

Nº 5

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

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDPUE

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



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
Nº 5**

Directora:

CORAL ARANGÜENA FANEGO
(Universidad de Valladolid)

Subdirectora:

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
(Universidad de Vigo)

Secretaria:

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
(Universidad de Valladolid)

tirant lo blanch

Valencia, 2022

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

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

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

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

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

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

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

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

ÍNDICE

LA CONFORMIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020: REFLEXIONES Y MATERIALES PARA SU FUTURA REDEFINICIÓN	9
<i>Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA</i>	
LOS PROCESOS ESPECIALES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. PARTICULAR CONSIDERACIÓN DEL PROCESO POR DELITOS LEVES	61
<i>FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI</i>	
LOS PROCEDIMIENTOS URGENTES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	107
<i>MERCEDES SERRANO MASIP</i>	
LA REGULACIÓN DE LOS <i>RECURSOS</i> EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020. <i>DISPOSICIONES GENERALES, RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LOS RECURSOS CONTRA AUTOS</i>	137
<i>José MANUEL CHOZAS ALONSO</i>	
EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	161
<i>José ANTONIO TOMÉ GARCÍA</i>	
«LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES» EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020	189
<i>PEDRO M. GARCIA DÍA GONZÁLEZ</i>	
UNA (RE)LECTURA DEL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN EN EL PROCESO PENAL	245
<i>PEDRO MIGUEL FREITAS</i>	
<i>COLLECTIVE REDRESS</i>: ACCESO A LA JUSTICIA Y REPRESENTACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO	273
<i>ANDREA PLANCHADELL-GARGALLO</i>	

LA CONFORMIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020: REFLEXIONES Y MATERIALES PARA SU FUTURA REDEFINICIÓN

The acceptance of pleas in the preliminary draft of the criminal procedure act of 2020: reflections and resources for its future redefinition

Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad de Salamanca¹

nicolas@usal.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PREMISAS DE CONTEXTO INSTITUCIONAL, NORMATIVO Y PRÁCTICO. 1. La conformidad como institución procesal decimonónica. 2. Recelos hacia la conformidad. 3. Marco jurídico vigente sobre la conformidad. 4. Retos a cumplir en la reforma procesal de la conformidad. 5. Cuestiones controvertidas a despejar sobre la conformidad. III. TOMA DE POSTURA DEL ANTEPROYECTO SOBRE LA CONFORMIDAD. 1. Regulación: cuestiones generales. 2. Fundamentación. 3. Características de la conformidad acordada. 4. Ajustes al modelo de la conformidad. 5. Procedimiento. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Desde 1882 la Ley de Enjuiciamiento Criminal incluye en su articulado a la conformidad como una institución con la cual el encausado puede aceptar la pena más grave pedida por las acusaciones, provocando la terminación inmediata del procedimiento con una sentencia de condena a la que se llega sin juicio ni prueba. De ser una declaración unilateral del encausado y su defensor, en los treinta últimos años la conformidad ha sido una de las instituciones de referencia para simplificar cualquier procedimiento penal y mejorar la eficacia del sistema penal español, y su potenciación legislativa e institucional ha venido de la decisión de permitir modalidades de la conformidad negociadas, pactadas y premiadas. Esta estrategia se eleva a la máxima expresión en la última década en anteproyectos y propuestas de modificación integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la base de los mu-

¹ ORCID ID 0000-0003-0045-796X y RESEARCHER ID A-8577-2017. Este trabajo se ha elaborado en el “Centro de Investigación para la Gobernanza Global” de la Universidad de Salamanca en el marco del Proyecto de Investigación PID2019-107743RB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que soy Investigador Principal junto al Prof. Fernando Rodríguez-López.

tuos beneficios que el sistema y sus partícipes obtienen con su uso generalizado. En este trabajo estudiamos reflexiva y críticamente la regulación de la conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aportando comentarios, sugerencias y materiales doctrinales y jurisprudenciales por si son de ayuda en el delineamiento final del modelo de conformidad del futuro texto proceso penal.

