en el juicio oral y la de la investigación, prescripción esta última que también nos merece un juicio altamente positivo, por cuanto erradicaría la inquisitiva jurisprudencia del T. S. sobre el valor de la confesión sumarial¹².

5. Los recursos ordinarios

Con independencia de los recursos contra los Decretos del Secretario, los cuales se rigen por la LEC (art. 616), el Anteproyecto distingue, de un lado, los

¹⁰ Art. 252.3: «*Sin perjuicio de lo anterior, la declaración será registrada en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen, transcribiéndose íntegramente su contenido cuando así sea ordenado por el fiscal o cuando lo solicite alguna de las partes.*»

¹¹ Art. 381.3: «*Sin perjuicio de lo anterior, la declaración será registrada en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen.*»

¹² Y, así, en la actualidad, preguntado acerca de sus contradicciones (art. 405 LECrim), el Tribunal podrá, apreciando con inmediatez sus gestos de turbación o sorpresa, formarse una íntima convicción acerca de cuál de las distintas declaraciones es la que haya de ser tenida como veraz. Pero el TS reconoce que el silencio del acusado en el juicio oral, en ejercicio de su derecho a no declarar, no impide que puedan ser valoradas las declaraciones prestadas en el sumario, practicadas con observancia de las garantías legales y constitucionales de esta prueba, siempre y cuando se proceda a la lectura, en el juicio oral, de su declaración sumarial (SSTS 30/2009, de 20 de enero, 20 de julio de 2006, 18 de febrero de 2004 –RJ 2004\1105–, 20 de septiembre de 2000 –RJ 2000\8007–) e incluso, sin proceder a su lectura, por prohibirlo el art. 46.5 de la Ley del Jurado, siempre y cuando exista confrontación entre tales declaraciones (STS de 7 de julio de 2010).

recursos contra resoluciones interlocutorias del Juez de Garantías y, de otro, el recurso de apelación contra las Sentencias.

A) LOS RECURSOS CONTRA AUTOS

Contra los autos del Juez de garantías, contempla dicho texto el impropia-mente denominado «*recurso de reforma*»; decimos que la denominación es inapropiada, porque, en realidad se trata de un recurso, que, aunque horizontal, es devolutivo, ya que conocen de él las Secciones de reforma de los Tribunales de Instancia, integradas por tres Magistrados.

Por ello, nos encontramos ante otro acierto más del legislador; conclusión a la que hay que llegar, si se repara en que su carácter devolutivo ofrece mayores garantías que el vigente recurso de reforma, del que conoce el propio órgano que dictó la resolución impugnada.

B) LOS RECURSOS CONTRA SENTENCIAS. EL RECURSO DE APELACIÓN

Pero el mayor de los aciertos, en esta materia, consiste en la introducción, por vez primera en nuestro ordenamiento, del **anhelado derecho del condenado a los recursos o al doble grado de jurisdicción**, que, previsto en los arts. 2.1.º del protocolo n.º 7 al CEDH y 14.5 del PIDCP de Nueva York, todavía permanece como la asignatura pendiente de nuestra democracia.

Ahora bien, no obstante su denominación de «*recurso de apelación*», en realidad se trata de un medio de impugnación que participa de una doble naturaleza: **ordinario de apelación, cuando lo interpone el condenado, y extraordinario, cuando decidan interponerlo las partes acusadoras.**

Mediante esta doble naturaleza, el Anteproyecto pretende cohonestar, de un lado, el mencionado derecho a los recursos del condenado establecido por los Pactos Internacionales y, de otro, la doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia y el principio de inmediación, la cual, como es sabido, impide la revisión de la valoración de las pruebas personales, cuando se trate de gravar en mayor medida al ya condenado¹³.

¹³ Cfr.: SSTEDH de 26 de mayo de 1988 –caso Ekbatani contra Suecia, § 32–; 29 de octubre de 1991 –caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39–; 29 de octubre de 1991 –caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28–; 29 de octubre de 1991 –caso Fejde contra Suecia, § 32–, de 27 de junio de 2000 –caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59–; Igual Coll contra España de 10 de marzo de 2009. STC del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre y SSTC 170, 197, 198, 200, 212 y 230/2002; 41, 47, 68,

a) *El recurso de apelación del condenado*

Se trata de una apelación «amplia», por cuanto el condenado, no sólo está autorizado a alegar «*hechos nuevos*» que haya podido conocer con posterioridad a la vista (art. 629.2), sino que también puede proponer nueva prueba sobre tales hechos viejos y desconocidos relevantes, a los que hay que adicionar los clásicos motivos de la apelación restringida (prueba que no pudo proponer, las propuestas e inadmitidas y las indebidamente denegadas).

La valoración que, en suma, nos parece esta regulación es, pues, altamente positiva.

b) *El recuso de «apelación» de la acusación*

Por el contrario, tratándose de la interposición del recurso por el M. F. o alguna de las partes acusadoras, nos encontramos, como ha quedado dicho, ante un recurso extraordinario, ya que tan sólo podrán interponerlo por los tasados motivos de «*infracción de ley sustantiva o procesal*», contemplados en los arts. 626-628.

Mediante esta nueva regulación, se trata, como se ha dicho, de cumplir con la doctrina del T. C. sobre la inmediación en la segunda instancia e impedir que el tribunal «*ad quem*» pueda revisar la valoración de las pruebas personales y gravar más al condenado de lo que ya lo estaba en la instancia.

Olvida, sin embargo, el prelegislador que dicha doctrina constitucional no es de necesaria aplicación para el enjuiciamiento de la pretensión civil, con respecto a la cual bien podía haberse arbitrado un auténtico recurso civil de apelación. Ante la inexistencia de un recurso de apelación contra el fallo civil, al perjudicado le quedarán tan sólo dos alternativas: a) reservar la acción civil para el proceso declarativo correspondiente, en el que podrá recorrer todas sus instancias o b) acumular la acción civil a la penal, debiendo saber entonces de antemano que la pretensión civil se dilucidará en un **proceso penal de instancia única**, en el que el Juez o tribunal de lo penal devendrá absolutamente soberano, tanto en la declaración de la existencia de su derecho

108, 189, 209/2003; 10, 12, 40, 50, 75, 94, 95, 96, 128, 192/2004, 200/2004, 324/2005, 307/2005, 285/2005, 282/2005, 272/2005, 267/2005, 208/2005, 186/2005, 178/2005, 170/2005, 168/2005, 143/2005, 130/2005, 119/2005, 116/2005, 113/2005, 112/2005, 111/2005, 105/2005, 59/2005, 43/2005, 27/2005, 19/2005, 306/2006, 340/2006, 328/2006, 217/2006, 114/2006, 95/2006, 91/2006, 80/2006, 74/2006, 24/2006, 8/2006, 164/2007, 142/2007, 137/2007, 126/2007, 43/2007, 29/2007, 15/2007, 11/2007, 16 y 120/2009, 30/2010...; STS 380/2010, de 4 de mayo, ATC 28/2010, de 8 de febrero...

de crédito, como en el «*quantum*» de la indemnización civil, lo que puede contribuir a estimular la arbitrariedad de los órganos penales de instancia.

c) *El recurso de casación*

Una vez consagrado el derecho a la segunda instancia penal, el recurso de casación puede ya ser configurado, como así ha hecho el Anteproyecto, en un auténtico recurso extraordinario.

La técnica elegida por el prelegislador a este respecto ha sido la del conservador recurso «*por unificación de doctrina*» (art. 642), que sería procedente contra todas las Sentencias dictadas por los tribunales de segunda instancia, pero sin establecer suma de gravamen alguna, lo que permitiría a la Sala de lo Penal del T. S. emanar su necesaria doctrina legal ante todo tipo de delito, evitándose de esta manera los actuales vacíos jurisprudenciales, lo que también resulta muy plausible.

IV. LA ACUSACIÓN POPULAR Y PARTICULAR

La intervención de los acusadores, populares o particulares, en calidad de partes principales no sucede en el Anteproyecto, **sino a partir del ejercicio de la acción penal mediante el escrito de acusación** (art. 520), momento éste que además es preclusivo para su entrada en el procedimiento.

Pero su capacidad de postulación durante la investigación del M. F. es muy limitada hasta el punto de que **no puede predicarse siquiera su estatus de coadyuvante o de parte subordinada**, puesto que su intervención queda circunscrita a facilitar al M. F. información que sea relevante para la investigación (art. 478), a conocer, salvo declaración de secreto, las actuaciones que puedan practicarse (art. 477) y a proponer diligencias (art. 479) que, caso de ser denegadas, podrán ser trasladada su petición de práctica al término de la investigación y ante el Juez de garantías. En particular, **no se les autoriza a participar en la práctica de las diligencias del M. F.** De esta última regla, el art. 480 tan sólo exceptúa las «*que se practiquen a su instancia por orden del Juez de Garantías*» y los actos de «*aseguramiento de una fuente de prueba*», es decir, los actos de prueba anticipada que pudieran celebrarse ante el Juez de garantías.

1. La acusación popular

De la acusación popular se ocupan los arts. 81 y s.s., cuyas innovaciones más sobresalientes son las que a continuación se relacionan: a) la adición, al catálogo de **prohibiciones para el ejercicio de la acción popular, de los «partidos políticos y los sindicatos»** (art. 82.1.d), exclusión que, si bien resulta plenamente justificada en el primero de los enunciados casos (ante el abusivo fenómeno de la «judicialización de la vida pública»), no debiera ser secundada con respecto a las entidades sindicales, las cuales debieran estar legitimadas para el ejercicio, al menos, de la acción penal en los delitos contra los derechos de los trabajadores; b) en segundo lugar, **la exclusión**, de conformidad con la doctrina del T. S.¹⁴, **de la posibilidad de que el acusador popular pueda ejercitar también la acción civil** (art. 83.3), cuya justificación es clara: al no ostentar el acusador popular relación alguna con el hecho punible y no soportar, por tanto, perjuicio alguno en su esfera patrimonial, ni tiene interés legítimo o directo para reclamar la reparación de los efectos lesivos de carácter patrimonial —ya que la legitimación civil activa ha de reservarse al perjudicado—, ni le asiste legitimación para solicitar una condena en costas, y c) finalmente, la **exigencia de que el acusador popular justifique un «interés legítimo»** (art. 84), ausencia que permitiría su exclusión por el Juez de garantías en la fase de investigación (arts. 84.3, 476 y 536); prescripción que también nos parece muy loable, ante la proliferación, en estos últimos tiempos, de querellas «populares» que esconden meros intereses espurios.

Pero esta última positiva calificación no puede reclamarse de la configuración, que el Anteproyecto efectúa, de los «intereses legítimos» en relación con la tutela de los **intereses colectivos o difusos**, con respecto a los cuales el número primero del art. 66 establece que, «*cuando la infracción penal atente exclusivamente contra intereses públicos o colectivos, no se reconocerá la condición de víctima, a los efectos de esta ley, a ninguna persona o ente, público o privado*», prohibición de la que, acto seguido y como es natural, ha de exonerar a las Administraciones y Hacienda Pública.

De dicha regla general exceptúa, sin embargo, las entidades privadas portadoras de dichos intereses difusos, las cuales accederían al proceso en calidad de acusadores populares: «*las entidades y organizaciones privadas que tengan por objeto la protección o defensa de intereses difusos o generales relacionados con el bien jurídico tutelado en la norma penal podrán ejercer la acción*

¹⁴ SSTS 2 de diciembre de 1991 –RJ1991/8940–; 8 de abril de 1994 –RJ 1994/2905–; 29 de enero de 1996 –RJ 1996/276–...

popular en los términos previstos en la presente ley.» En tal supuesto, dispone el art. 536.2. II que «...no será necesaria la presentación de querrela.»

A mi juicio, este régimen de intervención de dichas entidades como acusadores populares y no particulares, que podría tener algún fundamento en la doctrina establecida en la STS 54/2008, de 21 de enero (caso «Atutxa») ¹⁵, no se justifica por varias y distintas razones: en primer lugar, porque tendrían que satisfacer fianza; en segundo, porque no podrían ejercitar la acción civil con manifiesto menosprecio de lo establecido en el art. 11 LEC y derogación del régimen de la acción civil acumulada al proceso penal y finalmente, porque su estatus de acusador popular les excluiría de la petición vinculante de sobreseimiento contenida en el art. 529.3: *«En los delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos individuales, cuando ni el Ministerio Fiscal ni la víctima ejerciten la acción penal, el Juez de la Audiencia Preliminar dispondrá el sobreseimiento de las actuaciones aunque existan acusaciones populares personadas que hayan interesado la apertura del juicio oral.»* Pero, tratándose de los protección de intereses colectivos y difusos, si tanto el M. F., en su calidad de defensor de la legalidad y del interés público, como las entidades portadoras de tales intereses estiman que no procede la apertura del juicio oral, ¿qué sentido tiene proceder a dicha apertura?, ¿qué parte acusadora sostendría entonces en el juicio oral la pretensión penal?

Por ello, creo que el régimen de dichos acusadores populares debiera ser, previa su determinación ¹⁶, el contrario: **debieran comparecer en calidad de ofendidos con todo su estatus de acusadores privados**, poder ejercer, tanto la acción penal, como la civil derivada del delito, sin prestación de caución alguna y vincular, junto al M. F., al órgano judicial en la petición de sobreseimiento.

¹⁵ *«Y es precisamente en este ámbito (en el de la persecución de los delitos que afectan de modo especial a intereses supraindividuales) en el que se propugna el efecto excluyente, donde la acción popular puede desplegar su función más genuina. Tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público.»*

¹⁶ Y, así, sin ningún ánimo exhaustivo, podrían citarse las siguientes entidades: a) Todas las personas jurídico públicas y privadas para la defensa de los derechos fundamentales de sus asociados; b) Los sindicatos para la persecución de los delitos contra los derechos de los trabajadores; c) Las asociaciones de consumidores y usuarios contempladas en el art. 11 de la Ley 1/2000 para la defensa de los mismos; d) Las asociaciones para la protección de los derechos de los extranjeros para los delitos cometidos contra sus derechos; e) Las de vecinos para perseguir los delitos contra la ordenación del territorio cometidos dentro de su demarcación municipal; f) Las histórico-artísticas para la defensa del patrimonio histórico, y g) Las de protección del medio ambiente para la persecución de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, la flora, fauna y animales domésticos y los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes.

2. La acusación particular

A diferencia del acusador popular, que ha de comparecer mediante que-rella ante el Juez de garantías, el particular lo ha de hacer mediante un escrito, dirigido al M. F. «*en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite de presentación del escrito de acusación*» (arts. 77.1 y 473). Es más, también y a diferencia del acusador popular, tanto la policía judicial, como el M. F. le han de efectuar, en el curso de la investigación, el ofrecimiento de acciones, debiendo la víctima manifestar, si las ejerce ambas o se reserva el ejercicio de la acción civil (arts. 77.2 y 76).

Pero su régimen de intervención no difiere de la del acusador popular. Tal y como se ha avanzado (supra. IV) su papel es del **mero colaborador del M. F.**, ya que puede facilitar información, instarle la práctica de diligencias y conocer, salvo declaración de secreto, las actuaciones, pero no se le autoriza a participar en su ejecución (arts. 477-480). Es cierto que, dentro del estatuto de la víctima se le reconoce su derecho a estar presente en el juicio oral (art. 70.2.b), a ser oída (art. 71) y a actuar como acusador particular «*en los casos y en la forma que establece esta ley*»; pero tampoco lo es menos que **el Anteproyecto no le concede, durante la investigación, estatus de parte alguna, fuera de la de declarar como testigo. La víctima es, pues, más objeto que sujeto de la investigación.**

Este régimen procesal de equiparación de la intervención del acusador popular al del particular no se cohonesta con la doctrina constitucional sobre la acción penal del ofendido, pues, aunque ambas, acción penal popular y particular, contengan un «*ius ut procedatur*», la primera, prevista en el art. 125 C. E. encierra un derecho constitucional de configuración legal, mientras que **el ejercicio de la acción penal por la víctima del delito**, en tanto que titular del bien jurídico protegido y del derecho de crédito a obtener la reparación del daño ocasionado por el delito, **se encuentra prevista en el art. 24.1 C. E.**¹⁷ **y se erige, pues, en un auténtico derecho fundamental.**

Pero el Anteproyecto, con manifiesto olvido de dicha doctrina constitucional e incluso de lo dispuesto en el art. 71.1¹⁸, no contempla siquiera el de-

¹⁷ «... mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 C. E. y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del art. 24.1 C. E. en cuanto que perjudicado por la infracción penal.» (SSTC 62/1983, 34/1994 y 50/1998).

¹⁸ «*La víctima del delito tiene derecho a ser oída*», dispone el art. 71.1. Ello no obstante, de la lectura de su párrafo segundo no se infiere que deba serlo ante el M. F.: «*A estos efectos, podrá prestar declaración en el curso de la investigación, aunque no haya sido citada, compareciendo ante la Policía Judicial o ante la Oficina de Atención a las Víctimas.*»

recho de la víctima, con la intervención de su Abogado, a ser escuchada por el M. F., no sólo en todo lo referente a la comisión del hecho punible, sino también en la determinación y valoración de los daños ocasionados por su comisión en punto a ejercitar la acción civil en su nombre o a obtener, a través de la mediación del M. F., una rápida y satisfactoria reparación.

Es más, en esta última materia, no se sabe, a ciencia cierta, si el derecho de la víctima a ser oída (art. 159.3.b. II) lo ha de ser ante el M. F. o ante los «equipos de mediación», a quienes el M. F. les delegaría esta importante función. Y algo similar acontece con el archivo por razones de oportunidad, que a diferencia de la suspensión del procedimiento por dicha causa, en el que se contempla expresamente la audiencia previa del ofendido (art. 150.2.c), nada dice a este respecto el art. 149, convirtiendo a esta nueva especie de sobreseimiento por razones de oportunidad en una facultad soberana del M. F.

En líneas generales, el Anteproyecto se inclina por un control «*a posteriori*», por parte del ofendido, de los actos del M. F. de abandono de la acción penal; control posterior del ofendido, que, a modo del procedimiento alemán para la constricción al Ministerio Público al ejercicio de la acción penal («*Kla-geerzwingungsverfahren*»), consiste en acudir al Juez de garantías para obtener el sometimiento del M. F. al principio de legalidad (arts. 154, 499).

Las diferencias, sin embargo, entre aquel procedimiento para constreñir al M. F. al estricto cumplimiento del principio de legalidad debieran ser notables, toda vez que, en la R. F. A., el M. F. ostenta, desde siempre, el monopolio en el ejercicio de la acción penal, en tanto que, en nuestro país, la acción penal desde siempre ha sido y debiera seguir siendo pública, popular y particular.

Por tanto, **debiera el Anteproyecto otorgar otro régimen distinto al acusador particular y conferirle, al igual que la defensa, todo el estatus de parte principal.** Y, así, debiera ser asistida por un intérprete gratuito, poder formular alegaciones con anterioridad a cualquier decisión de mediación o de sobreseimiento, instar, ante el M. F., la práctica de la totalidad de los actos instructorios y los relativos a la futura pieza de responsabilidad civil e intervenir con su Abogado en la práctica de dichas diligencias.

V. CONCLUSIONES

Posiblemente, en aras de la celeridad y la eficacia, el Anteproyecto ha menguado notablemente, durante la instrucción, el vigente régimen de intervención, tanto de la defensa, como del acusador popular y privado, hasta el

punto de configurar al M. F., más que un Director de la investigación, en un dueño absoluto de ella.

Por ello, y si se desea mantener las conquistas habidas durante nuestra democracia en materia de defensa y de participación popular en la justicia penal, preciso será acometer determinadas reformas puntuales en el Anteproyecto, que paso a describir a continuación:

1. El plazo ordinario de la detención policial debiera reducirse a 24 horas y el de la del M. F. ampliarse a 48, hasta completar el de 72 horas previsto en el art. 17.2 C. E.

2. A fin de evitar las inquisiciones generales es necesario establecer límites temporales, tanto al secreto instructorio, como al de la intervención de las comunicaciones, que, a través de sucesivas prórrogas, pueden convertir a la instrucción en indefinida con absoluto menosprecio del derecho de defensa.

3. La declaración de secreto no debiera alcanzar a la ocultación de la imputación en la solicitud de medidas cautelares.

4. Igualmente debiera establecerse un plazo para la conclusión de la «investigación preliminar» del M. F., que, una vez concluido, habría de ocasionar una resolución de archivo provisional.

5. El «*dies a quo*» para el cómputo del plazo de la investigación principal del M. F. no debiera computarse desde la celebración de la primera comparecencia del investigado, sino desde la fecha del Decreto de iniciación de la investigación.

6. El derecho de defensa debiera surgir desde la detención y desde el Decreto de iniciación de la investigación por el M. F. y no desde la primera comparecencia del imputado.

7. El Abogado defensor debiera poder participar, no sólo en los actos de aseguramiento de la prueba, sino también, y salvo declaración de secreto instructorio, en la totalidad de los actos de investigación, cuya práctica acuerde el M. F. En especial, debiera poder asistir a los actos de investigación que la defensa solicite y a los actos de prueba preconstituida, tales como la diligencia de registro domiciliario e incautación de archivos informáticos o las inspecciones e intervenciones corporales que no revistan carácter urgente.

8. Todos los Decretos del M. F. debieran poder ser impugnados por la defensa en reforma y los que conlleven un juicio de imputación, cuales son: los Decretos de inicio de la investigación, el de citación para la primera comparecencia y el de conclusión de la investigación, debieran ser susceptibles de impugnación por la defensa, mediante un recurso de alzada, ante el superior jerárquico competente.

9. No debieran erigirse en «testimonios» los actos de investigación, ni la totalidad de los soportes audiovisuales o informáticos, sino tan sólo los constitutivos de un acto de prueba preconstituida o anticipada, practicadas con todas las garantías.

10. No debiera ser grabado en soporte audiovisual el interrogatorio del imputado en Comisaría o ante el M. F., sino tan sólo el prestado, en calidad de prueba anticipada y con presencia del Abogado, ante el Juez de garantías.

11. En materia de recursos contra la parte civil dispositiva de la sentencia, y a fin de evitar el arbitrio judicial, debieran erradicarse los procesos penales de instancia única. Para el logro de este objetivo, sería conveniente disponer que el fallo civil pueda ser impugnado a través de los recursos previstos en la LEC.

12. No debiera prohibirse a los sindicatos el ejercicio de la acción popular, sino concederles legitimación como acusadores privados para el ejercicio de la acción penal en los delitos contra los derechos de los trabajadores.

13. Asimismo, las asociaciones y entidades portadoras de derechos colectivos y difusos debieran comparecer como «ofendidos» en calidad de acusadores particulares.

14. No puede equipararse el régimen de intervención del acusador particular con el popular, pues, si bien este último ejercita un derecho constitucional de configuración legal del art. 125 C. E., el ofendido es el titular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24.1 C. E.