Abstract: Since 1882, the Criminal Procedure Act regulates the so-called “conformity”, an institution by which the defendant can accept the most severe plea of the prosecutors, causing the immediate termination of the proceedings with a conviction without trial or evidence. Designed as a unilateral declaration by the defendant and his defence counsel, in the last thirty years “conformidad” has been one of the institutions of reference to simplify any criminal procedure and improve the efficiency of the Spanish criminal system, and its legislative and institutional empowerment has come from the decision to allow some modalities of plea bargaining. This strategy has been maximized in the last decade in drafts and proposals for the comprehensive modification of the Criminal Procedure Act, based on the mutual benefits that the system and its participants obtain with its extended use. In this paper we study reflectively and critically the regulation of the acceptances of pleas in the Preliminary Draft of the Criminal Procedure Act of 2020, providing comments, suggestions, and doctrinal and jurisprudential materials that may help in the final delineation of the model in the future Criminal Procedure Act.

Palabras clave: conformidad pactada – principio de oportunidad – justicia restaurativa – responsabilidad penal empresarial – Ministerio Fiscal.

Keywords: plea bargaining – principle of opportunity – restorative justice – corporate criminal liability – Public Prosecutor.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las instituciones jurídicas más singulares y paradigmáticas del sistema procesal penal español se encuentra la “conformidad”. Y esta aseveración parte no sólo de observar el marco normativo esencial de referencia (leyes de enjuiciamiento criminal, del tribunal del jurado, de responsabilidad penal de los menores y procesal militar), sino tomando en consideración el estudio que sobre la misma ha realizado la doctrina procesalista —y también la penalista²— y, fundamentalmente, el uso que de la misma se ha hecho en una práctica judicial, *enseñoreada*³ por ella en la búsqueda de la verdad⁴ —¿cuál?⁵—, a consecuencia de la actividad procesal de las acusaciones —la pública, fundamentalmente— y las defensas de los in-

² Entre muchos véanse por ejemplo SILVA SÁNCHEZ (1996: 93 y ss.), MUÑOZ CONDE (2009: 1013 y ss.), FERRÉ OLIVÉ (2018: 1 y ss.) y RODRÍGUEZ MOURULLO (2018: 619 y ss.).

³ DEL MORAL GARCÍA (2008: 2).

⁴ MUÑOZ CONDE (1999: 63 y ss.), TARUFFO (2012) y GUZMÁN (2018).

⁵ Véase DOIG DÍAZ (2022: 181 y ss.), que habla de “verdades conformadas”.

vestigados, como ejemplificación de unos *tiempos líquidos*⁶ en los que se demanda la *modernización* de la justicia penal, a imagen y semejanza de modelos foráneos no tan exitosos en la práctica como lo que en ocasiones se nos vende⁷. *Todo ello a costa no se sabe muy bien de qué —¿o sí?⁸—, depositándose en la conformidad, y en el principio de oportunidad del que trae causa, muchas de las expectativas para tramitar de manera acelerada, acordada y anticipada, gran parte de los conflictos penales que se someten a la investigación y enjuiciamiento de nuestros juzgados y tribunales⁹, en los que estén implicados tanto personas físicas como morales, y solucionarlos, al menos numéricamente¹⁰.*

Estudiar, una vez más en nuestro caso, la conformidad con motivo de su regulación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, presentado por el Ministerio de Justicia en el año 2020 y aprobado por el Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2020¹¹, no es, por tanto, un ejercicio novedoso, lo que no obsta para que la conveniencia y necesidad de su análisis sirva para testar elementos (i) sustantivos —las conductas penales que se pueden beneficiar, o no, de su utilización—, (ii) procesales —trámites y garantías constitucionales aplicables y/o salvables— y (iii) orgánicos —fundamentalmente con relación al Ministerio Fiscal y su reclamada auto-

⁶ BAUMAN (2022).

⁷ Véase MONTERO AROCA (2014: 80 y ss.).

⁸ MONTERO AROCA (2000: 121-122) ya señaló cómo “[s]i en la actualidad hubiera de expresarse en una sola palabra cuál es la preocupación del legislador en torno al proceso penal esa palabra sería aceleración o simplificación, pues con la misma se identifica muy expresivamente la búsqueda desesperada de una solución a la lentitud de que padece la justicia penal, agobiada por la multiplicación de los delitos y, consiguientemente, de los procesos. En esa búsqueda a toda costa el legislador parece estar dispuesto incluso a sacrificar buena parte de las conquistas de civilización que suponen las garantías de la defensa”.

⁹ No podemos olvidar como en el “Pacto de Estado para la reforma de la Justicia” [<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/pactoRefJust.pdf>], suscrito el 28 de mayo de 2001 por el Partido Socialista y el Partido Popular con la finalidad última de despolitizar la justicia y acercarla al ciudadano, colocaba como primer objetivo a cumplir por una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal “[l]a agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas”. *Vid.* ARNALDO e IGLESIAS (2002).