15. Por consiguiente, la víctima, no sólo debiera ser siempre oída por el M. F., sino que, al igual que la defensa, se le debiera también reconocer todo su estatus de parte principal. Y, así, debiera ser asistida por un intérprete gratuito, poder formular alegaciones con anterioridad a cualquier decisión de mediación o de sobreseimiento, instar, ante el M. F., la práctica de la totalidad de los actos instructorios y los relativos a la futura pieza de responsabilidad civil e intervenir con su Abogado en la práctica de dichas diligencias.

ANEXO V

EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LOS ANTEPROYECTOS DE REFORMA DE LA LECRIM¹

I. INTRODUCCIÓN

En sendos artículos, publicados en el diario «La Ley» durante los años 2011 y 2014 e intitulados respectivamente «*El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim de 2011*» y «*Estudio comparado del régimen de intervención de las partes privadas en los anteproyectos de LECrim de 2011 y 2013*», tuve ocasión de comentar el distinto régimen procesal de las partes privadas en el Anteproyecto de nueva LECrim de 2011, elaborado en el seno del Ministerio de Justicia que presidía Camaño, y el de 2013, publicado cuando era Ministro, D. Rafael Catalá Polo.

En el presente trabajo, partiendo de lo publicado en dichos artículos de revista, me voy a circunscribir exclusivamente al derecho fundamental de defensa, sobre el que efectuaré una valoración crítica de ambos textos prelegislativos. Pero antes conviene precisar que, aunque el texto de 2013 no llegó a convertirse en Anteproyecto, por lo que merece la calificación de «borrador», a ambos los denominaremos como tales, utilizando la siglas Ap./2011 para designar al de Camaño y Ap./2013 para el de Catalá.

¹ Artículo publicado en el *Diario La Ley*, 2015.

II. EL ANTEPROYECTO DE 2011

1. Valoración personal

Como primera consideración preliminar quisiera destacar la valoración altamente positiva que me merece el Anteproyecto de LECrim de 2011, el cual debió, tras las modificaciones pertinentes, convertirse en Ley, por cuanto pudo contribuir a erradicar los males que aquejan a nuestra justicia penal (inquisitiva en la práctica, lenta e ineficaz) con un escrupuloso respeto a nuestra jurisprudencia constitucional.

La realidad nos confirma, sin embargo, que ello no ha sucedido con ninguno de los dos Anteproyectos, permaneciendo, como asignatura pendiente, la elaboración del Código Procesal Penal del Siglo XXI.

No obstante dicha valoración global positiva, debieran efectuarse puntuales modificaciones en el régimen de intervención de la defensa en la detención, en la investigación del M. F., en el juicio oral y en los recursos.

2. La detención

Resultaba muy loable la previsión del Ap./2011, conforme a la cual el Abogado ha de poder entrevistarse con su patrocinado con anterioridad a su primer interrogatorio policial (art. 173.4.a) o ante el M. F. (art. 250.b), tal y como ha sancionado el nuevo art. 118.2. II introducido por la L. O. 5/2015.

El plazo de la detención policial debió, sin embargo, haberse modificado en consonancia con nuestra Constitución y legislación procesal. En el AP./2011, si bien dicho plazo es el de **setenta y dos horas**, la necesidad de que el M. F. pueda interrogar al detenido llevó a dicho texto prenormativo a distinguir, un plazo de **cuarenta y ocho horas, en sede policial, y otro, de veinte y cuatro, ante el M. F.** (art. 1702. II y III).

A mi parecer, debiera haberse invertido los términos. Teniendo en cuenta que, según lo dispuesto en el art. 17.2 C. E., «*la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos...*» y dichas averiguaciones, en lo que al detenido se refiere, se plasman en dos diligencias, la de su identificación y su interrogatorio, **no parece que la policía debiera** (so pena de convertir a la detención en ilegal) **retenerlo por encima del tradicional plazo de veinticuatro horas** previsto en el art. 496 LECrim.

Por el contrario, al convertirse el M. F. en el Director de la Investigación y Jefe de la policía judicial, la cual habrá de actuar bajo sus órdenes inmediatas (arts. 425.1 y 456), **si hubiera que practicar el M. F. con el detenido otras diligencias** distintas a las anteriormente mencionadas (por ej., un careo o una inspección o intervención corporal), **debiera encontrarse ya a su disposición efectiva en las dependencias de la Fiscalía y no, en las de la Comisaría de Policía, lo que aconsejaría otorgarle un plazo de detención superior de cuarenta y ocho horas** hasta completar el de setenta y dos horas previsto en el art. 17.2 C. E.

3. La investigación del M. F.

A diferencia del régimen vigente, en el que, como es sabido, el derecho de defensa surge al inicio del procedimiento con la imputación de parte (art. 118 LECrim) y deviene obligatoria «*desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada*» (art. 767 con arreglo a su redacción operada por la Ley 38/2002), en el Ap./2011, había de distinguir el derecho de defensa del detenido, el del inicialmente «investigado» y el del sometido a la primera comparecencia ante el M. F.

Con respecto a la asistencia letrada al detenido y con independencia del sistema de plazos de la detención al que nos hemos referido, nada había que objetar, pues el Anteproyecto se manifestaba respetuoso con el derecho de defensa.

No podemos, sin embargo, afirmar otro tanto en todo lo relativo a la defensa del investigado, ni siquiera con el sometido a la primera comparecencia.

A) EL INICIALMENTE INVESTIGADO:

El inicialmente «investigado» no era el denunciado, a quien el Anteproyecto no le otorgaba todavía el derecho de defensa, ni siquiera el sospechoso policial, quien tampoco gozaba con plenitud de dicho derecho fundamental (el art. 446.5 tan sólo conmina a la policía a ilustrarle de sus derechos), sino **el sujeto pasivo de un Decreto del M. F. de apertura de la investigación** como consecuencia de la interposición en la Fiscalía de una denuncia o de un atestado (art. 457).

Aunque el Decreto del M. F. de iniciación de la investigación había de ser notificado a la persona investigada, con ilustración de sus derechos (art. 457.3), dicha regla general sufría dos importantes limitaciones:

a) *La declaración de secreto*

La primera de ellas consistía en la declaración de secreto: «**Salvo que se haya acordado el secreto** –reza el art. 457.3– *el decreto de iniciación será notificado a la persona investigada*». «*Desde la primera comparecencia, salvo declaración de secreto, el abogado del investigado tendrá derecho a acceder al procedimiento y a examinar las piezas de convicción*» (art. 469).

Declaración de secreto que se sometía a un estándar² **de apreciación discrecional y exclusiva del M. F.**, quien había de emitir el pertinente Decreto, el cual habría de ser ratificado por Juez de garantías, pero que, a diferencia del régimen vigente, en el que dicha declaración está sometido a un plazo temporal (de 1 mes: art. 302.2 LECrim), **en el Anteproyecto no tenía limitación temporal alguna. Y algo similar acontecía con el secreto parcial en la intervención de las comunicaciones** (art. 274.3), en donde, al igual como acontece en la actualidad, el plazo era de tres meses, pero **prorrogable indefinidamente** (art. 282.1 y 2), en tanto que, en la actualidad, tiene un límite máximo de 18 meses (art. 588 ter «g» LECrim).

En tales casos, el sacrificio del derecho de defensa era también total, toda vez que «*la declaración de secreto impedirá que las partes personadas, a excepción del Ministerio Fiscal, tomen conocimiento de las actuaciones e intervengan en las diligencias*» (art. 488.1). **Ausencia de publicidad para la defensa que alcanzaba incluso a la ocultación de los actos de investigación que fundamentan la petición de medidas cautelares**, tales como la petición de la prisión provisional (arts. 214.4, 226.5, 488.2); prohibición de comunicación de la imputación, que podría conculcar gravemente los derechos fundamentales a la libertad y de defensa³.

b) *La ausencia de identificación en la «investigación preliminar»*

Y la segunda de las enunciadas limitaciones había de acontecer cuando el investigado todavía no estuviera identificado. En tal supuesto, disponía el art. 463.1 que «*si al iniciarse el procedimiento no se conoce la identidad de*

² De conformidad con lo dispuesto en el art. 485.1 la declaración de secreto instructorio sucedía ante dos posibilidades: «*a) Cuando exista un riesgo cierto de que el conocimiento o acceso a su contenido puede suponer la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba, y b) Cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación.*» En tanto que el primer supuesto aparecía manifiestamente justificado, el segundo era susceptible de mejora en su concreción (por ej.: para evitar la comunicación entre coinvestigados).

³ STEDH, de 30 de marzo de 1989, caso «Lamy», contra Bélgica, SSTC 18/1999 y 12/2007...

los posibles responsables criminales o si no se dispone en ese momento de elementos suficientes para dirigir la investigación contra los señalados como tales en la denuncia o en el atestado policial, el fiscal, por sí o a través de la Policía Judicial, podrá practicar las diligencias necesarias para obtener los datos, informaciones, declaraciones y cualesquiera otros elementos que puedan servir para atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada.» Nótese que el precepto se refiere a la «identificación» y no a la determinación del imputado, lo que confiere una cierta laxitud a la libertad de investigación por el M. F.

De esta «*investigación preliminar*» había que excluir, sin embargo, dos supuestos: a) la del imputado detenido, el cual habría de ser interrogado inmediatamente por el M. F. (art. 466. 1) y b) o cuando el M. F. hubiera de solicitar del Juez de garantías una «*diligencia de investigación que, de acuerdo con lo establecido en esta ley, requiera autorización judicial*» (art. 466.2), lo que había de suceder ante la petición de cualquier resolución limitativa de los derechos fundamentales del investigado, que no requieran del secreto instructorio (vgr.: adopción de medidas cautelares). En tales supuestos, el Anteproyecto obligaba al M. F. a realizar la «primera comparecencia».

Salvedad hecha de estos dos supuestos, en los que el M. F. había de proceder al interrogatorio del investigado, en los demás, **la instrucción del M. F. podía practicarse con absoluta comodidad y a espaldas del Abogado**, el cual habría de tomar conocimiento de las actuaciones cuando su patrocinado fuera identificado y, en último caso, al término de la investigación, todo ello sin perjuicio de que el retraso injustificado en practicar la primera comparecencia pudiera provocar un sobreseimiento (art. 467⁴).

No obstante las prevenciones del art. 467 para evitar un retraso malicioso por el M. F. en la celebración de la primera comparecencia, lo cierto es que el sistema de plazos de conclusión de la investigación estimulaba dicha dilación. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 481, el plazo común para que el M. F. concluyera su investigación era de 12 meses. Pero **dicho plazo no se computaba desde el inicio de la investigación, sino desde la celebración de la primera comparecencia**, la cual venía a erigirse en una especie de auto de procesamiento, que, no obstante el deseo del legislador de la LECrim de convertirlo en presupuesto de la primera declaración indagatoria, desde siempre la práctica forense lo convirtió en la culminación del sumario.

⁴ Pero dicho retraso injustificado había de provocar un «perjuicio relevante para la defensa», lo que tan sólo podía acontecer en los supuestos de prueba preconstituida, ya que, tratándose de actos meramente investigatorios, podían estas diligencias ser solicitada en las «*diligencias complementarias*» y, en último término, ante el Juez de garantías (art. 494).

Por ello, si en verdad de lo que se trata era de evitar las dilaciones indebidas en la instrucción y el retraso injustificado de la imputación con grave merma del derecho de defensa, **hubiera debido el prelegislador**, de un lado, **establecer un plazo de conclusión de la investigación preliminar** y, de otro, **fijar como «dies a quo» del cómputo del plazo de duración de la instrucción el del Decreto de iniciación de la investigación.**

B) EL SOMETIDO A LA PRIMERA COMPARECENCIA

A diferencia del régimen vigente, en el que, como ha quedado dicho, del acto de iniciación de la instrucción hay que dar traslado al investigado para que ejercite su derecho de defensa, ninguna obligación del M. F. existía sobre el traslado de la denuncia, sino tan sólo, como se ha reiterado, el del Decreto de iniciación.

a) *Nacimiento del derecho de defensa*

En el Ap./2011, el derecho de defensa surge, pues, con la «primera comparecencia del investigado». Es a partir de ese momento, en el de la citación del M. F. al investigado, para ser interrogado con ilustración de su derecho a comparecer con Abogado (art. 464.1. II), cuando había de surgir el derecho de defensa: *«El investigado podrá designar o solicitar que se le designe abogado desde el momento en que se le cite para la primera comparecencia y, en todo caso, cuando se proceda a su detención»* (art. 37.3).

Momento a partir del cual estaba el Abogado autorizado, salvo declaración de secreto, a acceder al procedimiento, conocer las diligencias y el hecho investigado, entrevistarse con su patrocinado con anterioridad a su interrogatorio y proponer los actos de investigación que estime pertinentes (arts. 33, 469 y s.s.).

Pero la celebración de dicha primera comparecencia no estaba sometida a plazo preclusivo alguno. Tan sólo lo estaba en los dos casos anteriormente mencionados, esto es, cuando se hubiera trasladado al M. F. a un **detenido** o cuando éste había de instar alguna **medida limitativa de un derecho fundamental** (art. 466.1 y 2, entendiéndose por tales actos también la adopción de una medida cautelar personal (art.466.1. III), en cuyos respectivos casos también la primera comparecencia se convertía en presupuesto de dicha solicitud.

Pero, si el denunciado no hubiera sido sometido a una detención o medida cautelar, el M. F. podía efectuar una investigación sin la presencia

del Abogado defensor en tanto perdurara la investigación preliminar, a la que nos hemos referido supra 3.A.

b) *Capacidad de postulación*

Tal y como disponía el art. 472 del Ap./2011, «*el investigado, por sí o a través del abogado designado para su defensa, podrá participar en la práctica de todos aquellos actos de investigación en los que esta ley expresamente prevea su intervención...*».

El problema era que el Anteproyecto tan sólo contemplaba, de una manera clara y diáfana, la intervención del Abogado en los **interrogatorios**, policial y fiscal, de su patrocinado. En las demás diligencias, permanecía su intervención en la más absoluta nebulosa, tal y como se examina a continuación:

a') *Inspecciones e intervenciones corporales*

De este modo, **ninguna intervención del Abogado se preveía en el régimen de adopción de las inspecciones e intervenciones corporales o en la obtención de perfiles de ADN** (arts. 255-267), diligencias todas ellas, con respecto a las cuales, si bien podría justificarse su ausencia en las inspecciones urgentes que deba practicar la policía judicial, ninguna justificación legítima la ausencia de intervención del Letrado en las demás que haya de practicar el M. F. Y, así, al defensor se le debía haber autorizado a estar presente y poder formular las correspondientes alegaciones en la recogida de la muestra indubitada de ADN, en las inspecciones íntimas y, sobre todo, en las intervenciones corporales, a cuya práctica, según el Ap./2011, estaba obligado a comparecer el investigado, pero no su Abogado.

b') *Entrada y registro*

Con respecto a la diligencia de «**registro domiciliario**» y, por extensión, a la intervención de «**libros, papeles efectos y documentos**»⁵, el Anteproyecto diferenciaba entre el imputado detenido y el investigado. En el primer caso, «*si el investigado está detenido, necesariamente concurrirá al registro asistido de*

⁵ El art. 344 consideraba esta diligencia como una mera extensión del registro.

abogado». Pero, en el segundo, tan sólo estaba prevista la intervención del «investigado» (y no expresamente la de su Abogado), estando incluso excluida dicha presencia del sujeto pasivo de esta diligencia, cuando «... *la notificación previa ponga en peligro el resultado del registro, lo impida el secreto de las actuaciones o existan razones de urgencia que lo justifique...*» (art. 334.3). En mi opinión, dicha **exclusión de la defensa tampoco garantizaba la posibilidad de contradicción** de esta diligencia y, por tanto, podía degenerar en un mero acto investigador, lo que debiera haber sido un acto de prueba preconstituida⁶.

c') Incautación de archivos informáticos

Un régimen similar contemplaba dicho texto con respecto a la diligencia de registro e incautación de datos y archivos informáticos (art. 347), con respecto a la cual también **silenciaba el Ap./2011 la intervención del Abogado**, muy posiblemente debido al peligro de destrucción de las fuentes de prueba. Pero, al igual que en el registro domiciliario, el Ap./2011 debió haber diferenciado también aquí la diligencia de «entrada», de la de «registro»: la primera no debiera precisar, a fin de conjurar dicho riesgo, de la previa notificación al defensor, en tanto que la segunda desde siempre ha exigido la presencia del interesado (art. 569 LE-Crim), quien habrá de estar presente en la diligencia de registro, bajo sanción de nulidad del acto de prueba⁷. Por ello, y una vez efectuada la entrada, si el imputado no estuviera detenido, **debió el Ap./2011 haber previsto la suspensión de la diligencia, notificar la práctica del registro por el medio más rápido posible al Abogado y practicarla**, siempre y cuando fuera posible, **en su presencia**.

d') Inspección ocular y reconstrucción de hechos

Mayor respeto al derecho de defensa merece la denominada «inspección ocular», en la que el art. 355 del Anteproyecto prevé la participación del «investigado»: «*El investigado si fuere conocido al tiempo de practicarse la diligencia, podrá participar en la inspección ocular asistido de letrado.*» Ello no

⁶ Cfr.: SSTC 80/1986, 94/2002, de 22 de abril; ATS 15 de abril de 2004 –JUR 2004\130248–; STS 13 de febrero de 2004 –RJ 2004\2216–...

⁷ STC 239/1999, de 20 de diciembre; SSTS 20 de marzo de 2003 –RJ 2003\2759–; 19 de noviembre de 2003 –RJ 2003\8184–; 14 de noviembre de 2003 –RJ 2003\8750–, 20 de octubre de 2003 –RJ 2003\7642–; 3 de abril de 2001 –RJ 2001\3342–; 30 de enero de 2001 –RJ 2001\1229–; 13 de marzo de 2000 –RJ 2000\1466–; 14 de noviembre de 2000 –RJ 2000\8716–; 2 de diciembre de 1998 –RJ 1998\10079– y ATS 4 de marzo de 2004 –JUR 2004\98458–

obstante, la determinación del investigado exclusivamente como **sujeto pasivo de un Decreto del M. F. de apertura de la investigación** (art. 457. *Vide supra* II.2. A) podía haber generado la indebida conclusión de que las inspecciones oculares de la policía no requerían de la presencia del defensor, circunstancia que tan sólo podría legitimarse cuando dicho profesional no pueda ser habido. Por ello, **debió el Anteproyecto haber previsto la participación del Abogado también en sede policial, siempre y cuando no concurren razones especiales de urgencia**⁸ que hagan frustrar la práctica de esta diligencia.

Un régimen de intervención de la defensa similar a la inspección ocular contempla el art. 375 en todo lo referente a la diligencia de «reconstrucción de hechos».

e') Interrogatorio de testigos

En cuanto al interrogatorio de testigos, el Anteproyecto, consecuente con el principio de que los actos de investigación carecen de valor probatorio (art. 127.2), **no preveía la intervención del defensor**. Ello no obstante, si la declaración del testigo fuera, por razones de enfermedad o ausencia, «irrepetible», la presencia del Abogado se encontraba garantizada en su calidad de prueba anticipada o «aseguramiento de la prueba» (art. 512).

f') Examen pericial y designación de facultativos

Parece respetuoso el Anteproyecto con el derecho de defensa en la práctica del examen pericial. Ciertamente la designación de peritos había de correr

⁸ Cfr. la doctrina sustentada en el F. J. 5 de la STC 303/1993, de 25 de octubre y de la que fui ponente: «En efecto, con respecto al acta de 19 de septiembre en la que se plasma la intervención de diez bolas de «hachís» en el interior del vehículo intervenido «dos días antes», por los funcionarios del cuerpo de la Guardia Civil, resulta obligado afirmar que, a diferencia del primer registro efectuado con resultado negativo el día 17 de septiembre, no concurre en él la nota de urgencia que dote del carácter de prueba a dicha diligencia de recogida de los elementos y efectos integrantes del cuerpo del delito. La dilación, por otra parte, en la realización de dicha diligencia hubiera debido permitir que a la misma acudieran los ocupantes del vehículo (a la sazón detenidos en las dependencias de la Comisaría del Cuerpo Superior de Policía de Irún) debidamente asistidos por sus Abogados, pues las exigencias legales establecidas para la recogida judicial de los efectos del delito, siempre que no concurren los referidos impedimentos de urgencia o necesidad, también deben ser cumplidas por la Policía judicial. No tuvieron, sin embargo, los recurrentes ocasión de hacerlo, ya que los agentes de policía no les comunicaron la realización de esta diligencia imposibilitando de este modo que quedara garantizada la posibilidad de contradicción. Así, pues, una vez **desaparecidas las expresadas razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción en la ejecución del registro del vehículo de los inculpados privan de valor probatorio al resultado de esta actuación policial** que debió haber motivado, en todo caso, la declaración testimonial en el juicio oral del funcionario de policía que practicó el registro del vehículo, lo que no se hizo».

a cargo exclusivo del M. F. (art. 388); pero la defensa podía proponer peritos privados (art. 392.2), recusar a los propuestos por y ante el M. F. y, en último término, ante el Juez de garantías durante la fase intermedia (art. 391), estando el Abogado expresamente autorizado a «...*proponer aquellos puntos a los que debe extenderse el dictamen, aportar otros instrumentos o efectos para su análisis conjunto o designar un perito a su costa para que concurra al reconocimiento*» (art. 393).

También parece loable la posibilidad que tendría el investigado de designar un Médico que concurriera a la práctica de la autopsia (art. 371) o que se encargara de dictaminar sobre la salud del paciente o los daños corporales (art. 398.2).

g') Diligencias solicitadas por la defensa

La letra «k» del art. 33.1 reconocía como derecho del investigado el de «*en todo caso, participar en los (actos de investigación) que él mismo solicite y sean acordados a su instancia.*»

Pero esta rotunda declaración sufría una importante restricción en el art. 472, conforme al cual dicha participación había de circunscribirse a las diligencias «*que se practiquen a su instancia por orden del Juez de Garantías*». Así, pues, y de haber sido convertido en Ley en tales términos el Anteproyecto, **el M. F. hubiera podido practicar**, si no las considerara irrelevantes (art. 470), **los actos de investigación solicitados por la defensa, pero hubiera podido denegar, en ellos, la intervención del Abogado**, sin perjuicio de que, en la fase intermedia, el Juez de garantías hubiera dispuesto su intervención, lo que, amén de antieconómico, entrañaba una manifiesta desconfianza hacia este colaborador de la Justicia.

C) LOS RECURSOS EN LA INVESTIGACIÓN

Con una redacción similar a la del art. 432 Ap./2011 (que, como se ha examinado, establece el régimen de intervención del Abogado en las diligencias que practique el M. F.), el art. 492 vino a disponer también que «*los decretos dictados por el fiscal durante el procedimiento de investigación sólo podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías en los supuestos expresamente establecidos en esta ley.*»

Sucedía, sin embargo, que, a diferencia de dicho régimen de intervención, que, aunque cicatero, contemplaba algunos supuestos de asistencia del Abogado, **no hemos encontrado**, fuera del Decreto de denegación de la solicitud de práctica de «diligencias complementarias» (que había de suceder al término de la instrucción del Fiscal: art. 495.1), **supuesto alguno de impugnación, de los Decretos del M. F. por la defensa**, cuyo régimen era todavía más estricto que el de los recursos de las partes acusadoras. Así, desde el Decreto de iniciación de la investigación, pasando por la adopción de la totalidad de los actos instructorios o de denegación de los propuestos por la defensa, las resoluciones sobre el procedimiento adecuado, adopción de medidas cautelares provisionalísimas (detención, bloqueo de cuentas bancarias por razones de urgencia...), etc., son resoluciones del M. F. todas ellas, con respecto a las cuales no hubiera podido la defensa ejercitar medio de impugnación alguno, permaneciéndole, como último remedio, la reproducción de su petición, durante la fase intermedia, ante el Juez de garantías.

Es cierto que los actos del M. F. no participan de la naturaleza jurisdiccional, por lo que no tienen por qué secundar idéntico régimen de recursos al de las actuales resoluciones judiciales; pero tampoco lo es menos que, ni siquiera en el procedimiento administrativo sancionador se le prohíbe al administrado ejercitar, contra las decisiones de la Administración, los recursos administrativos. Por ello, el Ap./2011 podía haber arbitrado un recurso de reforma contra determinadas resoluciones del M. F. y, habida cuenta de su estructura, incluso poder trasladar el defensor su petición al superior jerárquico. Pero, por razones de economía, decidió convertir al Fiscal competente, más que en un Director, en un infalible **«Dueño absoluto de la investigación»**.

Como podrá observarse, el régimen de recursos de la defensa resultaba ser inverso al del en la actualidad vigente. Si la reforma operada por la Ley 38/2002, a fin de erradicar las inquisiciones generales con sus «Jueces estrella» incluidos, estableció, como regla general, la de la impugnación, no devolutiva y devolutiva, de todos los autos del Juez de Instrucción *«que no estén exceptuados de recurso»* (art. 766.1 LECrim), en el Anteproyecto, su art. 492 invertía totalmente los términos con la agravante de que no autorizaba expresamente a la defensa recurrir Decreto alguno del M. F.

Dicha omisión del prelegislador era particularmente grave a la hora de negar a la defensa la posibilidad de recurrir las resoluciones de impugnación que iban jalonando el procedimiento de investigación: la detención por el M. F., el Decreto de inicio de la investigación, la citación para la primera comparecencia e incluso el Decreto de conclusión de la investigación y apertura del plazo para formular acusación, que viene a cumplir una función simi-

lar a nuestro Auto de Transformación del Procedimiento Penal Abreviado, no eran susceptibles de recurso («*Contra el decreto que acuerde la continuación del procedimiento no cabe impugnación*» –art. 501.2. II–).

Si a dicha prohibición se sumaba la posibilidad que tenía el M. F. de obtener, a través de sucesivas prórrogas, la indefinida intervención de las comunicaciones del imputado, la de decretar el secreto instructorio, la inexistencia de plazo para la conclusión de la investigación preliminar, el cómputo del plazo de la investigación desde la fecha de la primera comparecencia (y no, desde la iniciación de la investigación), etc., no parece que las prescripciones del Anteproyecto sobre el retraso injustificado del M. F. a celebrar la primera comparecencia (art. 467) o la prohibición de inquisiciones o «causas generales» (art. 428) y la de «investigaciones prospectivas» (art. 429) hubieran de alcanzar una virtualidad efectiva, pudiendo convertirse en normas meramente admonitivas. Antes al contrario, bien podría haber sucedido (como en la actualidad desgraciadamente todavía acontece en el seno de las atípicas «Diligencias Indeterminadas») que un ciudadano tuviera una investigación dirigida contra él, con sus teléfonos intervenidos, durante meses e incluso años, sin ni siquiera conocer el hecho punible que se le hubiera atribuido y el procedimiento penal que, en su contra, se estuviera incoando.

4. El juicio oral: el visionado de los soportes audiovisuales y la lectura de documentos

Si como se infiere de lo anteriormente expuesto, la investigación (preliminar y principal) del M. F. ha de merecer la calificación de **inquisitiva**, el Ap./2011, a partir del escrito de acusación o «*ejercicio de la acción penal*», como no podía ser de otra manera, era plenamente respetuoso con el derecho de defensa y con el principio de «igualdad de armas».

Loable resulta, a este respecto, la petición vinculante de sobreseimiento, cuando el hecho punible haya infringido «bienes jurídicos individuales» (art. 529.3)⁹, el «*sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación*» del art. 530, que plasma la doctrina constitucional sobre las declaraciones de coimputados y de testigos de referencia o el sobreseimiento por retraso injustificado de la acusación (art. 531), la exclusión de la prueba ilícita

⁹ Que consagra la doctrina del T. S. sobre los casos «Botín» y «Atutxa» (SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre y 54/2008, de 21 de enero).

(art. 547), y la elaboración de los **testimonios**, únicamente destinados, al igual como acontece en la Ley del Jurado, a erigirse en actos de prueba (art. 540).

Ello no obstante, no debería haberse otorgado este último carácter a «*los documentos e informes que obren en el procedimiento de investigación que hayan sido propuestos como prueba documental*», ni a la totalidad de los «*sportes audiovisuales o informáticos en los que consten las diligencias*», pues, por esta vía de la prueba documental, podrían entrar, en el juicio oral y en calidad de prueba de cargo, no pocos actos meramente instructorios.

Téngase en cuenta a este respecto que, de conformidad con lo establecido en el art. 119 Ap./2011, todos los actos de carácter oral efectuados con la intervención del M. F. habían de ser susceptibles de grabación audiovisual. Pero una cosa es que, determinados actos de prueba preconstituida (así, por ej.: un registro domiciliario) o la declaración de un testigo expuesto a coacción (violencia de género, menores...), sean aptos para generar un acto de prueba anticipada y deban, por tanto, ser grabados y otra muy distinta es que **el interrogatorio del investigado¹⁰ o el de los testigos¹¹ hubieran de ser también grabados en soporte audiovisual.**

Ciertamente, el art. 591.1 tan sólo autorizaba a visionar por el Tribunal las grabaciones de los supuestos constitutivos de una prueba preconstituida o anticipada, entre los que nunca se encontraría el interrogatorio del investigado o de los testigos. Pero, siendo ello así, ¿por qué había de efectuarse la grabación de estas pruebas personales?, ¿no podía estimular su resultado la ciencia privada del juez?

Con un régimen similar al de la reproducción de los elementos audiovisuales contemplaba el Anteproyecto la lectura de documentos, supuesto que se reconducía a los actos irrepetibles, esto es, a la prueba preconstituida y anticipada (art. 591). Ello no obstante, el art. 592 permitía la lectura de la declaración sumarial del testigo al único efecto de «*determinar la credibilidad de la declaración prestada por el testigo en el acto del juicio*», sin que hubiera podido el tribunal fundar su sentencia condenatoria en una declaración testifical efectuada en la investigación.

Además, el art. 593 prohibía la lectura de los demás actos de investigación, con lo que se excluiría, en particular, la lectura de la declaración del investigado, incluso en el supuesto de contradicciones entre la prestada en el

¹⁰ Art. 252.3: «*Sin perjuicio de lo anterior, la declaración será registrada en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen, transcribiéndose íntegramente su contenido cuando así sea ordenado por el fiscal o cuando lo solicite alguna de las partes.*»

¹¹ Art. 381.3: «*Sin perjuicio de lo anterior, la declaración será registrada en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen.*»

juicio oral y la de la investigación, prescripción esta última que también nos merece un juicio altamente positivo, por cuanto habría contribuido a erradicar la inquisitiva jurisprudencia del T. S. sobre el valor de la confesión sumarial ¹².

5. Los recursos ordinarios

Con independencia de los recursos contra los Decretos del Letrado de la Administración de Justicia, los cuales se rigen por la LEC (art. 616), el Anteproyecto distinguía, de un lado, los recursos contra resoluciones interlocutorias del Juez de Garantías y, de otro, el recurso de apelación contra las Sentencias.

A) LOS RECURSOS CONTRA AUTOS

Contra los autos del Juez de garantías, contemplaba dicho texto el impropiaamente denominado «*recurso de reforma*»; decimos que la denominación es inapropiada, porque, en realidad se trataba de un recurso, que, aunque horizontal, era devolutivo, ya que hubieran conocido de él las Secciones de reforma de los Tribunales de Instancia, integradas por tres Magistrados.

Por ello, nos encontramos ante otro acierto más del prelegislador; conclusión a la que hay que llegar, si se repara en que su carácter devolutivo ofrece mayores garantías que el vigente recurso de reforma, del que conoce el propio órgano que dictó la resolución impugnada.

B) LOS RECURSOS CONTRA SENTENCIAS: EL RECURSO DE APELACIÓN

Pero el mayor de los aciertos, en esta materia, consiste en la introducción, por vez primera en nuestro ordenamiento, del **anhelado derecho del condenado a los recursos o al doble grado de jurisdicción**, que, previsto en los

¹² Y, así, en la actualidad, preguntado acerca de sus contradicciones (art. 405 LECrim), el Tribunal podrá, apreciando con inmediatez sus gestos de turbación o sorpresa, formarse una íntima convicción acerca de cuál de las distintas declaraciones es la que haya de ser tenida como veraz. Pero el TS reconoce que el silencio del acusado en el juicio oral, en ejercicio de su derecho a no declarar, no impide que puedan ser valoradas las declaraciones prestadas en el sumario, practicadas con observancia de las garantías legales y constitucionales de esta prueba, siempre y cuando se proceda a la lectura, en el juicio oral, de su declaración sumarial (SSTS 30/2009, de 20 de enero, 20 de julio de 2006, 18 de febrero de 2004 –RJ 2004\1105–, 20 de septiembre de 2000 –RJ 2000\8007–) e incluso, sin proceder a su lectura, por prohibirlo el art. 46.5 de la Ley del Jurado, siempre y cuando exista confrontación entre tales declaraciones (STS de 7 de julio de 2010).

arts. 2.1.º del protocolo n.º 7 al CEDH y 14.5 del PIDCP de Nueva York, ha sido recientemente introducido, por obra de la Ley 41/2015, en el nuevo art. 846 ter.

Ahora bien, no obstante su denominación de «*recurso de apelación*», en realidad se trataba de un medio de impugnación que participaba de una doble naturaleza: **ordinario de apelación, cuando lo había de interponer el condenado, y extraordinario, cuando hubieran decidido interponerlo las partes acusadoras.**

Mediante esta doble naturaleza, el Ap./2011 pretendía cohonestar, de un lado, el mencionado derecho a los recursos del condenado establecido por los Pactos Internacionales y, de otro, la doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia y el principio de inmediación, la cual, como es sabido, impide la revisión de la valoración de las pruebas personales, cuando se trate de gravar en mayor medida al ya condenado¹³.

a) *El recurso de apelación del condenado*

Se trataba de una apelación «amplia», por cuanto el condenado, no sólo estaría autorizado a alegar «*hechos nuevos*» que haya podido conocer con posterioridad a la vista (art. 629.2), sino que también hubiera podido proponer nueva prueba sobre tales hechos nuevos relevantes, a los que hay que adicionar los clásicos motivos de la apelación restringida (prueba que no pudo proponer, las propuestas e inadmitidas y las indebidamente denegadas).

b) *El recuso de «apelación» de la acusación*

Ahora bien, tratándose de la interposición del recurso por alguna de las partes acusadoras, nos encontrábamos, como ha quedado dicho, ante un recurso extraordinario, ya que tan sólo hubieran podido interponerlo por los tasados

¹³ Cfr.: SSTEDH de 26 de mayo de 1988 –caso Ekbatani contra Suecia, § 32–; 29 de octubre de 1991 –caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39–; 29 de octubre de 1991 –caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28–; 29 de octubre de 1991 –caso Fejde contra Suecia, § 32–, de 27 de junio de 2000 –caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59–; Igual Coll contra España de 10 de marzo de 2009. STC del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre y SSTC 170, 197, 198, 200, 212 y 230/2002; 41, 47, 68, 108, 189, 209/2003; 10, 12, 40, 50, 75, 94, 95, 96, 128, 192/2004, 200/2004, 324/2005, 307/2005, 285/2005, 282/2005, 272/2005, 267/2005, 208/2005, 186/2005, 178/2005, 170/2005, 168/2005, 143/2005, 130/2005, 119/2005, 116/2005, 113/2005, 112/2005, 111/2005, 105/2005, 59/2005, 43/2005, 27/2005, 19/2005, 306/2006, 340/2006, 328/2006, 217/2006, 114/2006, 95/2006, 91/2006, 80/2006, 74/2006, 24/2006, 8/2006, 164/2007, 142/2007, 137/2007, 126/2007, 43/2007, 29/2007, 15/2007, 11/2007, 16 y 120/2009, 30/2010...; STS 380/2010, de 4 de mayo, ATC 28/2010, de 8 de febrero...

motivos de «*infracción de ley sustantiva o procesal*», contemplados en los arts. 626-628.

Mediante esta nueva regulación, pretendía el prelegislador, como se ha dicho, cumplir con la doctrina del TEDH y T. C. sobre la inmediación en la segunda instancia e impedir que el tribunal «*ad quem*» pudiera revisar la valoración de las pruebas personales y gravar más al condenado de lo que ya lo estaba en la instancia.

Olvidaba, sin embargo, el Ap./2011 que dicha doctrina constitucional no es de necesaria aplicación para el enjuiciamiento de la pretensión civil, con respecto a la cual bien podía haberse arbitrado un auténtico recurso civil de apelación. Ante la inexistencia de un recurso de apelación contra el fallo civil, al perjudicado le hubieran quedado tan sólo dos alternativas: a) reservar la acción civil para el proceso declarativo correspondiente, en el que hubiera podido recorrer todas sus instancias o b) acumular la acción civil a la penal, debiendo saber entonces de antemano que la pretensión civil se dilucidaría en un **proceso penal de instancia única**, en el que el Juez o tribunal de lo penal devendría absolutamente soberano, tanto en la declaración de la existencia de su derecho de crédito, como en el «*quantum*» de la indemnización civil, lo que hubiera podido contribuir a estimular la arbitrariedad de los órganos penales de instancia.

6. El recurso de casación

Una vez consagrado el derecho a la segunda instancia penal, el recurso de casación puede ya ser configurado, como así hizo el Anteproyecto de 2011, en un auténtico recurso extraordinario.

La técnica elegida por el prelegislador a este respecto fue la del conservador recurso «*por unificación de doctrina*» (art. 642), que sería procedente contra todas las Sentencias dictadas por los tribunales de segunda instancia, pero sin establecer suma de gravamen alguna, lo que permitiría a la Sala de lo Penal del T. S. emanar su necesaria doctrina legal ante todo tipo de delito, evitándose de esta manera los actuales vacíos jurisprudenciales; solución que, por lo demás, ha sido con mejor acierto, efectuada por el art. 847.1.b, reformado por la Ley 41/2015, el cual permite, en la actualidad, la interposición, contra las sentencias dictadas en 2.^a instancia por las AAPP o AN, exclusivamente del recurso por infracción de Ley.

ANEXO VI

ESTUDIO COMPARADO DEL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN DE LAS PARTES PRIVADAS EN LOS ANTEPROYECTOS DE LECRIM DE 2011 Y 2013¹

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como he adelantado (supra I), en un artículo publicado en la Revista «La Ley», fechado el 17 de noviembre de 2011, y que se corresponde con un informe que emití a instancia del Presidente del Consejo General de la Abogacía sobre el régimen de intervención de las partes privadas en el Anteproyecto de 2011, pude afirmar que *«en aras de la celeridad y la eficacia, el Anteproyecto (de 2011) ha menguado notablemente, durante la instrucción, el vigente régimen de intervención, tanto de la defensa, como del acusador popular y privado, hasta el punto de configurar al M. F., más que un Director de la investigación, en un dueño absoluto de ella»*².

A la misma conclusión no puedo llegar hoy tras un estudio del Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, que, como vamos a examinar enseguida, se manifiesta mucho más respetuoso con el derecho fundamental de defensa.

¹ Artículo publicado en la Revista La Ley, 2014.

² «El régimen de intervención de las partes en el Anteproyecto de LECrim de 2011», La Ley, núm. 7738, de 17 de noviembre de 2011.

II. LOS DERECHOS INSTRUMENTALES DE DEFENSA

En un nivel meramente teórico de enunciado de los derechos procesales que integran el de defensa (al conocimiento de la imputación, designación de Abogado, al silencio, a un intérprete gratuito, etc.), cabe afirmar la similitud entre dichos derechos contenidos en los arts. 48 y s.s. del Ap./2011 y los proclamados en los arts. 7 y s.s. del Ap./2013.

Pero este último Anteproyecto incorpora dos nuevos derechos que deberían ser resaltados. Me refiero concretamente a la prohibición del doble enjuiciamiento y a la exclusión de la prueba prohibida.

1. La prohibición del doble enjuiciamiento

Como una innovación muy plausible ha de ser valorada la prohibición contenida en el art. 11 del CPP, que viene a instaurar, por vez primera en nuestro ordenamiento, la interdicción del «*double jeopardy*» contenida en el Derecho norteamericano.

Y es que no nos debiéramos contentar con la prohibición penal del «*non bis in idem*», por cierto bastante devaluada como consecuencia de la doctrina de la «compensación de penas» que inauguró nuestro T. C. en la STC 105/2001 y, sobre todo, en la STC 2/2003 (F. J. 6)³, la cual viene a justificar el doble enjuiciamiento administrativo y penal, siempre que la sentencia penal tenga en cuenta y compense el «*quantum*» de la sanción administrativa.

El resultado de todo ello es que, como consecuencia de la incriminación que el C. P. de 1995 efectuó de no pocos ilícitos administrativos (contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico, etc.) el ciudadano tiene que, no obstante la prohibición de los arts. 133 LRJPAC y 7 del R. D. 1398/1993⁴, batallar en dos frentes el contencioso-administrativo y el penal, con el riesgo de ser empapelado y condenado en los dos, aun cuando, en último término, se le haya de compensar la sanción.

³ Compartida por las SSTS 380/2003, de 22 de diciembre –RJ 2004/16–; 833/2002, de 19 de enero y 2 de junio –RJ 2003/6235–; y 52/2003, de 24 de febrero –RJ 2003/950–...

⁴ Tales preceptos consagran la prohibición del «*non bis in idem*» y la preferencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa, obligando a la Administración a suspender el procedimiento sancionador cuando el hecho sea constitutivo de delito. Pero esta obligación es frecuentemente incumplida, tal y como lo demuestra la abundancia de recursos de amparo sobre la materia (cfr.: SSTC 2/1981, 77/1983, 66/1986, 159/1987, 154/1990, 234/1991, 279/1994, 204/1996, 177/1999, 152/2001, 2/2003...).

Pero con la nueva redacción del art. 11 Ap./2013 es claro que ya no podría instaurarse un procedimiento penal sobre un mismo hecho que haya sido objeto de un procedimiento sancionador y sobre el que hubiera recaído una resolución firme y de fondo. De tal suerte que el T. C. habría de revisar su doctrina en consonancia, por lo demás, con la doctrina del TEDH⁵ y establecer el auténtico contenido de la prohibición del «*non bis in idem*», la cual debiera impedir la condena penal de un hecho y contra una misma persona que ya haya sido condenada en la vía administrativa, así como la imposibilidad de que pueda ser investigada por ese mismo hecho.

2. La exclusión de la prueba prohibida

La segunda innovación que merece también ser valorada muy positivamente consiste en la instauración de la prohibición de valoración de la prueba inconstitucionalmente obtenida, que, en consonancia con la doctrina constitucional⁶, efectúa el art. 13 del Ap./2013 y que fue ignorada por el Anteproyecto de 2011.

Ciertamente el referido precepto ha plasmado muy correctamente la vigente doctrina constitucional sobre la «conexión de antijuricidad»⁷.

Pero debiera ser objeto de una mejor concreción lo dispuesto en su número 4.º, en cuya virtud la constatación de la vulneración de un derecho fundamental puede ocasionar, en cualquier estadio procesal, la exclusión de «*las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas*», lo que podría dar lugar a injustificados sobreseimientos, sobre todo en delitos relacionados con la criminalidad organizada y la corrupción política, los cuales suelen ser investigados con el resultado de las intervenciones telefónicas. Dichas exclusiones debieran, en sede de investigación, circunscribirse a las infracciones más graves (así, por ej., las constitutivas de un delito de escu-

⁵ Pueden verse a este respecto mis artículos «*Prejudicialidad administrativa y «non bis in idem» en el proceso penal*», IUSTEL, 1, Madrid, 2003 y «*Cuestiones prejudiciales devolutivas y «non bis in idem» en el proceso penal*», «La Ley», 5817, de 4 de julio de 2003.

⁶ Cfr.: SSTC 14/2001, de 29 de enero; 136/2000 29 mayo; 8/2000, de 17 de enero; 161/1999, de 27 de septiembre; 94/1999, de 31 de mayo; 49/1999, de 5 de abril; 151/1998, 121/1998, 81/1998, de 2 de abril, 49/1999, de 5 de abril –RTC 1999\49–, F. 14; 166/1999, de 27 de septiembre –RTC 1999\166–, F. 4; 299/2000, de 11 de diciembre –RTC 2000\299–, F. 9, 166/1999, de 27 de septiembre –RTC 1999\166–, F. 4; 171/1999, de 27 de septiembre –RTC 1999\171–, F. 4; 299/2000, de 11 de diciembre –RTC 2000\299–, F. 4, 167/2002, de 18 de septiembre, 66/2009, de 9 de Marzo...

⁷ Cfr.: SSTC 166/1999, de 27 de septiembre –RTC 1999\166–, F. 4; 171/1999, de 27 de septiembre –RTC 1999\171–, F. 4; 299/2000, de 11 de diciembre –RTC 2000\299–, F. 4, 167/2002, de 18 de septiembre, 66/2009, de 9 de marzo...

chas telefónicas ilegales o de confesión bajo tortura), sin que, en las demás, pudiera el M. F. entrar a determinar si la intervención de las comunicaciones judicialmente adoptada cumple con todos y cada uno de sus requisitos (motivación, necesidad, requisitos subjetivos, objetivos y temporales), facultad que, de serle reconocida al M. F., lo convertiría en un revisor de la autoridad judicial y le sustraería al órgano jurisdiccional una competencia que «*ex Constitutione*» exclusivamente a él le corresponde (cfr. arts. 18.3 y 53.2 C. E.).

III. EL NACIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA

A diferencia del Anteproyecto de 2011, que conectaba el nacimiento del derecho de defensa con la detención o desde la primera comparecencia ante el M. F. del investigado (art. 37.3), el de 2013, al igual que la LECrim/1882, **hace surgir el nacimiento del derecho de defensa con la imputación** (arts. 7.1 y 8.1).