¹⁰ Véanse las consideraciones que sobre el análisis económico del Derecho y la responsabilidad penal corporativa lleva a cabo GÓMEZ-JARA DÍEZ (2010: 263 y ss.).

¹¹ *Vid.* <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf> (en adelante, ALECR-2020). Altamente recomendable, para el mejor análisis de conjunto del Anteproyecto, leer el Informe al mismo elaborado —y aprobado por unanimidad— por el Consejo Fiscal: <https://www.fiscal.es/documents/20142/9fe276ae-cc62-9f19-d0c3-084201d1392a>.

mía¹²— esenciales para reconocer en ello, en general, el funcionamiento del Estado de Derecho¹³, y, en particular, la mayor o menor eficacia de la justicia penal española en términos parangonables a cómo lo hacen ordenamientos jurídicos de nuestro entorno¹⁴. En última instancia, un trabajo con esta vocación nos va a permitir valorar más fundadamente si el Derecho Procesal penal español satisface —o no— las orientaciones emanadas de organismos supranacionales e internacionales con los cuales España tiene asumidos grandes compromisos institucionales; muy significadamente, con la Unión Europea¹⁵ y con el Consejo de Europa¹⁶.

¹² Cuestión siempre presente en todos los nuevos textos de enjuiciamiento criminal del último decenio. *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2012: 113 y ss.).

¹³ COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España que acompaña al documento COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea*. Bruselas, 30.9.2020 [SWD(2020) 308 final] [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0308&from=EN>].

¹⁴ A título de ejemplo, véase EUROPEAN UNION, *The 2021 EU Justice Scoreboard. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2021) 389*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021 [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/eu_justice_scoreboard_2021.pdf].

¹⁵ En el propio Preámbulo ALECR-2020 podemos leer como “[l]a necesidad de un cambio profundo en la configuración del modelo de proceso penal no solo viene impuesta por exigencias de orden constitucional y por la voluntad política compartida de modernizar y mejorar nuestro sistema de administración de justicia. El nuevo paradigma procesal es igualmente coherente con nuestra pertenencia al espacio normativo de libertad y justicia de la Unión Europea”.

¹⁶ A mayores de la Recomendación n.º R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, sobre simplificación de la justicia penal [http://www.coe.int/t/F/Affaires_juridiques/Coop%20E9ration_juridique/Professionnels_du_droit/Juges/CCJE/ccje%20%282004%29%20op%20n%20B06f-avis.asp#P186_26815], de sobra son conocidos los informes periódicos emitidos por el GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción), su impacto en los sistemas penales nacionales evaluados, y cómo en las respuestas que estos dan a la estrategia institucional de *peer pressure* cada vez es más frecuente encontrar alusiones al desarrollo de herramientas colaborativas en la resolución de los litigios penales por grandes casos de fraude y corrupción dirigidos contra personas físicas —y también jurídicas—, tal y como estudiamos en MACHADO DE SOUZA y RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022). Véase además LÜTH (2021), SØREIDE y VAGLE (2022) y STOCK (2022).

II. PREMISAS DE CONTEXTO INSTITUCIONAL, NORMATIVO Y PRÁCTICO

1. LA CONFORMIDAD COMO INSTITUCIÓN PROCESAL DECIMONÓNICA

Desde su creación primigenia, la conformidad se inscribió dentro de la cultura jurídico-procesal española de las formas *anormales* —y *anticipadas*— de terminación del proceso penal¹⁷, ámbito al que han adscrito en los últimos tiempos tanto diversas manifestaciones del principio de oportunidad —y del (*pseudo*) principio del consenso¹⁸—, al cual, y pese a su raíz común, no se encontró vinculado inicialmente el instituto de conformidad¹⁹, como la mediación penal como expresión máxima de la justicia restaurativa y con ligazones inescindibles con el mismo principio de oportunidad²⁰.

¹⁷ El art. 102.2 PCPP-2013 lo dejaba claro desde un inicio: “La conformidad tiene como efecto principal la evitación del resto del procedimiento hasta sentencia”. Una fórmula, ni seguida o cuando menos adaptada en el Anteproyecto, que daba juego para que la institución se pudiera manifestar a lo largo del procedimiento, esto es, antes y durante el juicio oral, inclusive a su terminación (art. 103.1 PCPP-2013); aunque, claro, otra cuestión sería el tipo y alcance del beneficio para el encausado, ya que con la conformidad siempre la idea central es que *a más ahorro más premio*.