En lo que ambos textos prelegislativos se manifiestan coincidentes es en la plena concesión del derecho de defensa al detenido, llegando a proponer, como novedad en nuestro ordenamiento, la entrevista del detenido con su Abogado con anterioridad a su primer interrogatorio policial (arts. 173.4.a Ap./2011, 168.2.a CPP/2013) o ante el M. F. (arts. 250.b Ap./2011, 263.1.b CPP/2013), tal y como se ha dicho, ha sancionado el nuevo art. 118.2. II introducido por la L. O. 5/2015.

Pero el régimen de intervención efectiva del Abogado es distinto según la naturaleza de las actuaciones, con lo que se hace obligado distinguir los sucesivos estadios procesales.

1. En la detención

Tal y como se ha adelantado, en el Ap./2011, dentro del plazo de setenta y dos horas de la detención policial que establece el art. 17.2 C. E., la policía podía retener al detenido durante cuarenta y dos horas, poniéndolo a disposición del M. F. a quien tan sólo se le concederían veinticuatro horas para interrogarlo y decretar su puesta en libertad o su disposición a la autoridad judicial (art. 170.2).

En el Ap./2013, se invierten los términos, de tal suerte que la policía judicial tan sólo ostenta un plazo de **veinticuatro horas**, y el M. F. otro de **cua-**

renta y ocho horas para practicar sus diligencias hasta completar el de setenta y dos establecido por la C. E.

En mi opinión, este nuevo régimen se manifiesta más acorde con la Constitución, si se repara en que, según dispone el art. 17.2 C. E., «*la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos...*» y dichas averiguaciones, en lo que al detenido se refiere, se plasman en dos diligencias policiales, su identificación y su interrogatorio, en tanto que, en el nuevo proceso penal, al convertirse el M. F. en el Director de la Investigación y Jefe de la policía judicial, la cual habrá de actuar con inmediatez y bajo sus órdenes inmediatas (arts. 425.1 y 456), si hubiera que practicar el M. F. con el detenido otras diligencias distintas a las anteriormente mencionadas (por ej., un careo o una inspección o intervención corporal), debiera encontrarse ya a su disposición efectiva en las dependencias de la Fiscalía y no, en las de la Comisaría de Policía⁸.

También resulta plausible la limitación a seis horas de la detención de indocumentados que, a diferencia del Ap./2011, contempla expresamente el art. 165.4 del Ap./2013.

Como innovación del Ap.2013 cabe destacar asimismo el «*derecho (del detenido) al conocimiento de las actuaciones mediante petición realizada al Fiscal, salvo que se declare el secreto*», derecho que, aunque parcialmente, ha sido reconocido, por el art. 520.2.d, en las actuaciones policiales («*d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad*»).

2. En la investigación del M. F.

A) LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y EL INICIALMENTE INVESTIGADO

El Ap./2011 era plenamente respetuoso con el derecho de defensa del detenido, del sometido a una medida cautelar y de quien hubiera sido citado de comparecencia por el M. F. Quedaba, sin embargo, en la penumbra el «*inicialmente investigado*», cuando el M. F. no dispusiera «*en ese momento de elementos suficientes para dirigir la investigación contra los señalados como tales en la denuncia o en el atestado policial...*» (art. 463.1). En tal supuesto,

⁸ Solución que propugnamos en nuestro artículo «El régimen de intervención de las partes en el Anteproyecto de LECrim de 2011», cit.

dicho Anteproyecto preveía la realización, sin plazo alguno de conclusión, de una «*investigación preliminar*, en la que el M. F. la podía practicar con absoluta comodidad y a espaldas del Abogado defensor, quien habría de tomar conocimiento de las actuaciones cuando fuera identificado su patrocinado y, en último caso, al término de la investigación.

El Ap./2013 **no ha previsto la realización de investigación preliminar** alguna del M. F., sino tan sólo la práctica de una investigación principal en la que «*Desde que resulten de las actuaciones indicios contra a una persona..., el Ministerio Fiscal le citará a una primera comparecencia para comunicarle la imputación*» (art. 260.1).

Por tanto, a todo imputado en un atestado, denuncia o querrela habrá de citar el M. F., en calidad de investigado, a quien habrá de comunicarle el hecho punible que se le atribuye e informarle de sus derechos (arts. 260 y 263), pudiendo, desde ese momento, su Abogado tomar conocimiento de las actuaciones practicadas (art. 135).

B) EL SECRETO INSTRUCTORIO

Naturalmente, y al igual que el Ap./2011, la publicidad de la instrucción para el investigado, se encuentra exceptuada en caso de declaración por el Tribunal de garantías, del secreto de la investigación. Pero, a diferencia de dicho Anteproyecto, en el que dicha declaración no tenía limitación temporal alguna, el Ap./2013, establece un plazo común de 3 meses, susceptibles de una prórroga o de un máximo de 12 meses cuando se trate de criminalidad organizada (art. 138).

Por otra parte, los autos de declaración del secreto instructorio, en el Ap./2013, son recurribles en apelación (art. 137), separándose así también del régimen del Ap./2011 que prohibía la utilización de cualquier recurso (art. 487.2).

Loable resulta asimismo el art. 201.2 del nuevo texto que obliga al Tribunal de garantías a hacer constar, en su auto de adopción de medidas cautelares y, en especial de la prisión provisional, bajo régimen de secreto, «... *los elementos factuales suficientes para no generar indefensión en el encausado...*», prescripción que obligará a comunicar al investigado, al menos, una sucinta información de la imputación, distanciándose así del secretismo absoluto del Ap./2011(arts. 214.4, 226.5, 488.2), el cual podía conculcar gravemente los

derechos fundamentales a la libertad y de defensa, así como la doctrina del TEDH sobre la materia⁹.

C) INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Mucho más respetuoso con este último derecho fundamental a la defensa resulta ser el Ap./2013 en todo lo referente a la duración de la intervención de las comunicaciones. Es cierto que ambos textos prelegislativos coinciden en establecer un plazo ordinario de intervención de 3 meses; pero se diferencian sustancialmente en que, mientras que en el Ap./2011 podían dichas intervenciones, mediante sucesivas prórrogas, alcanzar una duración indefinida (art. 283), el Ap./2013 limita en cualquier caso su duración a 1 año (art. 302).

De lo expuesto una primera conclusión deviene ineludible: **en todo lo referente al nacimiento del derecho de defensa el Ap./2013 se manifiesta muy superior al Ap. 2011**, por cuanto, mientras que en este último texto la intervención del defensor devenía necesaria a partir de la primera comparecencia del investigado ante el M. F. (arts. 37.3 y 464.1 y 2), en el nuevo, le asiste a todo investigado, incluso al denunciado o querrellado en términos similares al establecido por el vigente art. 118 LECrim.

D) LA CAPACIDAD DE POSTULACIÓN

A la misma conclusión cabe alcanzar en todo lo referente a la capacidad de postulación del Abogado defensor. Frente a la restrictiva redacción del art. 472 Ap./2011, conforme a la cual *«el investigado, por sí o a través del abogado designado para su defensa, podrá participar en la práctica de todos aquellos actos de investigación en los que esta ley expresamente prevea su intervención...»*, lo que tan sólo acontecía con su interrogatorio policial y fiscal, el art. 7.2 del Ap./2013 ha invertido radicalmente sus términos: *«El derecho de defensa 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.»*

De este modo, el Abogado defensor, no sólo ha de estar presente en el interrogatorio de su patrocinado (art. 260.4.b), sino que también ha de estarlo

⁹ STEDH, de 30 de marzo de 1989, caso «Lamy», contra Bélgica, SSTC 18/1999 y 12/2007...

en el reconocimiento en rueda (art. 275.1); en la apertura de correspondencia (art. 317.1); en la diligencia de entrada y registro de una persona detenida (art. 340.4) y, si no lo estuviere, podrá presenciarlo personalmente (art. 340.3); está autorizado a estar presente en las inspecciones e intervenciones corporales (arts. 281 y s.s.); en la incautación de archivos informáticos (arts. 347 y s.s.); en la recogida del cuerpo del delito (art. 356) e inspección ocular (art. 360); puede asistir a las declaraciones testificales y careos (art. 376), recusar peritos (art. 395), proponer un perito cuando el objeto sea irrepetible (art. 397), presentar un dictamen pericial (art. 402.1) e intervenir en el examen (art. 401), etc

Como puede observarse, la capacidad de postulación del Abogado defensor es muy superior a la contemplada en el Ap./2011. Con todo, debiera perfeccionarse el régimen de intervención necesaria del Abogado en los actos de prueba preconstituida. En diligencias, tales como el registro domiciliario, recogida del cuerpo del delito, inspección ocular¹⁰, debiera estar garantizada la posibilidad de contradicción.

E) EL DERECHO A UNA INSTRUCCIÓN SIN DILACIONES INDEBIDAS

Del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se ocupa el art. 16 del Ap./2013. Pero, teniendo en cuenta que, en el proceso penal, la fuente de las dilaciones sucede en la instrucción, tanto el Ap./2011, como el de 2013 sancionaron el **sistema de plazos** a la investigación con el control del tribunal de garantías.

El régimen, sin embargo de este sistema de plazos es distinto en ambos Anteproyectos. En el de 2011, dicho plazo de conclusión de la investigación era de **doce meses**, excepción hecha de la Fiscalía de la A. N. o de las especializadas, en cuyo caso este plazo se ampliaba a **dieciocho meses** (art. 481.1), susceptibles de una sola **prórroga**, pero con la peculiaridad de que el «*dies a quo*» había de computarse, no desde el inicio de la investigación del M. F., sino desde la citación de comparecencia del investigado, la cual venía a convertirse en una suerte de auto de procesamiento, que, de ser retardado (en el caso de imputado no detenido y no identificado), permitía burlar aquellos plazos.

El Ap./2013 ha reducido dicho plazo común a **seis meses**; pero, si se tratara de una investigación compleja, que el número 3.º del art. 127 precisa (criminalidad organizada, pluralidad de hechos punibles, delitos masa, etc.), dicho plazo se extiende hasta **dieciocho meses**, susceptibles ambos de una

¹⁰ El art. 435 posibilita la práctica por el Tribunal de garantías del reconocimiento judicial como prueba anticipada.

sola prórroga. Para su cómputo el *«dies a quo»* se sitúa, no desde la fecha del interrogatorio del imputado, sino desde la del decreto de apertura de la investigación.

Como puede observarse, el sistema de plazos del nuevo texto es mucho mejor que el anterior y, de aquí que haya recibido su confirmación legislativa por obra de la L. 41/2015 que ha modificado sustancialmente el arcano art. 324 LECrim.

F) LOS RECURSOS EN LA INVESTIGACIÓN

Con una redacción similar a la del art. 432 del Ap./2011, que, como se ha examinado, establece el régimen de intervención del Abogado en las diligencias que practique el M. F., el art. 492 de dicho texto de 2011 venía a disponer también que *«los decretos dictados por el fiscal durante el procedimiento de investigación sólo podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías en los supuestos expresamente establecidos en esta ley.»* Sucedió, sin embargo que no existía, a lo largo toda la investigación, preliminar y principal, decreto alguno del M. F. susceptible de recurso devolutivo.

El art. 128.1 del Ap./2013 establece, por el contrario, que *«son impugnables los decretos del Ministerio Fiscal en los que se acuerden o denieguen medidas de investigación o de recogida instrumentos, efectos del delito o fuentes de prueba, los que acuerden o denieguen tener por parte a quienes pretenden intervenir como tales en las Diligencias de Investigación y los restantes decretos cuya impugnación esté expresamente autorizada por la Ley»*. Impugnación que el texto autoriza en el incidente de nulidad por condena en rebeldía (art. 54.6.c), en la denegación de la conformidad (art. 115.2), en la declaración judicial de secreto (art. 137), en la adopción de medidas cautelares personales (art. 201) y reales (art. 201), etc. En todos estos supuestos, se autoriza una impugnación devolutiva que la parte interesada habrá de plantear ante el tribunal de garantías.

IV. LA DEFENSA EN EL JUICIO ORAL

A diferencia de lo dispuesto en el art. 502.c Ap./2011, que permitía incluir como testimonio para el expediente del juicio oral *«los documentos e informes que obren en el procedimiento de investigación»* y que permitía la entrada en el juicio oral de la práctica totalidad de los actos de investigación

del M. F., la exhaustiva relación del art. 430.1, tan solo posibilita la incorporación de los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, lo que nos parece muy plausible.

Y la misma calificación ha de merecer la declaración del acusado, que tan sólo sucederá a instancia de la defensa y al término de los demás medios de prueba, innovación que el art. 448 Ap./2013 ha copiado del art. 567.5 Ap./2011.

Como novedad, sin embargo, del Ap.2013 cabe destacar la **negativa a valorar como prueba el ejercicio del derecho al silencio del acusado** (art. 448.5). Dicha prohibición ha sido sancionada por el art 7.5 de la Directiva 2016/342 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 (*«El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate.»*).

Por el contrario, nos parece censurable que, en caso de contradicción de la declaración del acusado en el juicio oral y la efectuada en la instrucción, pueda ser esta última reproducida, aunque tan sólo suceda para formar el tribunal un juicio acerca de su credibilidad (art. 449.3 Ap./2013). El art. 592 Ap./2011 únicamente preveía dicha posibilidad para las contradicciones de los testigos y no la del acusado, la cual se encontraba excluida por el art. 593.

Y lo mismo cabe afirmar con respecto a las contradicciones de los testigos. En tanto que el art. 592.3 Ap./2011 les negaba valor probatorio fuera del referido criterio de credibilidad, el art. 456 faculta al tribunal a *«formar su convicción mediante la valoración conjunta de las declaraciones del testigo»*.

V. LOS RECURSOS ORDINARIOS: LA APELACIÓN

A diferencia del Ap./2011, que, desde una interpretación gramatical del derecho a los recursos del condenado, tan sólo le confería a él un auténtico recurso de apelación contra la sentencia, debiendo las partes acusadoras interponer exclusivamente recurso extraordinario por infracción de Ley procesal o material (arts. 625 y 629), **el Ap./2013 mantiene el régimen de nuestro recurso de apelación**, pero con cuatro especialidades: a) se acumula el remedio de reforma con el recurso de apelación (art. 582.2); b) el motivo de error en la valoración de la prueba es más amplio, si lo interpone la defensa que la acusa-

ción (art. 592.1 y 2); c) únicamente pueden proponer prueba el condenado y el M. F., estándole vedado a los acusadores particulares dicha proposición y d) se autoriza el visionado de la grabación del juicio oral a fin de que el Tribunal «*ad quem*» pueda valorar las pruebas de carácter personal, lo que debiera conllevar la revisión de la doctrina constitucional sobre la inmediatez en la segunda instancia¹¹.

También el nuevo Anteproyecto garantiza, al igual que reflejaba el Ap./2011 y de conformidad con la doctrina del TEDH¹², el derecho a la última palabra del condenado.

En mi opinión esta nueva regulación se manifiesta más acorde con el derecho fundamental a la tutela de las víctimas y con nuestro régimen de acumulación de la acción civil al proceso penal, ya que, de haber sido aprobado en este extremo el Ap./2011, la acción civil se resolvería en un proceso de instancia única.

VI. EL RECURSO DE CASACIÓN

A diferencia del Ap.2011 que pretendía la instauración de un recurso de casación «por unificación de doctrina» (art. 642), el art. 605 del Ap./2013 parece querer instaurar nuestra clásica casación por infracción de Ley material y por quebrantamiento de forma. Pero no está nada claro, porque, después de admitir, en su número 1.º, la casación por infracción de precepto constitucional, en su número 2.º, establece que también procederá por «*infracción de cualquier norma jurídica sustantiva que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal*». Sin duda debe tratarse de una errata, porque no alcanzamos a entender cómo la vulneración de una norma «sustantiva» puede ser necesaria para la aplicación de la «Ley penal» (¡).

¹¹ De conformidad con la doctrina plasmada en las SSTC 2/2010, de 11 de enero, 30/2010 de 17 de mayo y 128/2012, no se puede condenar en segunda instancia, mediante una revisión de la valoración de los hechos, a quien fue absuelto en la primera y no fue oído personalmente por el Tribunal de Apelación. Por tanto, en tal supuesto, no se puede, ni siquiera con el visionado del DVD, condenar a nadie que haya sido absuelto en la primera instancia. Cfr.: nuestro artículo «El nuevo recurso de apelación ante el T. S. J y A. N.», V, *Rev. D.º Procesal* de IUSTEL, 2016.

¹² SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia, 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, 21 de septiembre de 2010, Marcos Barrios c. España, 25 de octubre de 2011, c. Almenara Álvarez contra España...

No contempla, sin embargo, el derecho del condenado (establecido por la jurisprudencia, tanto del TEDH,¹³ como del T. C.¹⁴) a la última palabra en la casación, ni la determinación de los supuestos en los que debiera disponerse una vista pública, con lo que mucho nos tememos que, al igual como acontece en la actualidad, las vistas en casación desaparecerán en la práctica forense.

CONCLUSIÓN

Aunque la valoración que debieran merecer, tanto el Anteproyecto de 2011, como el de 2013 es altamente positiva, forzoso se hace reconocer que, en todo lo referente al fortalecimiento del derecho de defensa, el borrador de Anteproyecto de 2013 es muy superior al de 2011, ya que este último texto prelegislativo configura una investigación del M. F. manifiestamente inquisitiva en el que, de ser refrendado por el legislador, la investigación preliminar del M. F. podría realizarse a espaldas del Abogado defensor y, en cuanto a la principal, se hace obligado señalar que la capacidad de postulación del Abogado es prácticamente inexistente, por lo que, de haber sido convertido en Ley en tales términos, hubiera transformado al M. F. más que en un Director de la investigación, en un dueño absoluto de ella. Por ello, sería conveniente estimular el diálogo entre todas las fuerzas parlamentarias a fin de que, a través de las correspondientes modificaciones, pudieran ensamblarse ambos textos prelegislativos y obtener como resultado el anhelado nuevo Código Procesal Penal del Siglo XXI.

¹³ SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia, 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, 21 de septiembre de 2010, Marcos Barrios c. España, 25 de octubre de 2011, c. Almenara Álvarez contra España. «...la condena (del acusado) en apelación por la Audiencia Provincial después de una modificación en la apreciación de los hechos litigiosos y otros elementos, sin que (el acusado) haya tenido la ocasión de ser oído personalmente y de contestar mediante un examen contradictorio en el curso de una audiencia pública, no es conforme con las exigencias de un proceso justo, tal y como lo garantiza el art. 6.1 de la Convención» (STEDH Marcos Barrios c. España, cit., § 41, idéntica doctrina contiene la STEDH 25 de octubre de 2011, c. Almenara Álvarez contra España § 49; de 16 de septiembre de 2014 –caso Fodor c. Rumanía–, de 25 de octubre de 2016 – Caso ARPS C/Croacia).

¹⁴ SSTC 22/2013, de 31 de enero, 13/2006, de 16 de enero –RTC 2006/13–, 258/2007, de 18 de diciembre –RTC 2007/258–, 93/2005, de 18 de abril –RTC 1994/181–; SSTS 669/2006, de 14 junio, –RJ 2006/4759–, 9 de junio de 2003 –RJ 2003/7159–...

ANEXO VII

LA ABOLICIÓN DEL JUICIO VERBAL Y DE LOS PROCESOS ESPECIALES Y SUMARIOS ¹

I. EL SISTEMA PROCEDIMENTAL Y LOS PROCESOS ORDINARIOS

Denominamos sistema procedimental a la estructura de nuestros procedimientos declarativos o sistematización del conjunto de tales procedimientos que integran nuestro ordenamiento procesal civil, el cual se caracteriza por la coexistencia de procesos ordinarios, sumarios y especiales.

1. Enumeración y caracteres esenciales

Recordemos ahora al lector que los procesos ordinarios se caracterizan por ser **idóneos para el planteamiento de cualquier objeto procesal** (a ellos se puede acudir para interponer todo tipo de pretensiones, excepto las que deban dilucidarse a través de los procesos especiales), por la **plenitud de su cognición**, ya que, en ellos, ha de plantearse la totalidad de la relación jurídica material debatida, a diferencia de los «sumarios», en donde tan sólo cabe formalizar determinados aspectos de dicha relación, así como por su **amplitud en la formulación de alegaciones y en la proposición y práctica de la totalidad de los distintos medios probatorios**, características todas ellas que per-

¹ Artículo publicado en la *Revista General de Derecho Procesal* de IUSTEL, de 29 de junio de 2020.

miten dotar a las sentencias, en ellos recaídas, de la **totalidad de los efectos materiales de la cosa juzgada**.

Los procesos ordinarios son dos: el **juicio ordinario** (arts. 399 y ss.) y el **juicio verbal** (arts. 437 y ss.), que ofrecen además la característica de ser nuestros procesos comunes, ya que sus disposiciones, en virtud de lo dispuesto en los arts. 249 y 250, son de aplicación directa y, en cualquier caso, supletoria de los demás procedimientos especiales y sumarios, **gozando**, en último término, **las normas del juicio ordinario del carácter de supletorias** de los demás procedimientos, incluido el juicio verbal.

2. Hacia un proceso ordinario único: la abolición del juicio verbal

Históricamente el juicio verbal tuvo su fundamento en la lentitud del proceso ordinario tipo de la LEC de 1881, el cual era el denominado «**juicio de mayor cuantía**» que provenía del «*solemnis ordo iuditiarium*» o proceso común del Medievo, el cual remontaba sus orígenes nada menos que a la «*litis contestatio*» del Derecho Romano. Este proceso de mayor cuantía se caracterizaba por la amplitud de su fase de alegaciones (no sólo existía la contestación a la demanda, sino también la de los escritos de réplica y dúplica y, en algunos países hasta «tríplica» y «cuadrúplica»), la práctica de prueba incluso con confesión bajo juramento indecisorio se efectuaba bajo **vigencia absoluta del principio de la escritura**, existiendo la posibilidad de recurrir devolutivamente la práctica totalidad de las resoluciones judiciales. El resultado de todo ello era que la justicia civil era excesivamente formalista, lenta y poco propicia para el descubrimiento de la verdad material.

Por esta razón, el juicio verbal fue creado, en los albores de la Edad moderna, por D.^a Juana y D. Carlos en el año 1534 en Madrid² para extraer del súper garantista, pero excesivamente lento «*solemnis ordo iuditiarium*», litigios de escaso valor económico³ que habrían de dirimirse en un procedimiento simple, sin complejas alegaciones, con una contestación verbal, **informado por la oralidad** y, por tanto, sustancialmente acelerado.

Ahora bien, en la actualidad, el anterior fundamento o razón de ser del juicio verbal dejó de serlo desde el mismo momento en que, como consecuen-

² Para litigios con un valor económico inferior a los «mil maravedís» FAIRÉN, «Una perspectiva histórica del proceso: la "litis contestatio" y sus consecuencias», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 31.

³ FAIRÉN, «Los procesos ordinarios y los plenarios rápidos», en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid, I, 1982.

cia del triunfo de una enmienda socialista en el Senado, **se introdujo la oralidad en el juicio ordinario** que el Proyecto de LEC del Gobierno popular mantenía bajo el régimen de la vigencia del principio de la escritura⁴.

Y, si el juicio ordinario ya nada tenía que ver con el derogado proceso de mayor cuantía, puesto que pasó, como consecuencia de la aprobación de dicha enmienda, a estar informado por el principio de **oralidad** y, por tanto, a estar dotado de una mayor rapidez en su tramitación, no se justificaba ya en el año 2000 el juicio verbal.

Pero es que además, sucesivas reformas habidas recientemente en el juicio verbal lo han aproximado al juicio ordinario. Así, este **proceso plenario rápido que, en aras de la rapidez, sacrificaba el derecho del demandado a una contestación escrita y, sobre todo, el del actor a conocerla previamente y a disponer del tiempo suficiente para preparar el juicio, ha sido sustancialmente modificado por la L. 42/2015**, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, cuyo art. 438.1 dispone que *«admitida la demanda –el Letrado de la Administración de justicia–, dará traslado de ella al demandado para que la conteste por escrito en el plazo de diez días conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario»*.

Pero es que, **no sólo la contestación, en el verbal, es escrita⁵, sino que también la referida L. 42/2015 ha introducido, en él, una audiencia previa** similar a la comparecencia de los arts. 414 y s.s. del juicio ordinario, ya que, al inicio de la vista, no sólo puede plantearse todo lo relativo al resultado de una conciliación o instar el reenvío del objeto procesal a una mediación, sino que también puede, dilucidarse la concurrencia de los presupuestos procesales. Así, dispone el art. 443.2 que *«si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, el tribunal resolverá sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo de acuerdo con los artículos 416 y siguientes»*.

⁴ Por ello, instamos al legislador a que «han de suprimirse los arts. 187 («nota para la vista»), 303 y 306 (pliego de posiciones en la confesión o «preguntas iniciales») a las partes en la terminología del PLEC), 347 y 348.1 (dictamen escrito de peritos), 364.1 y 366.1 (preguntas por escrito a testigos)...». Cfr.: mi artículo «Observaciones al proyecto de ley de enjuiciamiento civil desde el derecho procesal europeo». *La Ley* 1998, II.1.

⁵ Paradójicamente el art. 5.5 R. D.-L. 16/2020, de 28 de abril de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 ha vuelto a la contestación **oral** en el nuevo y efímero verbal especial en materia de familia durante la vigencia del estado de alarma: *«La vista comenzará dándose la palabra a la parte demandante, para que ratifique la demanda o la amplíe sin realizar variaciones sustanciales, y acto seguido a la parte demandada para que conteste a la demanda, pudiéndose solicitar el recibimiento del pleito a prueba. Igualmente podrá formularse reconvencción»*.

Y, si no fueran suficientes estas medidas, **para acabar de rematar al juicio verbal, la L. 4/2011 introdujo** en la LEC la Disposición final vigésima cuarta sobre medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, en cuya virtud se estableció **un proceso europeo de escasa cuantía**, por lo que **carece de sentido que, para el enjuiciamiento de estos litigios de pequeña cuantía, subsistan 2 procedimientos plenarios rápidos**.

Por ello, **si subsisten 2 procesos de pequeña cuantía, si la fase de alegaciones del juicio verbal es ahora idéntica al juicio ordinario, si ahora también tiene este procedimiento una audiencia previa similar a la comparecencia del juicio ordinario** y si las demás fases procesales son idénticas, **¿qué sentido tiene mantener este juicio verbal**, por cuyas normas se dilucidan no pocos procedimientos especiales (concretamente los contenidos en las 13 reglas del art. 250.1)?

3. La modificación de la comparecencia previa

Debe, por tanto, abolirse el juicio verbal, pero también debiera modificarse, al propio tiempo, **la comparecencia previa del juicio ordinario**, la cual ha de inspirarse precisamente en la del juicio verbal.

En efecto, uno de los principales problemas del juicio ordinario es que copió mal la *«erste Termin»* o primera audiencia que ideó Franz Klein e impuso en la ZPO austriaca de 1895. Y es que **nuestra audiencia preliminar, a diferencia de la austriaca, es siempre obligatoria y hay que celebrarla con posterioridad a la contestación de la demanda**.

Recordemos al lector que la comparecencia previa se introdujo, por vez primera en España, con la reforma parcial de 1984 a la LEC de 1881. Pero dicha reforma parcial de 1984, si bien instauró la audiencia preliminar con sus clásicas tres funciones (evitar, preparar y fijar el objeto procesal –hoy enunciadas en el art. 414.1. II LEC/2000–), al no introducir la oralidad en la audiencia principal y no estimular la comparecencia de las partes, la convirtió en una «bella idea» que, en muchas ocasiones, se convertía en la práctica en un trámite burocrático, ya que las partes formales se limitaban a suscribir la pertinente acta de «celebración» de una imaginaria e irreal comparecencia previa.

Por esta razón, porque no se celebraban las comparecencias previas, **el legislador de la LEC 1/2000 la convirtió en obligatoria**, con lo que, en el momento actual puede parecer un trámite innecesario, ya que, en muchas oca-

siones, las partes no quieren conciliarse y, si se cumplen todos y cada uno de los presupuestos procesales, ¿qué sentido tiene practicarla? En tal caso, **la comparecencia previa se convierte en un trámite burocrático generador de dilaciones indebidas.**

A diferencia, pues, de la audiencia preliminar austriaca que, en primer lugar, tiene carácter eventual o potestativo y, en segundo, se celebra tras la presentación de la demanda (pues la experiencia, en aquél país, puso de relieve que, una vez contestada la demanda, el Abogado del demandado no tiene interés alguno en obtener la conciliación), la LEC 1/2000 no recogió tales especialidades y, de aquí, que **debiera reformarse, de tal suerte que su apertura fuera siempre facultativa del Juez**, quien, una vez examinada por él la demanda (y no sólo por el Letrado de la Administración de Justicia) habría de disponer, en su caso, la celebración de la comparecencia previa.

Debiera, por lo tanto, abolirse el juicio verbal y modificar la comparecencia previa del juicio ordinario, de tal suerte que fuera facultativa del Juez practicarla tan sólo cuando se cumplan sus presupuestos.

II. LOS PROCESOS ESPECIALES Y SUMARIOS

1. Concepto

A) LOS PROCESOS ESPECIALES

A diferencia de los procesos ordinarios, a los **especiales** tan sólo cabe acudir cuando una norma procesal expresamente autoriza a que determinadas relaciones jurídicas materiales hayan de dilucidarse necesariamente a través de un procedimiento especial.

La característica primordial de tales procesos reside, pues, en la **especialidad de su objeto**. A diferencia de los ordinarios en los que, como se ha dicho, se puede deducir cualquier género de objeto procesal, en los procedimientos especiales **tan sólo se puede debatir la relación jurídico material** para cuya protección fue creado un determinado procedimiento especial.

Tales relaciones jurídicas pueden serlo de cualquier naturaleza, tanto dispositivas (así, los procesos en materia de arrendamientos, retracto, impugnación de acuerdos, seguridad social, personal, injurias y calumnias...), como no dispositivas (*v.gr.*: procesos de familia, paternidad y filiación...), pero, en todo caso, ostentan la virtualidad de que, cuando en torno a ellas surja cualquier conflicto, habrá de solucionarse a través del correspondiente procedimiento

especial. En otro caso, la parte demandada (o el propio Juez en el proceso penal) podrá oponer la excepción de «**procedimiento inadecuado**» contemplada en el art. 423.

Pero se asemejan con los procesos ordinarios en que la cognición es amplia, como lo son también los medios de ataque y de defensa, y, sobre todo, en que las sentencias en ellos recaídas gozan asimismo de la **plenitud de los efectos materiales de la cosa juzgada**.

Los procesos especiales, a su vez, pueden clasificarse en «típicos» o expresamente previstos como tales en la LEC y atípicos o procesos ordinarios con especialidades procesales. Al primer grupo pertenecen los contemplados en el Libro IV.º de la LEC: los procesos sobre capacidad, matrimonio y menores (arts. 748 y ss.), el de división judicial de patrimonios (arts. 782 y ss., si bien en realidad es un proceso sumario), el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 y ss., que constituye más bien un proceso de ejecución especial), el monitorio (arts. 812 y ss.) y el cambiario (arts. 819 y ss.), aunque el penúltimo participa de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y el último es un proceso sumario. Los procesos ordinarios con especialidades, tal y como se ha adelantado, se prevén en los arts. 249 y 250, en cuya virtud determinadas relaciones jurídicas han de dilucidarse a través de las normas del juicio ordinario (art. 249) y otras, mediante el verbal (art. 250), a cuyas normas hay que adicionar las propias de estos procesos especiales.

B) LOS PROCESOS SUMARIOS

En tanto que los objetos litigiosos de los procesos especiales han de dilucidarse a través del procedimiento correspondiente y, si el demandante no insta la incoación de dicho procedimiento especial, se expone a que el demandado le oponga, como se ha dicho, la excepción de «*procedimiento inadecuado*», en el caso de los procesos sumarios, el actor es libre de acudir a dicho procedimiento, si el objeto cumple con los presupuestos y requisitos que lo posibilitan, o de acudir al juicio ordinario correspondiente, en el que podrá plantear en su totalidad el litigio (y no tan sólo el aspecto de la relación jurídico material debatida, que posibilita el juicio sumario) y obtener una sentencia con la plenitud de los efectos de la cosa juzgada.

El proceso sumario se caracteriza, en primer lugar, por tener una **cognición limitada** a un solo aspecto o parte de la relación material debatida (así, por ejemplo, a determinadas características del derecho de crédito y a las **tasadas excepciones** que posibilita una letra de cambio o una escritura de hipote-

ca). Por tanto, tienen las partes limitados sus medios de ataque y, sobre todo, de defensa: el deudor tiene restringidas sus posibilidades de plantear excepciones o motivos de oposición frente a la pretensión de condena. Además, pueden tener limitados los medios de prueba. Finalmente, y como consecuencia de dicha limitación de la cognición, las sentencias recaídas en los procesos sumarios, no producen los efectos materiales de la cosa juzgada o, para ser más exactos, los limitan a la relación jurídica material debatida en el proceso sumario (art. 447.2 LEC).

2. Fundamento y determinación

Al igual que el juicio verbal, la causa de la creación de los procesos sumarios y especiales es, tal y como se ha adelantado, la misma: la lentitud y demás defectos del «*solemnis ordo iudiciarium*» que, inspirado en la «*litis contestatio*» del Derecho romano e informado por el principio de la **escritura**, a lo sumo servía a los intereses de una aristocracia que podía perder su tiempo y dinero con tan lento y farragoso proceso. También este principio de la escritura en la práctica de la prueba (con sus pliegos de posiciones en la confesión o de preguntas a los testigos) estaba presente en proceso común o de «mayor cuantía» de la LEC de 1881 e incluso también lo estuvo en el Proyecto de Ley de nueva LEC de 1998 hasta que, durante su tramitación en el Senado, se introdujo la oralidad en el actual juicio ordinario.

Por esta razón, los comerciantes, a través de los Consulados del Mar, obtuvieron del poder real, en los albores de la Edad Moderna, los procesos sumarios ejecutivos que, inspirados en el Derecho canónico (en la Constitución «*Saepe contingit*» del Papa Clemente V.^o) y ligados a determinadas cláusulas contractuales (las «*guarentigias*» y el «*pactum executivum*») mediante los cuales el deudor renunciaba a oponer excepciones y se sometía al proceso de ejecución en caso de incumplimiento de la deuda, pronto se manifestaron como más rápidos y eficaces que el «*solemnis ordo*».⁶

Pero en el momento actual, tras la promulgación de la LEC 1/2000, la realidad procesal cambió sustancialmente, puesto que, a partir del 8 de enero de 2001 (fecha de entrada en vigor de la vigente LEC), **nuestro proceso ordinario ya no está informado por el principio de la escritura, sino por el de la oralidad y, de aquí, que no tenga sentido el mantenimiento y prolifera-**

⁶ Vide.: FAIRÉN, *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955.

ción de estos procedimientos sumarios y especiales, surgidos, en teoría, para obtener una composición más rápida de determinados litigios.

Y es que, en el momento actual, contamos con **13 procesos sumarios**, a saber: 5 interdictos –retener, recobrar, obra nueva, ruinoso, adquirir y contra okupas–; 2 arrendaticios (desahucio por falta de pago y precario); 1 proceso del art. 41 L. H.; 1 proceso ejecutivo; 1 proceso cambiario, 1 proceso de ventas a plazos y arrendamiento financiero y 1 proceso monitorio⁷.

Asimismo, entre los procesos especiales **típicos** o contemplados expresamente en el Libro IV de la LEC⁸ y los **atípicos** también denominados «ordinarios con especialidades procesales» previstos en los arts. 249.1 y 250.1, **nuestro sistema procesal cuenta nada menos que con 32 procesos especiales⁹, lo que arroja un saldo total de 45 procesos sumarios y especiales.**

Desde luego **esta situación es completamente anómala en Europa, en donde se pueden contar con los dedos de una mano el número de procesos especiales y sumarios¹⁰.**

A esta ingente creación, en nuestro país, de los procesos especiales y sumarios (cuya vigencia provoca múltiples dilaciones derivadas de la necesidad de determinar el «proceso adecuado») contribuyó, de un lado y como se ha reiterado, la **introducción tardía de la oralidad** mediante la aprobación de una enmienda del Grupo Socialista en el Senado¹¹ sin reparar en la

⁷ Si bien este procedimiento también podría encuadrarse dentro de la jurisdicción voluntaria.

⁸ Cuales son: los procesos sobre capacidad, matrimonio y menores (arts. 748 y ss.), el de división judicial de patrimonios (arts. 782 y ss., en realidad es un proceso sumario), el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 y ss., que constituye más bien un proceso de ejecución especial), el monitorio (arts. 812 y ss.) y el cambiario (arts. 819 y ss.), aunque el penúltimo, como se ha dicho participa de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y el último es un proceso sumario.

⁹ A saber: 3 procesos de personas (estado civil, capacidad, prodigalidad e internamiento psiquiátrico), 3 procesos de familia (consensuado, contencioso y eclesiástico), 2 procesos de filiación y menores, 2 de división de patrimonios (sucesiones y división de gananciales), 2 de amparo (honor y rectificación), 1 de impugnación de acuerdos sociales, 3 de propiedad industrial (patentes, marcas y secretos empresariales), 3 de propiedad intelectual, competencia desleal y publicidad, 1 de condiciones generales de la contratación, 1 de retracto, 4 de propiedad horizontal (formación de acuerdos, impugnación, cesación y pago), 1 de alimentos, 2 de acciones colectivas y resarcitorias, 1 de préstamos usurarios, 1 de concursal y finalmente el reciente y efímero nuevo juicio verbal especial en materia de familia durante la vigencia del estado de alarma, establecido por el R. D.-L. 16/2020, de 28 de abril)

¹⁰ Así, el CPP francés prevé 6 procesos especiales (en su Libro III: los procesos de familia y estado civil, menores, sucesorios, monitorio y pequeños litigios); el CPP italiano contempla 4 (los procesos sumarios, de familia y estado civil y sucesiones), y la ZPO alemana tan sólo prevé 3 (documental cambiario, familia, filiación y el monitorio).

¹¹ Tal y como se ha avanzado, el mantenimiento de esta ingente cantidad de procesos especiales y sumarios fue debido a que el Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que en el año 1999 había diseñado el Gobierno del P. P. con el consenso del grupo parlamentario «Convergencia y Unión», pretendía la instauración de unos procesos ordinarios escritos que justificarían la subsistencia de los procesos especiales y sumarios de la LEC de 1881. Pero la ruptura de dicho pacto, obligó al grupo parlamentario popular a obtener el apoyo del socialista, el cual impuso la exigencia de la introducción de la oralidad en

carencia ya de sentido de la mayoría de estos procesos, los cuales a modo de una «selva procedimental», **se mantuvieron por puro mimetismo**, pasando de la LEC de 1881 a la nueva de 2000, así como, de otro, al anquilosamiento de la nueva LEC de 2000 tras su vigencia durante estos últimos 20 años en los que **su Parte General no ha sido reformada** en punto a dotar de mayores poderes al Juez de investigación a fin de obtener con eficacia y celeridad el descubrimiento de la verdad material, **lo que ha provocado, generalmente a golpe de Directiva o Reglamento europeo, la instauración de nuevos procesos especiales.**

Sirva, a título de ejemplo paradigmático, el último proceso especial promulgado, el de la Ley de secretos empresariales. Este proceso especial atípico ha sido introducido en nuestro sistema procesal por la **Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales** que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícita, la cual contempla prestaciones novedosas sobre el secreto empresarial (art. 15), no menos ingeniosas medidas de acceso a la prueba (art. 18 que se remite a los recién inaugurados arts. 283 bis a) a 283 bis h)¹² y 283 bis k) LEC) y cautelares (art. 21) o el incremento de la multa por infracción de la buena fe procesal del art. 247.3 LEC nada menos que hasta «*la tercera parte de la cuantía del litigio*» (art. 16).

De aquí la conveniencia, en la línea del Derecho comparado europeo, de efectuar la **supresión de la inmensa mayoría de los procesos especiales y sumarios, los cuales podrían reducirse a los procesos de familia, estado civil, menores, interdictos y concursal, previa la actualización de la Parte General de la LEC**, a la que nos vamos a referir a continuación.

nuestros procesos ordinarios. La instauración de estos dos nuevos procesos ordinarios orales, más ágiles y económicos, debiera haber llevado consigo la derogación de la práctica totalidad de tales procedimientos especiales y sumarios.

¹² El art. 283 bis h) prevé determinadas sanciones al incumplimiento por el infractor de su deber de exhibición que pueden ser sistematizadas en a) procesales como lo son la «*ficta confessio*», el allanamiento o la desestimación de las excepciones y reconvenções, que podrían reputarse contrarias al derecho fundamental a la tutela del art. 24.1 C. E. y la imposición de multas coercitivas tipo «*astreints*» francesas de 600 a 60.000 euros diarios (letras «a-d» del art. 283 bis h) y b) penales, como es el caso del levantamiento de testimonio por desobediencia (art. 283 bis h).1. I). El art. 283 bis k) culmina este estatuto disciplinario al sancionar la conducta de quien «*incumplièrè algùn deber de confidencialidad en el uso de fuentes de prueba o se incumplieren los límites en el uso de dichas fuentes de prueba*», en cuyo caso podrá el tribunal imponer similares sanciones procesales y penales con la peculiaridad de que la multa pueden alcanzar la suma de 6.000 a 1.000.000 de euros.

3. La supresión de los procesos especiales y la actualización de la Parte General de la LEC

La supresión de la inmensa mayoría de los procesos especiales y sumarios ha de ir acompañada de una simplificación y refundición de determinadas actuaciones procesales, así como del incremento de las obligaciones procesales de las partes y la judicial de examen de oficio y subsanación de los presupuestos procesales.

A) LA SIMPLIFICACIÓN EN LA APORTACIÓN Y EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.

a) *La aportación de documentos a la demanda*

Tanto el art. 266, como el número 3.º del art. 439.2 y 4 y 5 del mismo precepto contemplan los documentos de preceptiva aportación al escrito de demanda de solicitud de incoación de determinados procesos especiales que han de tramitarse, bien con arreglo a las normas del juicio ordinario (art. 266), bien a través de las del juicio verbal (art. 439.2.3.º, 4 y 5), de tal manera que, si se incumple esta obligación de aportación de documentos y no se atendiera al requerimiento de subsanación (arts. 243.3 LOPJ y 231 LEC), el Juez habrá de inadmitir dicho escrito de demanda (arts. 269.2 y 403.2).

Pues bien, tratándose de una obligación de aportación de documentos, lo normal sería que ambos preceptos se refundieran en uno sólo, en el art. 266 que se encuentra ubicado en el Libro I.º de la LEC, referente a «*las disposiciones generales relativas a los juicios civiles*».

b) *La obligación de exhibición de documentos*

Todavía necesita una mayor simplificación la obligación de las partes de exhibición de documentos que obran en poder de la contraparte (o de un tercero), pero que son del todo punto necesarios para la fundamentación de la pretensión. Esta obligación de **exhibición de documentos** se encuentra regulada en los arts. 328 y s.s. Pero también se refieren a ella las **diligencias preliminares** de los arts. 256 y s.s., los **actos de aseguramiento de la prueba** (arts. 297-298) y el **acceso a las fuentes de prueba** de los arts. 283 bis a-283 bis k.

La anterior regulación, no sólo resulta ser **caótica** por su dispersión y procedimiento de adopción¹³, sino también profundamente **discriminatoria** por las sanciones previstas para su incumplimiento. Piénsese, a este respecto, que el apercibimiento por la comisión de un delito de desobediencia, tan sólo se prevé, como diligencia preliminar, en las acciones colectivas «ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo» (art. 261.5) o que, tratándose de la obligación de exhibición de documentos, la negativa a aportar un documento se sanciona procesalmente, bien mediante el otorgamiento de valor probatorio a su copia aportada por el solicitante (art. 329.1), bien mediante la emisión de un requerimiento de exhibición (art. 329.2), **sin que pueda el Juez disponer la entrada y registro fuera del ámbito de aplicación de las diligencias preliminares**. Pero esta benevolencia en el establecimiento de las referidas sanciones se diluye cuando se trata del incumplimiento del acceso a las fuentes de prueba en los procesos especiales por competencia desleal o de tutela del secreto empresarial¹⁴. Y es que, a diferencia del art. 261 LEC que, frente a la negativa del sujeto pasivo de la medida, tan sólo prevé el testimonio por desobediencia, la «*ficta confessio*» de los hechos o la certeza de los documentos que han de exhibirse y la entrada y registro, el art. 283 bis h) adiciona a la entrada y registro y el testimonio por desobediencia la posibilidad de que el Juez imponga una multa coercitiva «*que oscilará entre 600 y 60.000 de euros por día de retraso en el cumplimiento de la medida*» (art. 283 bis h).1.d), o que «*desestime total o parcialmente las excepciones o reconvencciones*» (art. 283 bis h).1.c) o «*que tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas... A estos efectos, el solicitante fijará con precisión cuáles son las pretensiones en relación con las cuales se debe declarar un allanamiento tácito*»¹⁵.

Ante esta situación caótica y discriminatoria, sería conveniente establecer, en la Parte General de la LEC, un **régimen común de sanciones al in-**

¹³ Así, las diligencias preliminares o el acceso a las fuentes de prueba requieren ser adoptadas siempre previa la realización de una comparecencia –arts. 259 y 283 bis. f–, pero, si se tratara de un acto de aseguramiento de la prueba, por razones de urgencia, puede obviarse la práctica de la comparecencia –art. 298.5–.

¹⁴ El art. 18 de la L. 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales se remite a los arts. 283 bis a) a 283 bis h) y 283 bis k) de la LEC.

¹⁵ ¿«*Tácito*»? debe de tratarse de una errata, por lo que debiera sustituirse por «*tácito*». Aun cuando el legislador haya querido ser escrupuloso con el cumplimiento de la Directiva 2014/104/UE, no parece que estas dos últimas sanciones procesales, la del «allanamiento tácito» o la desestimación de las excepciones o reconvencciones se cohonesten por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C. E., por lo que debería ser suficiente la declaración de la «*ficta confessio*» del hecho, cuya diligencia preliminar se pretende acreditar, o la imposición de multas coercitivas hasta obtener el éxito de la diligencia, medidas que son menos gravosas que el sacrificio de este derecho fundamental.

cumplimiento de la obligación de exhibición de documentos que, con escrupuloso respeto al subprincipio de la alternativa menos gravosa, ínsito en el de proporcionalidad, partiendo de la imposición de multas coercitivas tipo «*astreints*» francesas, pasando por la práctica de la diligencia civil de entrada y registro hasta culminar con la deducción del testimonio por desobediencia, se obtenga la efectiva aportación de los documentos en todo tipo de procesos sin necesidad de acudir a las presunciones «*iuris et de iure*» de la «*facta confessio*» que bien podrían conculcar los derechos fundamentales a la tutela y de defensa.

B) EL EXAMEN JUDICIAL DE OFICIO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.

La abolición de los procesos especiales y sumarios debiera conllevar también una mejor regulación de la obligación judicial del examen de oficio de los presupuestos procesales.

Es cierto que uno de los mayores éxitos de la LEC 1/2000 consistió en convertir en auténticos presupuestos procesales lo que en la LEC de 1881 eran meras excepciones dilatorias que requerían siempre ser alegadas por el demandado para poder ser estimadas por el Juez. A partir, por lo tanto, de la entrada en vigor de la LEC de 2000 puede afirmarse que, como regla general, **todas las excepciones procesales, contempladas explícita o implícitamente por el art. 416, permiten su examen de oficio por el órgano jurisdiccional.**

Pero tampoco es menos cierto que esta situación, en la que el Juez, tras la lectura de la demanda, había de examinar de oficio la concurrencia de los presupuestos procesales en orden a disponer su admisión u ordenar la subsanación de los incumplidos, **cambió radicalmente como consecuencia de la promulgación de la Ley 13/2009**, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que confirió al Letrado de la Administración de Justicia, no sólo la facultad de admitir las demandas, sino también la de examinar de oficio determinados presupuestos procesales en orden a determinar su concurrencia o instar su subsanación¹⁶.

¹⁶ De este modo, ha de requerir de subsanación la acumulación indebida de acciones (art. 73.3), la existencia de algún error en la valoración de la cuantía del objeto litigioso determinante del procedimiento adecuado (art. 254.4) o la concurrencia del presupuesto de defecto en el modo de proponer la demanda (art. 404.2.2.) o de la contestación (art. 405.4), así como el examen de la aportación de la autoliquidación de la tasa judicial (art. 8.2.2.º L. 10/2012) o la del depósito para la interposición de los recursos (Disp. Ad. 15.º6. II LOPJ).

El resultado de esta polémica reforma es que rige en la actualidad un **doble examen de oficio** de los presupuestos procesales y de los documentos de aportación necesaria a la demanda: el parcial del Secretario judicial y el total¹⁷ que teóricamente puede también efectuar el Juez, si bien, en la práctica forense, debido a que la admisión de la demanda es una «competencia»¹⁸ del Letrado de la Administración de Justicia, no es inusual que el Juez tome conocimiento de la demanda posteriormente a su admisión, concretamente en el momento anterior a la celebración de la comparecencia previa, que posiblemente no tendría que celebrarse si, en el momento de la admisión de la demanda, se hubiera cumplido con la exigencia del principio de subsanación (arts. 243.3 LOPJ y 231 LEC).

Por ello, y sin perjuicio de la encomiable labor del Letrado de la Administración de Justicia de «dación de cuenta» al titular del Juzgado, **debiera ser siempre el Juez quien estudiara la demanda desde el mismo momento de su presentación en orden a decidir puntualmente la concurrencia de los presupuestos procesales, requerir su subsanación y decidir acerca de su inadmisión o admisión** con la producción de todos los efectos de la litispendencia.

¹⁷ Así, en este estadio procesal, de la lectura de la demanda, puede evidenciarse y requerir de subsanación: **A) Los documentos de necesaria aportación a la demanda**, tales como: a) del juicio ordinario, los títulos de la obligación de alimentos, del retracto y de la sucesión «*mortis causa*» (art. 266), y b) del juicio verbal, la certificación literal del Registro de la Propiedad acreditativo del derecho real, el requerimiento de pago en las ventas a plazos o arrendamientos financieros (art. 439), así como, en ambos procesos declarativos, el documento de autoliquidación de las tasas judiciales de las personas jurídicas que no gocen de la justicia gratuita (art. 8.2.2.º L. 10/2012), **B) los presupuesto procesales**, tales como la jurisdicción, la competencia objetiva y territorial imperativa (art. 404), la subsanación de la acumulación de acciones en la demanda (art. 73.4), la capacidad de actuación y de conducción procesal (cfr.: arts. 418.1 y 443), la capacidad de postulación y de representación procesal (arts. 24, 418), el litisconsorcio no necesario y cuasinesario (cuyo defecto puede subsanarse mediante una ampliación de la demanda: art. 401.2), el procedimiento inadecuado (art. 254.1), las cuestiones prejudiciales excluyentes (arts. 40.3 y 43), etc., y **C) El requisito formal del defecto en el modo de proponer la demanda** (aunque el art. 424 lo configura como una excepción, nada impide que el Juez examine la concurrencia de los requisitos del art. 399, de cuya observancia depende su obligación de congruencia).

¹⁸ De «competencias» del Secretario judicial nos habla la Exp. de Motivos (III, 1.º párrafo) de la Ley 13/2009 sobre la oficina judicial citada; término incorrecto, pues, la competencia, al igual que la Jurisdicción, ni se parte, ni se reparte: corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional, el cual se constituye con el Juez y el Secretario.

ANEXO VIII

LA MEDIACIÓN PENAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ¹

I. LA MEDIACIÓN PENAL Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Con independencia de la mención a la mediación que efectúan los arts. 5.1.k y 15 de la L. 4/2015 del estatuto de la víctima del delito, la mediación penal de adultos se encuentra todavía huérfana de regulación normativa, si bien la ausencia de una Ley de mediación no ha impedido, ni impide su aplicación por la mayoría de nuestros Juzgados y tribunales.

En efecto, la existencia de la prohibición de la aplicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a la penal, que contiene su art. 2.2.a, según la cual queda excluido del ámbito de aplicación de dicha Ley «*la mediación penal*» no ha supuesto obstáculo alguno para que dicho método autocompositivo de solución de los conflictos haya acabado imponiéndose en nuestros órganos jurisdiccionales penales de instancia, si bien (todo hay que decirlo), ante la ausencia de previsión normativa, no se rigen por disposición normativa alguna, sino por auténticos **usos judiciales**.

Y es que aquí el Poder Judicial, ante este vacío normativo, se ha adelantado al Legislativo y ha instaurado, en la práctica forense, la mediación penal como auténtico fenómeno de **creación judicial del Derecho**.

¹ En prensa en los Anales del XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, agosto 2020.

En efecto, al igual que en otros países², también en España y con fundamento en determinada legislación europea de protección a la víctima³, a partir de la segunda mitad de la década de los años 90 se han instaurado, en determinados Juzgados de Valencia, Cataluña, Madrid, La Rioja, País Vasco, Andalucía, Alicante o Zaragoza⁴, experiencias en mediación penal que se han revelado en la práctica con un nivel de satisfacción incluso superior a la mediación civil.

De este modo, según información facilitada por el C. G. P. J.⁵, de las 104 mediaciones civiles efectuadas en el año 2015 finalizaron con acuerdo 48, lo que origina una «ratio» del 46'15% de triunfo de la mediación, mientras que, en la jurisdicción penal, durante ese mismo año, 2015, se realizaron **1.881 mediaciones**, de las que obtuvieron acuerdo 1.491, lo que significa un **79,26%** de éxito de la mediación penal.

No obstante dicho éxito, lo cierto es que, salvedad hecha de algunas Leyes autonómicas que, como es el caso de la Ley valenciana 24/2018, de 5 de diciembre, también permite su aplicación al proceso penal, ante la inexistencia de una Ley específica o de una reforma de nuestra LECrim que prevea su regulación, su régimen jurídico es todavía inexistente, debiéndose acudir, tal y como se ha adelantado, a los **usos forenses**, que de algún modo pretenden ser armonizados por el **Protocolo de la Mediación Penal**, contenido en la «*Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*», editado por el Consejo General del Poder Judicial⁶.

II. PRESUPUESTO Y FUNCIONES DE LA MEDIACIÓN PENAL

La mediación, como todo medio de solución de los conflictos, tiene siempre como presupuesto la existencia de un **conflicto**.

² Tales como Bulgaria, Italia o Francia, *Vide.: Citoyens et Justice, Rapport Final*.

³ Así, las Recomendaciones del Consejo de Europa R (83) 7, R (85)11, R 87 (18) y R (99)19, sobre mediación en el ámbito penal, la Decisión Marco de la U. E. 2001/220/JAI, de 15 de marzo y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que provocaron la publicación de nuestra Ley 4/2015, de 27 de abril del estatuto de la víctima y su Decreto 119/2015, de 11 de diciembre, citados por ALONSO SALGADO, *La mediación en el proceso penal*, Valencia, 2018, pp. 80-101. MARTÍN DIZ, «Mediación y Justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal», en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Valencia, 2015, pp. 756 y s.s.

⁴ Véase una relación de ciudades más exhaustiva en BARONA VILLAR, *Mediación Penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011, pp. 230-233.

⁵ *Datos resultantes de la mediación intrajudicial (año 2015)*.

⁶ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>.

Pero, en el proceso penal, y como consecuencia de nuestro sistema, proveniente del Código Procesal Penal napoleónico, de 1808, en el que, a diferencia del alemán que mantiene separado el ejercicio de la acción civil de la penal, se puede acumular la acción civil al proceso penal, la **regla general es la de la acumulación de la acción civil**, ya que, si el perjudicado no reserva su ejercicio para la interposición del pertinente proceso declarativo civil, se incorporará necesariamente al proceso penal y ello, se constituya o no el perjudicado en parte acusadora, pues, si prefiriera no sufrir las molestias y gastos de un proceso penal, no por su incomparecencia, dejará de plantearse la pretensión civil resarcitoria. La deducirá el MF «ex» arts. 108 y 773.1 LECrim.

En la mediación penal lo que hay que solucionar, pues, no es un conflicto, tal y como acontece con las otras mediaciones (civil, social o contencioso-administrativa), sino dos: el **conflicto social** existente entre el delincuente y el Estado y el **conflicto intersubjetivo** o litigio entre el agresor y su víctima, los cuales originan el nacimiento, tanto de la acción penal, como el de la civil «*ex delicto*» (art. 100 LECrim) y a las que hay que dar satisfacción en el proceso con la solución de ambos conflictos mediante la aplicación del Derecho Penal y el Civil de daños.

La existencia de estos dos conflictos, que ocasionan la interposición de **dos pretensiones**, la una **penal y civil** la otra, provoca también el surgimiento del enfrentamiento de dos tipos de derechos constitucionales que subyacen en todo proceso penal: de un lado, los derechos fundamentales **a la libertad, de defensa y a la reinserción** que han de asistir a todo imputado que, por no haber sido condenado, se presume inocente y que se encuentra, en el conflicto social, opuesto al derecho de penar o «*ius puniendi*» del Estado y, de otro, el derecho fundamental a la **tutela judicial** de la víctima.

III. NATURALEZA DEL OBJETO

El conflicto en el ejercicio de todos estos derechos constitucionales ocasiona que en el proceso penal haya que distinguir dos clases de mediaciones, a saber: a) la **mediación de la pretensión penal** en la que, al contrario de lo que establece el art. 19 LEC⁷, el acuerdo entre las partes no provocará

⁷ Art. 19.1 LEC: «Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero».

sin más la finalización del proceso, pues precisa ser aceptada por el Ministerio Fiscal y autorizada por la autoridad judicial, y b) **la mediación de la pretensión civil**, en la que aquí sí rigen plenamente, tanto el art. 19 LEC, como el 1 de la L. 5/2012, estando informada plenamente por la vigencia del principio dispositivo.

Partiendo de esta realidad indiscutible, puede afirmarse que la naturaleza de lo convenido en la mediación es doble: a) en todo lo referente a la mediación civil, nos encontramos ante una **transacción** que, una vez homologada judicialmente, tendrá todo el valor de la cosa juzgada y, b) en cuanto a la mediación penal, estamos ante un **negocio jurídico procesal** («*plea bargaining*») que, una vez aceptado por el M. F. y el órgano judicial, ocasionará la finalización del proceso, bien mediante un auto de archivo o de sobreseimiento, bien a través de una sentencia, sea de conformidad, sea definitiva.

IV. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES

Realizadas todas estas precisiones, estamos ya en condición de definir la mediación penal como un medio mixto de solución de los dos conflictos subyacentes en el proceso penal, informado por el principio de **oportunidad**, al que las partes pueden acudir siempre y cuando el investigado reconozca su participación en el hecho punible y manifieste su voluntad reparadora, mediante el cual un tercero imparcial, el mediador, intentará aproximar al agresor y a su víctima para que, tras la pertinente indemnización de aquél a ésta, se solucione su conflicto intersubjetivo y pueda la defensa y la acusación particular proponer al Ministerio Fiscal una conformidad negociada que finalice con una sentencia en la que, cumpliéndose los fines de prevención de la pena, se pueda obtener también la reinserción del imputado.

Del referido concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

1. Naturaleza de la mediación

Tal y como se ha avanzado, la mediación penal es un **medio mixto** de solución de los conflictos: a) **autocompositivo** en todo lo referente al litigio surgido entre las partes privadas como consecuencia de los daños producidos en la esfera patrimonial y moral de la víctima, los cuales han de ser puntualmente reparados por el victimario, y b) **heterocompositivo** en todo lo relativo

al objeto principal del proceso, cual es la pretensión penal, la cual ha de satisfacerse generalmente mediante una sentencia de conformidad.

2. El principio de oportunidad

A diferencia de la mediación civil que está presidida por el principio **dispositivo** y que, por tanto, dicho principio se encuentra vigente en la autocomposición del conflicto intersubjetivo, la heterocomposición del conflicto penal social se encuentra informada por el principio de **oportunidad**, del que nos ocuparemos más detenidamente en el epígrafe siguiente.

Sea suficiente adelantar aquí que la vigencia de dicho principio autoriza al órgano jurisdiccional, en los supuestos expresamente previstos por la Ley, a adoptar las siguientes resoluciones: desde la no incoación del proceso penal (así, la querrela en los delitos privados o la denuncia en los delitos semipúblicos con interés privado) hasta la obtención de un sobreseimiento o de una resolución absolutoria (vgr., si se produjera el perdón del ofendido en los referidos delitos semipúblicos y en los privados), pasando por la posibilidad de suspender una pena privativa de libertad o transformarla en otra limitativa de derechos o la de obtener una rebaja sustancial de la pena (mediante la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño o de tipos penales que conlleven la aplicación del principio de oportunidad).

3. Presupuesto

Presupuesto esencial de la conformidad es la **confesión** del imputado⁸. Sin el reconocimiento por parte del investigado o encausado de la existencia de un hecho punible y de su autoría no puede iniciarse el procedimiento de la mediación. Pero dicha confesión ha de ser libremente prestada, sin someterla a género alguno de coacción, pues en el proceso penal rige, con toda su plenitud la presunción de inocencia⁹.

La confesión del imputado conlleva implícitamente su arrepentimiento, lo que, unido a su disposición reparadora podrán posibilitar la aplicación de las **atenuantes muy cualificadas** previstas en las circunstancias 4.^a y 5.^a del art. 21 C. P. y obtener una rebaja en la pena de hasta **dos grados** (art. 66.1.2.^a C. P.).

⁸ También en los U. S. A. Vide PÉREZ CEBADERA, «El principio del consenso en Estados Unidos», en *Mediación, Justicia y Unión Europea*, epígrafe III.

⁹ Véase, en lo referente al proceso de menores, GONZÁLEZ NAVARRO, *La mediación penal...*, cit., p. 672.

4. El mediador

Característica esencial de este medio de solución de los conflictos es la intervención del **mediador**, en quien ha de concurrir los requisitos de **profesionalidad, neutralidad e imparcialidad**.

Pero el mediador, a diferencia del árbitro, no soluciona el conflicto, sino que su función, realizada fundamentalmente a través de distintas audiencias, consiste en dialogar con las partes y persuadirlas de que intenten una solución autocompositiva en todo lo referente a la pretensión civil y heterocompositiva en la penal.

5. Objeto

El objeto de la mediación consiste, en primer lugar, en obtener una **reparación** de la víctima de manera que, mediante la solución de su conflicto intersubjetivo, se satisfaga puntual y plenamente su derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta satisfacción de la víctima permitirá, de un lado, que no comparezca en el proceso penal como acusador particular, en cuyo caso se opondría a una eventual sentencia de conformidad y ocasionaría la frustración de la mediación penal y, de otro, autorizará al órgano jurisdiccional a aplicar la referida atenuante del art. 21.5.^a C. P. o la suspensión de la pena si se ha efectuado dicha reparación (art. 80.1. II y 2.3.^a C. P.).

6. La resolución judicial

La mediación puede ocasionar un auto de sobreseimiento (así, el supuesto del art. 963.1.1.^a LECrim o el de la petición vinculante de sobreseimiento del art. 782 LECrim¹⁰), pero lo más normal será finalizar el proceso mediante una **sentencia explícita o implícita de conformidad**.

a) Denominamos **sentencia explícita** de conformidad a la que puede obtenerse, bien dentro de la instrucción ante el Juez de Guardia, en el enjuiciamiento rápido (arts. 801 y 779.1.5), bien en el juicio oral, normalmente como **conformidad negociada** o «*plea bargaining*», al amparo de lo dispuesto en el art. 787.1 LECrim.

¹⁰ STS 1045/2007, de 17 de diciembre o doctrina Botín, cfr.: mi artículo «La doctrina del T. S. sobre la acusación popular: los casos “BOTÍN” y “ATUTCHA”», *Diario La Ley*, 2008, núm. 6970.

b) Por el contrario, la **sentencia implícita** de conformidad sucederá dentro del juicio oral, lo que necesariamente ha de ocurrir, ante la prohibición del art. 87 ter LOPJ¹¹ en los delitos de violencia de género o cuando la pena solicitada exceda de los 9 años de privación de libertad (art. 757 LECrim), en cuyo caso, debido a la existencia de la congruencia cuantitativa a la petición de pena del M. F. (art. 789.3)¹², el M. F. puede obtener extraprocesalmente una conformidad negociada con la defensa lo que ocasionaría una sustancial rebaja en la individualización de la pena.

7. La reinserción del imputado

Una de las finalidades esenciales de la mediación penal reside en la obtención de la reinserción del imputado o, al menos, la de evitar los efectos criminógenos que la pena privativa de libertad le puede deparar. Y es que, diga lo que diga el art. 25.1 C. E., la pena privativa de libertad no sirve para la rehabilitación del condenado, pues, los centros penitenciarios suelen ser para los jóvenes no reincidentes, en muchas ocasiones, auténticas «escuelas de la delincuencia».

¹¹ El art. 87 ter. LOPJ, introducido por la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con ocasión de la determinación de la competencia objetiva de los Juzgados de violencia sobre la mujer, establece en su ordinal 5 la siguiente prohibición: «*En todos estos casos está vedada la mediación*».

La redacción de este precepto ha llevado al Protocolo del CGPJ de 2015 a afirmar que «...respecto a los delitos que pueden ser derivados a mediación, únicamente quedan excluidos *ab initio* los delitos de violencia de género, dada la expresa prohibición normativa existente».

Permítasenos, sin embargo, discrepar de esta conclusión, pues la redacción del precepto nos sugiere otra interpretación sistemática, según la cual, debido a que el art. 87 ter LOPJ está destinado única y exclusivamente a regular la competencia objetiva de las Juzgados de instrucción especializados en la violencia de género, la **mediación estará prohibida en la fase de instrucción** ante dicho Juzgado de Instrucción especializado, **pero será perfectamente lícita la práctica de una mediación por delitos de género en la fase intermedia y de juicio oral**, efectuada ante el Juzgado de lo Penal o ante la Audiencia Provincial, órganos jurisdiccionales estos últimos a quienes no les alcanza la referida prohibición.

En cualquier caso, pensamos que dicha prohibición debiera ser revisada y anulada por el legislador, ya que viene a desconfiar de la labor de nuestros Jueces/as de violencia de género quienes saben perfectamente distinguir entre un delito de violencia de género con peligro para la integridad física de la víctima y en el que el agresor ejerce una influencia dominante (supuesto que siempre habrá de ser excluido de la mediación), del que podría ser reconducido a una solución amistosa, revelándose en la práctica, con las retractaciones de la víctima en el proceso incluidas (ante la posibilidad, por ej., de que el varón sea sometido a prisión provisional y no pueda satisfacer los alimentos), como contraproducente.

¹² En el ámbito del proceso penal abreviado, el art. 789.3 se establece también una congruencia cuantitativa, al prohibir al tribunal la irrogación de un «*quantum*» de pena superior al solicitado por las partes acusadoras. Esta prescripción fue generalizada por el T. S. y extendida al sumario ordinario o proceso penal por delitos graves (STS 1.319/2006, de 12 de enero y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, de 20 de diciembre de 2006), no sin alguna resolución contraria (vgr.: STS de 1 de junio de 2007).

Por ello, hay que evitar, en la medida de lo posible, que sobre todo el joven delincuente no reincidente sea sometido a una prisión provisional o a una pena privativa de libertad definitiva. Para el logro de este objetivo, surge también la mediación penal que, fundamentalmente en los supuestos de delitos menos graves con pena privativa no superior a los 2 años, permitirá la suspensión de dicha pena (art. 80 C. P.) o su conversión en otra privativa de derechos (art. 83), lo que autoriza al M. F. a instar del juez una **sentencia de conformidad bajo condición de cumplimiento por el condenado de determinadas prestaciones que contribuyan a su rehabilitación** (así, por ej., el sometimiento voluntario a un procedimiento de curación alcohólica o de dependencia al consumo de drogas – art. 83.1.7.^a C. P.–).

V. EL PRINCIPIO MATERIAL DE OPORTUNIDAD

La mediación penal constituye, como se ha dicho, una manifestación del principio de oportunidad, que, aun cuando, a diferencia del de legalidad (arts. 124.1 C. E., 100, 105.1 LECrim, 1, 3, 4 y 6 EOMF), no se encuentre expresamente proclamado en nuestro ordenamiento, sí que está vigente en los supuestos contemplados en la Ley.

Por principio de oportunidad cabe entender la facultad que el ordenamiento procesal confiere al M. F. para que, no obstante la sospecha de la comisión de un delito público, pueda dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una conformidad que efectúe una reducción sustancial de la pena a imponer al encausado en los casos expresamente previstos por la norma y siempre y cuando hayan de tutelarse intereses constitucionalmente protegidos.

La vigencia del principio de oportunidad constituye un presupuesto necesario de la viabilidad de la mediación penal, puesto que esta solución heterocompositiva tan sólo sucederá, en la práctica forense, cuando una norma material de nuestro C. P., pueda otorgar a la defensa una determinada ventaja en la reducción de la pena, lo que constituirá, para ella, su causa que le permitirá suscribir el negocio jurídico de conformidad.

De lo dicho se desprende que dicho principio no permite la consagración de la arbitrariedad, ni se opone al de legalidad, sino que más bien lo complementa en la medida en que son razones de política criminal y de interés público los que autorizan al legislador a permitir las rebajas en

la pena, siempre y cuando se cumpla el presupuesto fáctico de la norma penal habilitante.

Hablar, pues, de «oportunidad reglada» es hoy una tautología¹³, pues, por supuesto, la aplicación del principio de oportunidad exige también el cumplimiento del principio de legalidad.

Y es que el principio de oportunidad, como se ha dicho, no ampara la arbitrariedad, ni los intereses espurios. Dicho in-ejercicio de la acción penal o petición de sobreseimiento ha de estar, en primer lugar, autorizado por una norma procesal y, en segundo, fundado en un interés constitucionalmente protegido.

Cuáles sean esos intereses constitucionalmente protegidos nos lo determina el art. 124.1 C. E., el cual faculta al M. F. no sólo a «*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad*», sino también en la «*de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*».

En el proceso penal por «*interés público*» hay que entender el «*ius puniendi*» del Estado, para cuya aplicación es necesario el descubrimiento de la verdad material, lo que aconseja, por ejemplo que, en supuestos de terrorismo o de criminalidad organizada (extensible «*de lege ferenda*» a la lucha contra la corrupción política), los autores de delitos puedan beneficiarse de una rebaja de la pena, si, a través de la confesión/delación, colaboraran eficazmente con el M. F. en orden a determinar la responsabilidad penal de los principales autores o al desmantelamiento de la organización criminal. También responde a esta tutela del «*interés público*», como veremos, la **protección de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social**.

Y «*por derechos de los ciudadanos*» en el proceso penal cabe entender, tanto el derecho a una pronta **reparación de la víctima**, como el del **encausado a su reinserción social**, así como a obtener una **pena proporcionada con su culpabilidad**.

Veamos, a continuación, con base en qué intereses públicos o tutela de los derechos de los ciudadanos nuestro Código Penal¹⁴ autoriza la aplicación de este principio de oportunidad y posibilita, por tanto, la solución del conflicto a través de la mediación penal.

¹³ El término conformidad «reglada» fue ideado por un excelente Fiscal y vocal entonces del CGPJ (tristemente fallecido), Antonio GONZÁLEZ CUÉLLAR, para evitar las críticas que surgieron, en la década de los años 80, ante la publicación de un artículo mío, intitulado «Los procesos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», *Poder Judicial*, núm. 2, 1988, pp. 31-52.

¹⁴ Nuestro agradecimiento al Fiscal del T. S., Juan Carlos LÓPEZ COIG, por sus indicaciones sobre los tipos penales que posibilitan el principio de oportunidad.

Distinguiremos, a tal efecto, los supuestos comunes, contenidos en la Parte General, de los especiales.

1. Supuestos comunes (Parte General)

Son supuestos comunes de aplicación del principio de oportunidad y aplicables, por lo tanto, a cualquier género de proceso, la atenuante cualificada de la regla 5.^a del art. 21 C. P. (la «*reparación del daño*»), la remisión condicional del art. 80 y la suspensión o conversión de la aplicación de la pena privativa de libertad del art. 82 C. P.

A) LA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO

Tal y como establece el art. 21.5.^a C. P., constituye una circunstancia atenuante «*la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*»¹⁵.

Esta circunstancia, que suele ir acompañada con la de *arrepentimiento* de la regla 4.^a del art. 21 C. P. (pues la mediación exige, como se ha dicho, la confesión del hecho por parte del investigado), puede ser solicitada por el M. F. como muy cualificada, en cuyo caso permitirá una rebaja de la pena de hasta dos grados (art. 66.1.2.^a C. P.).

Pero, la aplicación de esta atenuante exige que lo sea en una sentencia **explícita de conformidad**, esto es, pronunciada «*con anterioridad a la celebración del juicio oral*».

Incluso con mucha anterioridad, tratándose de delitos leves, si se cumplen los requisitos contemplados en el art. 963.1.1.^a LECrim, el Juez de instrucción podrá acordar, tan pronto como reciba el atestado, el sobreseimiento. Dispone a este respecto el referido precepto (introducido por la L. O. 1/2015) que el Juez de instrucción «...«*acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en*

¹⁵ Sobre dicha atenuante y el art. 88 C. P., véase MAGRO, «La experiencia en la mediación penal de la Audiencia Provincial de Alicante», en *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., epígrafe 2.

*la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la **reparación del daño** y no exista denuncia del perjudicado»* (arts. 963.1.1.^a y 964.2.a LECrim).

De la redacción del precepto claramente se infiere, pues, que, para que proceda este sobreseimiento por razones de oportunidad, el art. 963.1.1.^a requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) que el procedimiento verse sobre un delito leve de muy escasa gravedad, atendida «*la naturaleza del hecho y sus circunstancias*» o, lo que es lo mismo, que el objeto del proceso lo constituya un delito «*bagatela*» (vgr.: hurtos de escaso valor en supermercados...) o atendidas «*las circunstancias de su autor*» (y, así, habrá de ponderar si fuera o no reincidente y el peligro de reiteración); b) que el M. F. solicite expresamente el sobreseimiento; c) que, en los delitos patrimoniales, se haya reparado el daño (así, por ej., la devolución de la cosa sustraída), y e) que «*no exista denuncia del perjudicado*».

En cualquier caso el auto de sobreseimiento ha de notificarse a la víctima (arts. 636 y 779.1.1.^a LECrim y art. 7.1 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima), quien podrá impugnarlo y obtener la reapertura de la instrucción.

B) LA SUSPENSIÓN ORDINARIA Y LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Tanto la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas del art. 80, como la suspensión condicionada o conversión de la pena privativa de libertad en otra limitativa de derechos¹⁶ de los arts. 82 y s.s., poseen un común denominador, cuál es su finalidad, consistente en conjurar el riesgo de reiteración delictiva y (aunque la Ley no lo diga) posibilitar la reinserción del investigado.

a) Difieren, sin embargo, en que, para la aplicación de la suspensión ordinaria de la pena, es necesario que la condena sea inferior a los 2 años de privación de libertad (art. 80.2.2.^a) o a los 5 en el caso de drogodependien-

¹⁶ Véase al respecto la excelente monografía de GARCÍA SAN MARTÍN, *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*, Madrid, 2017.

tes¹⁷, que el investigado «*haya delinquido por primera vez*» (art.80.2.1.^a) y «*que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado...*» (art. 80.2.3.^a).

Téngase en cuenta que el pago a la víctima de su indemnización posibilitará además rebajar la pena hasta 2 grados con lo que la comisión de un delito grave puede, a través del cumplimiento de la circunstancia atenuante del art. 21.5.^a C. P., alcanzar este límite cuantitativo y hacerse acreedora la conducta de la suspensión de la pena privativa de libertad.

b) En la conversión de dicha pena privativa en otra limitativa de derechos del art. 83 C. P., sin embargo, ni opera el presupuesto cuantitativo de que la condena sea inferior a los 2 años, ni ha de concurrir el requisito de ausencia de antecedentes penales, ni el de la satisfacción de la indemnización a la víctima.

Pero, a lo que sí ha de comprometerse el imputado es a la ejecución de las prestaciones que el art. 83 C. P. establece, de entre las que se encuentra «*el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación*» (art. 84.1.1.^a, introducido por la L. O. 1/2015) y que, en general, están dirigidas a obtener su reinserción social. De aquí que el establecimiento de estas prestaciones haya de realizarse en una sentencia, explícita o implícita de conformidad, pero **bajo condición suspensiva** de su efectivo cumplimiento, de tal suerte que, si el condenado no llevara a buen término sus finalidades de reinserción o de amparo de la víctima, el órgano jurisdiccional podrá revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 86 C. P.).

E idéntica solución, la de la condición suspensiva, puede suceder en la aplicación de la suspensión extraordinaria a los drogodependientes del art. 80. 5 C. P.¹⁸

¹⁷ Art. 80.5 C. P.: «*Aun cuando no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación».

Véase GARCÍA SAN MARTÍN, *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*, Madrid, 2017, pp. 51 y s.s.

¹⁸ Cfr.: García San Martín, op. y loc. cit.

2. Supuestos específicos (Parte Especial) ¹⁹

Como supuestos específicos del principio de oportunidad en los que una norma penal autoriza al M. F. a solicitar y al tribunal aplicar una rebaja sustancial de la pena, caben mencionar, sin ningún ánimo exhaustivo, los siguientes:

A) FUNDADOS EN UNA MEJOR APLICACIÓN DEL «IUS PUNIENDI»

Existen preceptos en el C. P. que, tratándose de delitos de criminalidad organizada, el autor que, mediante su delación, colabore en su persecución, puede beneficiarse de sustanciales rebajas en la pena.

Así el art. 579 bis.3²⁰, inspirándose en el parágrafo 153.e de la StPO alemana y, en último término, en la legislación antiterrorista italiana, estableció y mantiene el principio de oportunidad vía material, mediante la instauración de excusas absolutorias o rebajas de la pena en uno o dos grados para aquellos terroristas que efectuaran dicha delación y que colaboren activamente para el desmantelamiento de la organización terrorista.

Algo similar ocurre también con la delación de los representantes de las personas jurídicas que, a modo de los «*whistleblowers*», se encuentra prevista como circunstancia atenuante en el art. 31 quater C. P.²¹ o en la delación de miembros pertenecientes a organizaciones criminales contra la salud pública

¹⁹ Nuestro agradecimiento al Fiscal del T. S., Juan Carlos LÓPEZ COIG por la información suministrada.

²⁰ «3. En los delitos previstos en este Capítulo (terrorismo), los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado».

²¹ «1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.»

contemplada en el art. 376 C. P.²² o, en general, la de los integrantes de cualquier grupo u organización criminal –art. 570 quater.4 C. P.–²³.

B) PROTECCIÓN DEL ERARIO PÚBLICO

Otro grupo de delitos, informados asimismo por el principio de oportunidad, lo integran los delito fiscal y contra la Seguridad Social.

De este modo, el art. 305.4 C. P. contempla como condición objetiva de punibilidad la regularización de la deuda fiscal²⁴, en cuyo caso, cumplida esta condición, si se iniciara el proceso, habrá de finalizar mediante auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria.

Asimismo, el número 6.º del mismo precepto consagra una excusa absolutoria, consistente en satisfacer la deuda tributaria en un plazo de 2 meses posteriores a la citación judicial como imputado²⁵, en cuyo caso se le autoriza al M. F. a solicitar una rebaja de pena de 1 o 2 grados (art. 570 quater.4).

²² «En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.»

²³ «4. Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.»

²⁴ «4. Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.»

²⁵ «6. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito.»

Similares prescripciones consagran los arts. 307.3 y 5²⁶ y 307 ter 3 y 6²⁷ del C. P. en todo lo referente a los delitos contra la Seguridad Social.

C) REPARACIÓN DEL DAÑO

En estrecha relación con el interés público de la reparación de la víctima se encuentra también, sobre todo en delitos de riesgo, la reparación del daño causado.

Así, en los delitos de incendios, la reparación del daño ocasionado posibilitará la rebaja de la pena en uno o dos grados (arts. 351²⁸ y 358 bis²⁹ C. P.) y, en los delitos contra la ordenación del territorio, urbanismo, protección del patrimonio histórico y medio ambiente, dicha reparación permitirá la rebaja en un grado de la pena (art. 340³⁰ C. P.).

²⁶ «3. Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

5. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.»

²⁷ «3. Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

6. Resultará aplicable a los supuestos regulados en este artículo lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 307 del Código Penal.»

²⁸ «Los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años. Los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho.»

²⁹ «Lo dispuesto en los artículos 338 a 340 será también aplicable a los delitos regulados en este Capítulo.»

³⁰ «Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.»

D) LA REINSERCIÓN DEL IMPUTADO

Cuando el C. P. permite la suspensión de la pena privativa de libertad y el establecimiento de la pena de multa u otra privativa de derechos es claro que, aunque la norma no lo diga, lo que se persigue es obtener la reinserción del imputado al evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad.

Ello es lo que acontece, por ejemplo, con el art. 181.1 relativo a los abusos sexuales sin violencia o intimidación³¹ o con lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 796³² que permite al órgano jurisdiccional rebajar la pena en uno o dos grados si el drogodependiente concluyera con éxito su procedimiento de deshabitación y el art. 80.5 que, como se ha dicho, permite la suspensión de la ejecución de la pena.

E) LA ESCASA CULPABILIDAD DEL INVESTIGADO

Finalmente otro importante grupo de delitos autorizan al M. F. a instar del tribunal una sustancial rebaja de la pena cuando la culpabilidad del investigado fuera escasa. Ello es lo que acontece, por ej., con lo dispuesto en el art. 65.3 referente a la culpabilidad del *extraneus*³³, con los delitos que pudiera cometer el receptor de un órgano humano ilícitamente trasplantado (art. 156 bis.2³⁴), con el de corrupción en los negocios del art. 286 bis.3³⁵, con el delito contra los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis.6³⁶ o los delitos contra

³¹ «1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.»

³² «Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabitación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.»

³³ «3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.»

³⁴ «2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.»

³⁵ «3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.»

³⁶ «6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.»

la salud pública previstos en el segundo párrafo del art. 368³⁷, con el delito de reunión o manifestación ilegal del art. 514.2³⁸ o el de tenencia ilícita de armas del art. 565³⁹ C. P

F) LA TUTELA DE LA VÍCTIMA

En nuestro Código Penal, la tutela de la víctima puede ser absoluta o relativa.

a) La **absoluta** integra otra manifestación del principio de oportunidad que se manifiesta en las **acciones penales privadas** o, dicho en otras palabras, en las acciones derivadas de la comisión de un delito privado.

En estos delitos, el ofendido ostenta, tanto el monopolio del ejercicio de la acción penal, como también le puede asistir el de la extinción, mediante el perdón, de la responsabilidad penal.

Este derecho absoluto, tanto a la no perseguibilidad del delito, como a la extinción de la responsabilidad penal del delincuente tan sólo sucede en los delitos privados, los cuales vienen determinados por los de injurias y calumnias (art. 215.1).

b) En los delitos semipúblicos la tutela de la víctima es más **relativa**, habiéndose de distinguir:

a') Los del **monopolio relativo de la acción penal por el ofendido**, que posibilitará su ejercicio por el M. F. cuando éste estime la prevalencia del «*interés público*». Nos estamos refiriendo a los **delitos semipúblicos con interés público** que están integrados por los de agresiones, acosos y abusos sexuales (art. 191), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 287) y los delitos societarios (art. 296).

³⁷ «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.»

³⁸ «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.»

³⁹ «Los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.»

b') Los **delitos semipúblicos «puros»**, en los que el ofendido conserva el monopolio de la acción penal, pero no el de la extinción del proceso mediante la remisión. Tales delitos vienen integrados exclusivamente por los delitos de reproducción asistida (art. 162), de abandono de familia contemplados en el art. 228, el homicidio cometido por imprudencia menos grave, las lesiones y coacciones de carácter leve, la injurias de violencia doméstica de carácter leve (arts. 142.2. IV, 147.4, 152.2. IV, 172.3.3, 173.4, introducidos por la L. O. 1/2015) y los delitos leves sin interés público y patrimoniales (arts. 963.1.1.^a y 964.2.a LECrim, introducidos por la Disp. Final 2.10 de la L. O. 1/2015).

c') Los **delitos semipúblicos con interés privado**, en los que el ofendido es dueño de la incoación y de la extinción del proceso penal, por cuanto sin su denuncia no se incoará el proceso y puede finalizarlo a través del perdón, con lo que vienen a asemejarse estas acciones con las dimanantes de la comisión de delitos privados. A esta categoría pertenecen los delitos de descubrimiento y revelación de secretos por los particulares (art. 201 CP) y los de daños (art. 267. II y III).

VI. PROCEDIMIENTO

La mediación procesal penal puede suceder en cualquier estadio del procedimiento, esto es, dentro de la **fase instructora**, de la **intermedia**, del **juicio oral** e incluso en el **proceso de ejecución**.

Pero, si se pretende cumplir con una de las finalidades esenciales de la mediación, cual es la de obtener la rápida solución de los conflictos, social e intersubjetivo, que originan y subyacen al proceso penal, la mediación debiera transcurrir, siempre que sea posible, al inicio de la fase instructora.

Dentro de la fase instructora hemos de diferenciar las actuaciones mediadoras en las diligencias policiales de prevención y en la instrucción judicial.

1. Las diligencias policiales de prevención

Aunque no estén legalmente autorizados los funcionarios de la policía judicial a dictar una resolución de derivación del objeto procesal a la mediación⁴⁰, pues su misión se reconduce, una vez investigada la «*notitia criminis*»,

⁴⁰ Laguna que debiera ser colmada, cuando se promulgue la anhelada Ley estatal de mediación penal, mediante el otorgamiento a la policía judicial y local de facultades de mediación.

a remitir el atestado a la autoridad judicial o al M. F. (arts. 284, 295, 496.11, 773.2 LECrim), **sí deben comprobar**, tras prestar declaración al detenido y a la víctima, **la concurrencia o no de los presupuestos de la mediación**, cuales son, de un lado y fundamentalmente, el reconocimiento por el investigado de su participación en el hecho punible y su voluntad reparadora, así como, de otro, la posibilidad de obtener el perdón o la voluntad autocompositiva de la víctima de cuyos extremos habrán de dejar constancia en las diligencias policiales de prevención.

En tal supuesto de posibilidad de éxito de la mediación, no debiera el atestado ser remitido a la autoridad judicial, sino, con base en lo dispuesto en el art. 773.2, debería ser **enviado a la Fiscalía a fin de que**, tras la realización de una investigación preliminar, **fuera el M. F.** y no el Juez de instrucción **quien dictara el Decreto de derivación a la mediación** en el que, en un plazo de 3 meses⁴¹ y nunca superior al de los 6 de finalización de dichas Diligencias Informativas (art. 5. V EOMF⁴²), habrá de concluirse el proceso de mediación.

La razón de que sea el Fiscal y no el Juez quien dicte esta resolución, se nos manifiesta bastante clara, pues, con independencia de los prejuicios que el Juez de instrucción pueda adoptar sobre la culpabilidad del investigado confeso, que le inhabilitaría para conocer ulteriormente de un juicio por delitos leves, la derivación a la mediación constituye siempre una manifestación del principio de **oportunidad** y, en cuanto tal, es más propia del M. F., que de la autoridad judicial, siempre sometida, con exclusividad, al principio de legalidad⁴³.

2. La fase instructora

El Decreto de derivación al procedimiento de mediación, dictado, bien por el **Letrado de la Administración de Justicia** (si se adoptara en el seno de

⁴¹ Según lo dispuesto en el art. 20 de la L. 5/2012: «*La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*».

⁴² «*La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado*».

⁴³ Naturalmente de esta regla general de entrega del atestado al M. F., hay que excluir los procesos en los que el M. F. haya de instar la aplicación de una medida de limitación de algún derecho fundamental, como lo sería la petición de conversión de la detención en prisión provisional, la de un auto de entrada y registro o de intervención de las comunicaciones.

En todos estos casos, a los que cabría añadir la previsión de una investigación compleja que exija una multiplicidad de actos instructorios y, por supuesto, cuando no sea factible la práctica de mediación alguna (así, por ej., en los delitos de violencia de género), la policía judicial habrá de remitir el atestado al Juez de instrucción competente.

una instrucción judicial), bien por el **Ministerio Fiscal** en el de sus Diligencias Informativas, habrá de ser minuciosamente motivado, de tal suerte que, en él, se explicitará las Diligencias que lo motivan y la voluntad de las partes del sometimiento a la mediación, se determinará su objeto en el que ha de consistir la mediación y, si resulta procedente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 LEC, decretar o no la suspensión del procedimiento penal.

Dicho Decreto será notificado, en primer lugar, al órgano encargado de la gestión de los mediadores. Por dicho órgano y ante la inexistencia de una Ley de mediación penal, el Protocolo del CGPJ⁴⁴ propone la instauración de «una unidad judicial gestionada desde los servicios comunes de los Tribunales, o bien desde el Decanato o Presidencia del Tribunal, al frente de la cual estuviera un Letrado de la Administración de Justicia o Gestor, con formación específica de mediación» y «de no existir servicio ni unidad en el ámbito común de un tribunal y en tanto no se desarrollen, será en la Secretaría del Decanato o la Secretaría de la Presidencia del Tribunal provincial o autonómico donde se contará con un listado o **panel de mediadores**, que deberán cumplir los requisitos de formación y experiencia que en cada caso se determinen y se distribuirán entre ellos las mediaciones que se deriven desde los Juzgados y Salas, debiendo comunicarse por el Decanato o Secretaría de Presidencia el mediador asignado en cada caso al Juzgado solicitante» y, en segundo, a las partes (quienes podrían recusar al mediador) y, de modo especial, a la **víctima** ya que le asiste el derecho a la información de los actos de la justicia restaurativa⁴⁵.

En dicho Decreto, se les informará a las partes de su **derecho a comparecer mediante Abogado**, debiéndose distinguir: a) en el caso del investigado, su derecho a nombrar Abogado de su confianza, advirtiéndole de que, si no lo efectuara en el plazo que se le designe, se le nombrará **de oficio** (art. 767 LECrim)⁴⁶, siempre con anterioridad a la primera sesión o «fase de aproximación» (infra. III.2. A), y b) si se tratara de la víctima, hay que ilustrarle de la conveniencia de nombrar **Abogado de su elección** o de reclamar la intervención de uno de oficio, si concurrieran los presupuestos de la justicia gra-

⁴⁴ *Protocolo...*, cit., pp. 97-100.

⁴⁵ Arts. 19.19 y 27.k del R. D. 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

⁴⁶ «Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un Abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado».

tuita (arts. 5.1.c⁴⁷ L. 4/2015 del Estatuto de la víctima y 19.3, 21.4, 27.b del R. D. 1109/2015).

A partir de ahí comienza ya el procedimiento de la mediación que, aunque sea manifiestamente informal, pudiendo las partes y el equipo de mediación efectuar las etapas que estimen convenientes, la doctrina⁴⁸ señala las siguientes fases que podrían adoptarse: A) la de preparación; B) la de encuentro; C) la de negociación y D) la de ejecución.

Si la mediación hubiera concluido con éxito, se redactará también un acta en el que, tras hacer constar el reconocimiento de hechos por parte del agresor y su voluntad resarcitoria tendrá un doble contenido: a) en cuanto a la **pretensión civil** resarcitoria se hará constar la existencia de una **transacción** en la que el investigado, encausado o incluso condenado se obligará al cumplimiento de la totalidad de las prestaciones (definitivas o futuras mediante condición), tras lo cual se ofrecerá dicho negocio jurídico transaccional, para su homologación, a la Autoridad judicial, en cuyo caso tendrá todos los efectos de la cosa juzgada (art. 415.2 LEC), y b') en todo lo referente a la **pretensión penal**, se ofrecerá al M. F. la realización de un **negocio jurídico procesal** que, según el estadio procesal de la conformidad, habrá de traducirse, bien en una sentencia de conformidad, bien de fondo, bien en una resolución judicial de suspensión de la ejecución o de sustitución de la pena privativa de libertad⁴⁹.

⁴⁷ «Toda víctima tiene derecho a recibir información sobre: c) Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente.»

⁴⁸ Fundamentalmente BARONA VILAR, *Mediación penal...*, cit., pp. 373 y s.s.

⁴⁹ Acerca de la impugnación del acuerdo véase MARTÍN DÍZ, *Medios de impugnación y mediación penal*, en «Sobre la mediación penal (Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español)», Madrid, 2912, pp. 471 y s.s.

CONCLUSIONES

I. DERECHO JUDICIAL ORGÁNICO

1. La existencia de 3 juzgados para el conocimiento de la impugnación de cláusulas abusivas (los Juzgados de 1.^a instancia para las condiciones de la contratación, de 1.^a instancia especializados en cláusulas abusivas de las hipotecas, y los de lo Mercantil para las acciones colectivas de cesación) constituyen un claro ejemplo paradigmático de la necesidad de instaurar los anunciados **Tribunales de Instancia**.

2. El requisito de la «*condición de especialista*» para la provisión de las plazas previstas en los arts. 330.7. II y 333.1 LOPJ, **no puede interpretarse**, bajo el riesgo de vulnerar el derecho al juez legal, **como especialista de la Jurisdicción civil o de la penal**, toda vez que esta condición se presume en todo juez o magistrado.

3. La «*violencia sobre la mujer*» **no constituye objeto de disciplina jurídica especializada** alguna que legitime, por tanto, la promoción a la 3.^a vacante de Magistrado contemplada en el art. 311.1. III LOPJ.

4. La promoción de los jueces y magistrados ha de realizarse con arreglo al único criterio que la C. E. autoriza: su **capacidad y mérito**. Por ello, junto al doctorado, los másteres y cursos de especialización efectuados por el aspirante, debieran utilizarse, para su valoración, **buscadores informáticos inteligentes** que determinaran, en sus resoluciones, el número de citas de sen-

tencias de los más altos tribunales europeos y nacionales, así como de la doctrina científica.

5. Con la **entrada de los medios audiovisuales en el proceso, ha quedado minusvalorada la función del Secretario judicial** como depositario de la fe pública judicial. La promulgación, por otra parte, de la L. O. 19/200, de reforma de la LOPJ ha convertido a los Letrados de la Administración de Justicia en **funcionarios públicos dependientes del Poder Ejecutivo central** y, por tanto, **sin legitimación constitucional alguna para ejercitar funciones jurisdiccionales**. Por ello, junto a sus Decretos que carezcan de control judicial, debiera también suprimirse su examen de oficio de determinados presupuestos procesales, así como su competencia sobre la admisión de la demanda.

6. **La utilización en la justicia de medios telemáticos y electrónicos**, como el sistema LexNET u otros autonómicos **ha puesto en tela de juicio la función del Procurador como órgano de comunicación con los tribunales, la cual ha devenido innecesaria**. Por ello, **debiera permitirse la potestativa asunción por el Abogado de la representación procesal** en todos los procesos, de tal suerte que la comunicación con el órgano jurisdiccional fuera directa sin intermediación alguna del Procurador.

7. El ejercicio del **derecho de acceso de los ciudadanos al expediente electrónico**, establecido por el art. 4 de la Ley 18/2011, **debiera conllevar**, en primer lugar, **la inaplicación, para ellos, de los tratamientos honoríficos del personal jurisdiccional** establecidos en el art. 324 LOPJ y, en segundo, la **simplificación del lenguaje jurídico**, que, sin merma de la precisión de los conceptos, fuera más accesible a los ciudadanos legos en Derecho.

8. Aunque la utilización de algoritmos deba desterrarse para la aplicación de penas privativas de libertad, **nada impide que la inteligencia artificial –IA– pueda convertirse en un auxilio de los jueces** de instrucción, órganos jurisdiccionales penales e incluso **del Ministerio Fiscal y de la policía judicial**.

9. En particular, la **IA en el proceso penal** podría aplicarse en la **propuesta de resolución** de las siguientes materias: el cómputo del cumplimiento efectivo de las penas, el examen de los presupuestos procesales, las medidas cautelares civiles, el decomiso, las resoluciones provisionales, el archivo del atestado por inexistencia de autor conocido y el sobreseimiento de los delitos bagatela, la mediación penal y la conformidad negociada, el proceso por aceptación de Decreto y otras resoluciones.

10. Asimismo, la **IA en el proceso civil** no debiera utilizarse en los procesos de tutela de derechos fundamentales y en los especiales de una gran complejidad. Podría, sin embargo, la IA aplicarse en la **propuesta de resolución** de las siguientes materias: determinados procesos especiales, el juicio verbal por razón de la cuantía, los monitorios, las sentencias dimanantes de las «*Sentencia-testigo*» en materia de cláusulas abusivas e intereses colectivos y difusos, los actos de la jurisdicción voluntaria, los presupuestos procesales y otras resoluciones.

II. DERECHO PROCESAL PENAL

11. La simplificación de la justicia penal tropieza con 2 graves obstáculos: a) una arcaica concepción del principio de legalidad exclusivamente retribucionista, y b) la vigencia de 5 procesos ordinarios más 2 especiales con vocación de ordinarios (de entre los que el proceso común es el abreviado), se erige en un factor de retardo y una fuente de inseguridad jurídica.

12. Las medidas de simplificación podrían establecerse a corto y a medio plazo:

12.1 A corto plazo:

A) El **principio de oportunidad** debiera potenciarse en la LECrim para obtener la pronta reparación de la víctima y la reinserción del imputado, incluso en los delitos graves (también en los de violencia contra la mujer) que posibiliten, dentro de la instrucción y por una vía similar a la del art. 779.1.5.^a, una **conformidad negociada** en la que habría de aplicarse la atenuante cualificada de la regla 5.^a del art. 21 C. P. (la «*reparación del daño*»), la suspensión de la pena de los arts. 80-83, la sustitución de la pena privativa de libertad del art. 84 C. P. o las rebajas de la penalidad contempladas en la Parte Especial del C. P., incluidos las de los terroristas arrepentidos y «*whistleblowers*» societarios y de corruptos.

En particular, debiera promulgarse **una Ley de simplificación de la conformidad que reduzca las 9 conformidades existentes en nuestra LECrim a una sola**, en la que se plasmen todas sus finalidades (desmantelamiento de organizaciones criminales, reparación de la víctima y reinserción del imputado), **pero con** la instauración de **2 modalidades**: a) la **conformidad al inicio de la instrucción**, y b) la **conformidad negociada en todo tipo de procesos**, entre la acusación y la defensa, que prevista por la Instrucción de la FGE 2/2009,

de 22 de junio, ha sido objeto de recomendación por la Propuesta de la FGE de 24 de abril de 2020.

B) Al igual que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, **debiera promulgarse una nueva Ley de mediación penal**, en la que, cumplidos los presupuestos de la confesión del investigado y su voluntad reparadora, **el Juez de instrucción derivaría la mediación a la Fiscalía**. Una vez realizada con éxito por los equipos pertinentes, propondrían a la defensa y al M. F. la pertinente conformidad negociada, que habría de ser homologada por la autoridad judicial.

12.2 A medio plazo: la promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A) Como punto de partida de la reforma debiera subrayarse que **el incremento de la rapidez y de la eficacia de la justicia penal en la nueva LECrim debiera efectuarse sin merma alguna de las garantías habidas en el derecho de defensa y en el principio acusatorio**.

B) **El régimen de intervención del Abogado defensor no puede ser similar al de las «diligencias informativas»** del art. 773.2, por lo que debiera suscribirse el del Anteproyecto de 2013; sin embargo, **habría de derogarse también el régimen de impugnación devolutiva de todas las resoluciones** no exceptuadas (trazado en la actualidad por el art. 766.1), ya que, en el modelo del M. F.-Director de la instrucción, sería suficiente trasladar las alegaciones contra los Decretos a su superior jerárquico y excepcionalmente autorizar la apelación ante el Juez de garantías.

C) **El régimen de intervención de la víctima en la instrucción del M. F. debiera reconocerle todo el estatus procesal de parte principal**, habida cuenta de que el ofendido ostenta la titularidad del derecho fundamental a la tutela judicial.

D) La **acusación popular**, por el contrario, tan sólo es titular de un derecho constitucional de configuración legal. Por tanto, **a fin de evitar la acusaciones chantajistas o electoralistas, debiera suprimirse su ejercicio a los partidos políticos e incluso establecer un listado de delitos** que permita su intervención tan sólo cuando se comprometa el patrimonio social colectivo.

E) **Debe mantenerse la acumulación de la acción civil al proceso penal**, sin perjuicio de que ante delitos con un gran número de perjudicados o que generen una acción civil de gran complejidad, deba su ejercicio reservarse para el declarativo correspondiente.

F) La doble naturaleza de la segunda instancia que propone el Ant./2011 (apelación amplia para la defensa y recurso extraordinario para la acusación),

podría originar resultados contraproducentes, como lo sería la negación a la víctima de su derecho a recurrir un sobreseimiento, el de la acusación a impugnar un veredicto por una irracional motivación de la prueba, así como, en todo lo referente al fallo civil, podría estimular el arbitrio judicial al convertir el proceso civil acumulado en un proceso de única instancia.

Por otra parte, **nuestro sistema de apelación restringida es tan constitucional como el de la amplia**. La observancia de la doctrina de la presunción de inocencia en la apelación tan sólo requeriría la comparecencia necesaria del acusado en la vista de la apelación para poder someter a su contradicción el visionado del soporte electrónico de la grabación del juicio oral, la cual mantiene su valor (también en la 2.^a instancia) de prueba documental.

G) El recurso de casación del Ant./2013 es idéntico al actual. Al relevarse más perfecto que el de unificación de doctrina, permite al T. S. emanar su doctrina legal por infracción de ley incluso en los delitos leves, pero también por quebrantamiento de forma contra las Sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los T. S. J. o por la Sala de Apelación de la A. N.

III. DERECHO PROCESAL CIVIL

13. Aunque la vigente LEC de 2000 modificó profundamente nuestra justicia civil hasta el punto de integrarla en el espacio judicial civil europeo, tras 20 años de funcionamiento ha puesto también de relieve sus defectos, los cuales pueden resumirse en el surgimiento de una justicia en muchas ocasiones **más formal que material, poco propicia al descubrimiento de la verdad material y sin que esté dotada de la celeridad y eficacia que nuestra sociedad actual demanda**.

14. Las causas de su ineficacia pueden residenciarse en la **tardía introducción de la oralidad** en el Proyecto de LEC (que preveía una justicia escrita), en una **defectuosa introducción de la obligaciones procesales y del examen de oficio de los presupuestos procesales**.

15. Fue **gracias al triunfo de una enmienda del Grupo Socialista en el Senado** la que, no sólo obtuvo el mantenimiento de la casación procesal en el T. S. (que el grupo Popular había decidido, con el apoyo «Convergencia y Unió», conferir su competencia a los T. S. J.), sino que también **introdujo la oralidad en los procesos ordinarios**.

16. Aunque sea un proceso oral, sin embargo, en el momento actual, **carece de justificación el mantenimiento del «juicio verbal»** por varias razones: a) en primer lugar, porque el Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo provocó la introducción en la LEC de un **proceso europeo de escasa cuantía**, por lo que carece de sentido que, para el enjuiciamiento de estos litigios de pequeña cuantía, subsistan 2 procedimientos plenarios rápidos; y b) en segundo, porque, **tras las reforma de la LEC, operada por la L. 42/2015, el juicio verbal se ha aproximado al ordinario**, por cuanto, de un lado, **la contestación es también escrita** (salvedad hecha del nuevo verbal especial en materia de familia durante la vigencia del estado de alarma, que mantiene la tradicional contestación oral: art. 5.5 R. D.-L. 16/220, de 28 de abril) y, de otro, **existe asimismo una audiencia previa al inicio del proceso que asume las mismas funciones que la del ordinario.**

17. Por estas razones, **el juicio verbal debiera suprimirse.** Pero, al propio tiempo, **debiera la comparecencia previa del juicio ordinario convertirse en potestativa** y no obligatoria, como ahora acontece, ya que, en muchas ocasiones, **se convierte en un innecesario trámite burocrático generador de dilaciones indebidas.**

18. También **deberían abolirse la inmensa mayoría de los procesos especiales y sumarios** y es que, a diferencia del resto de los países europeos cuyos procesos especiales pueden contarse con los dedos de una mano, **la LEC mantiene la vigencia nada menos que de 13 procesos sumarios y 31 procesos especiales, lo que arroja un saldo total de 44 procesos sumarios y especiales.**

Las causas de este ingente número de tales procedimientos, cuya vigencia provoca múltiples dilaciones derivadas de la necesidad de determinar el «proceso adecuado», hay que residenciarlas, de un lado, en la **introducción tardía de la oralidad** mediante la aprobación, como se ha dicho, de la enmienda del Grupo Socialista en el Senado, sin reparar en la carencia ya de sentido de la mayoría de estos procesos, los cuales, **se mantuvieron por puro mimetismo, pasando de la LEC de 1881 a la nueva de 2000**, así como, de otro, al anquilosamiento de la nueva LEC de 2000 tras su vigencia durante estos últimos 20 años en los que **su Parte General no ha sido reformada** en punto a dotar de mayores poderes al Juez de investigación a fin de obtener, con eficacia y celeridad, el descubrimiento de la verdad material, **lo que ha provocado, generalmente a golpe de Directiva o Reglamento europeo, la instauración de nuevos procesos especiales.**

19. De aquí la conveniencia, en la línea del Derecho comparado europeo, de efectuar la **supresión de la inmensa mayoría de los procesos especiales y sumarios, los cuales podrían reducirse a estos 5: los procesos de familia, estado civil, menores, interdictos y concursal.**

20. Si se quieren evitar los males que aquejan a nuestra justicia civil, de manera que se pueda descubrir con mayor eficacia y prontitud la relación jurídico material debatida, **se hace preciso incrementar las facultades de investigación del Juez civil, acentuando su función de Director del proceso, con la consiguiente consolidación de las obligaciones procesales de las partes y de la obligación judicial de examen de oficio de los presupuestos procesales.**

21. Las obligaciones procesales:

21.1 La obligación de comparecencia de las partes en nuestra LEC **no lo es, sino una mera carga procesal**, cuya ausencia de levantamiento provocará una resolución desfavorable (el sobreseimiento del proceso o la declaración de rebeldía).

Esta regulación, sin embargo, debiera en el momento actual ser modificada, si se piensa en que la incomparecencia de las partes puede hacer frustrar una conciliación o mediación, impedir la práctica del interrogatorio de la parte en la que el Juez, a través de su intermediación puede comprobar la veracidad o mendacidad de su declaración, sometiéndole, en su caso, a nuevas preguntas para obtener el descubrimiento de la verdad, **frustrar la adopción de medidas cautelares por la ausencia de manifestación del patrimonio del deudor o la práctica de las pruebas destinadas a la investigación de la paternidad, etc.**

Por ello, debiera el legislador **convertir la carga procesal de incomparecencia en una auténtica obligación procesal, cuyo incumplimiento debiera provocar, al igual que otros ordenamientos, la imposición de una multa procesal coercitiva, sin perjuicio de deducir el oportuno testimonio por la comisión de un delito de desobediencia.**

21.2 La obligación de veracidad, lealtad y buena fe procesal está tímidamente regulada en el art. 247 procesal bajo el rótulo de «*respeto a las reglas de la buena fe procesal*».

Ello no obstante, su régimen normativo no deja de ser bastante defectuoso y ello, por varias razones: a) en primer lugar, **porque la multa prevista por el precepto puede resultar irrisoria** cuando se trate de aplicarla en procesos

de elevada cuantía, tal y como lo demuestra, por ej., el art. 16 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales que prevé, en su art. 16, una multa por infracción de la buena fe procesal de hasta «*la tercera parte de la cuantía del litigio*»¹ y no dentro del límite máximo de los 6.000 euros, y b) en segundo, porque **tampoco se alcanza muy bien a entender que, al artífice de esta conducta contraria a la buena fe, quien suele ser el Abogado, se le exonere de esta sanción**, siendo así que, esta infracción la comete dentro del proceso, por lo que debiera ser el tribunal y no el Colegio quien impusiera la pertinente corrección disciplinaria.

21.3 La obligación de exhibición de documentos.

También esta obligación fue prevista por la LEC pero, de una manera anárquica, en distintos preceptos: los arts. 328 y s.s. sobre la **exhibición de documentos**, las **diligencias preliminares** de los arts. 256 y s.s., los **actos de aseguramiento de la prueba** –arts. 297-298– y el **acceso a las fuentes de prueba** de los arts. 283 bis a-283 bis k.

El carácter irrisorio de la sanción prevista (en la práctica tan sólo la procesal de la «*ficta confessio*») y el casuismo de su regulación ocasionaron, en primer lugar, que determinadas Leyes especiales no confiaran su regulación a la LEC, sino a otras Leyes especiales (así, por ej., la diligencia de «*comprobación de hechos*» de la Ley de Patentes) y, en segundo, se produjo una **técnica de aluvión legislativa, en la que, a golpe de Directivas europeas, se han ido incorporando a la LEC diversos preceptos**.

El resultado de todo este **caos normativo** es que, mientras el régimen común es insuficiente para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el especial del derecho de la competencia o del secreto empresarial prevé multas astronómicas (así, las del art. 283 bis h LEC) y sanciones procesales (así, el «*allanamiento tácito*») que pueden resultar desproporcionadas.

De aquí que **la obligación de exhibición de documentos debiera ser objeto de una regulación que unificara todas las normas dispersas en la LEC y que estableciera, caso de incumplimiento y junto a la «*ficta confessio*», un cuadro realista y común de multas coercitivas disciplinarias tipo «*astreints*» francesas, la entrada y registro y el testimonio por desobediencia.**

¹ Nótese que, en tanto que el art. 247.3 establece esta cantidad como límite de la multa de los 6.000 euros («...*sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio*»), el art. 16 L. 1/2019 lo fija como sanción (así, si el valor del bien litigioso fuera de 100.000 euros, la multa por infracción de la buena fe podría ascender a 33.333,33 euros)

21.4 La obligación de manifestación del patrimonio.

También la LEC previó la obligación del deudor de manifestación de su patrimonio. El problema es que **la instauró tardíamente**: en el art. 589 que establece esta obligación del deudor, pero **como medida ejecutiva, cuando lo normal hubiera sido que dicha obligación surgiera al inicio del proceso, en calidad de medida cautelar**, a fin de poder trabar sus bienes. Al no hacerlo así, **puede suceder que la aplicación de esta obligación llegue tarde, cuando el deudor haya ocultado ya su patrimonio.**

21.5 La obligación de sometimiento a un análisis del ADN para la investigación de la paternidad.

Esta obligación aparece genéricamente recogida en el art. 767.2, que declara admisible la investigación de la paternidad mediante las *«pruebas biológicas»* y en su número 4 que, a fin de prevenir la negativa de dicho sometimiento, establece la tan socorrida sanción procesal de la *«ficta confessio»*.

Ello no obstante, **el precepto se encuentra envejecido, puesto que**, para la investigación de la paternidad, **ya no se recurre a las pruebas sanguíneas**, las cuales requerían la práctica de una, aunque leve, intervención corporal. **En la actualidad son más certeras las pruebas del ADN** que, si se obtiene la muestra indubitada mediante un frotis bucal o recogida de material genético externo, no exigen la realización de intervención corporal alguna.

22. El examen de oficio de los presupuestos procesales.

Uno de los mayores éxitos de la LEC 1/2000 consistió en convertir en auténticos presupuestos procesales lo que en la LEC de 1881 eran meras excepciones dilatorias que requerían siempre ser alegadas expresamente por el demandado.

A partir, por lo tanto, de la entrada en vigor de la LEC de 2000 puede afirmarse que, como regla general, **todas las excepciones procesales, contempladas explícita o implícitamente por el art. 416, permiten su examen de oficio.**

El problema, sin embargo, surge, tras la publicación de la Ley 13/2009 para la implantación de la nueva oficina judicial, **ante la existencia de un doble examen de oficio** de los presupuestos procesales y de los documentos de aportación necesaria a la demanda: **el del Secretario y el del Juez.**

De todos los presupuestos procesales debiera limitarse su examen de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia a la concurrencia de los

requisitos fiscales. En los demás, el otorgamiento de esta «competencia» complica innecesariamente la fase de alegaciones y ralentiza el procedimiento.

Por ello, y sin perjuicio de la encomiable labor del Letrado de la Administración de Justicia de «dación de cuenta» al titular del Juzgado, **debiera ser siempre el Juez quien estudiara la demanda desde el mismo momento de su presentación en orden a decidir puntualmente la concurrencia de los presupuestos procesales, requerir su subsanación y decidir la inadmisión o admisión de la misma con la producción de todos los efectos de la litispendencia.**

Esta monografía que el lector tiene en sus manos constituye una valiosa aportación de un reconocido especialista en la materia, en la que se exponen, tras una serie de argumentaciones desarrolladas de manera clara y sintética, una serie de conclusiones para la reforma tanto de nuestro Derecho Judicial Orgánico como de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal, e incluso de la Ley de Enjuiciamiento Civil la cual ha cumplido, según señala el autor, “20 años con todos sus logros, pero también con sus defectos apreciados en su práctica forense”.

Sin duda muchas de las referidas soluciones “de lege ferenda” propuestas al término de esta obra, contribuirán a la reflexión y a la crítica desinteresada (esto es, ajena a los intereses corporativos) de nuestra legislación procesal, con el alto objetivo de lograr tal y como apunta Vicente Gimeno Sendra, “una justicia penal y civil más respetuosa con los derechos fundamentales, más rápida y eficaz en la solución de los conflictos intersubjetivos y sociales y que asimismo dispense una justicia (...) más cercana a los ciudadanos”. No cabe duda que esta obra permitirá abrir un debate sosegado pero profundo entre los profesionales del mundo del derecho, sobre todas estas relevantes cuestiones con clara incidencia en un buen desenvolvimiento de nuestro sistema judicial.