¹⁸ RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997) y AGUILERA MORALES (1998). Más que un verdadero “principio”, y pese a que de manera reiterada es invocado en sus resoluciones por el Tribunal Supremo (STS 451/2021, de 3 de febrero), es una forma de desenvolverse los litigantes en nuestros cauces procesales penales, y cuyo espíritu está más allá de su vivificación en la conformidad reformada desde la creación del procedimiento abreviado hace más de treinta años. Por ejemplo, cuando se reconocen los hechos por el encausado éste no *batalla* y sí *consensua* —aunque sea unilateralmente con el sistema—, pero, en esencia, desarrolla una actuación procesal con la que ni el juicio se evita —sólo se favorece y anticipa— ni su aquiescencia alcanza a la calificación jurídica y a la pena.

¹⁹ Véase RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997) y también la STS 422/2017, de 13 de junio.

²⁰ ARMENTA DEU (2019: 187 y ss.) y GIMENO SENDRA (2020: 38 y ss.). Si bien, en ocasiones, se presentan como vías antagónicas de solución de conflictos penales, como recientemente plantea JORDÁN DÍAZ-RONCERO (2022) en casos de violencia de género.

Recordemos como en el “Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal” de 2011 [<https://notin.es/wp-content/uploads/2013/01/anteproyecto-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-27-de-julio-de-2011.pdf>] (en adelante ALECR-2011), ya desde su Exposición de Motivos se relacionaba primero el “principio de oportunidad y conformidad” [XXV], positivizando *desde el realismo* salidas consensuadas del proceso penal cuando no haya necesidad de pena o ésta esté muy minorada y, a continuación, “principio de oportunidad y mediación” [XXVI], en el que desarrollando la misma filosofía se defiende que la mediación es un instrumento, al servicio del principio de oportunidad, del que dispone el Estado para renunciar a una pena cuando no la considera necesaria a tenor de los fines públicos de prevención si, además, con ello pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de las víctimas. *Vid.* GUZMÁN FLUJA (2014: 22 y ss.).

Por su parte, en la “Propuesta de Código Procesal Penal” de 2013 [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430153214-Propuesta_texto_articulado_L.E.Crim.PDF] (en adelante PCPP-2013), cuando en su Exposición de Motivos se comenta qué regulación se hace de la conformidad no se cita al principio de oportunidad, y al glosar la regulación inmediata de la justicia restaurativa se matiza qué se entiende como un com-

De la inicial escasísima aplicación práctica, a consecuencia de su utilización cuasi espontánea por el acusado y su defensor, que no esperaban nada a cambio por su actitud colaborativa con la justicia penal, la institución ha sido sometida severamente a diversas, orquestadas y sistemáticas reformulaciones durante los últimos treinta años, aprovechando la ocasión que brindaban cambios legales para prevenir y poner coto, esencialmente, a delitos complejos, graves y transfronterizos²¹, por medio del establecimiento de más procedimientos penales —algunos de ellos reformulados de continuo, como el abreviado—, de la fijación de posibles nuevos sujetos encausados —personas jurídicas²²— y del fomento de una *cultura de cumplimiento*²³, también a través del proceso penal²⁴, en la que la colaboración con las autoridades es un pilar fundamental, de ahí que cada vez esté también más en boga la expresión “justicia colaborativa”²⁵.

2. RECELOS HACIA LA CONFORMIDAD

Pese a su aceptación y extendida aplicación, la conformidad —y el principio de oportunidad— genera importantes dudas²⁶, no deja indiferente a nadie²⁷, lo que se traduce en que haya recibido —y aún recibe— numerosos cuestionamientos con relación a aspectos nucleares de la existencia, funcionamiento y resultados de la institución en un sistema de justicia penal cada vez más *acusatorio*²⁸. *Entre otros muchos, los relativos a los pilares en los que se asienta su regulación actualizada en el Anteproyecto.*

(a) Tensiones con el principio de legalidad procesal, del que cada vez menos se habla en los procesos reformadores, clara muestra de que se renuncia a que a que la oportunidad —el consenso, la colaboración, la ne-

plemento necesario de los tradicionales fines de la justicia penal del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, porque “[n]i toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa”.

²¹ DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE y RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018), RODRÍGUEZ-GARCÍA (2020: 397 y ss.) y CAMPBELL (2021).

²² RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015: 1 y ss.).

²³ SAAD-DINIZ (2020).

²⁴ NIETO MARTÍN (2013: 46 y ss.), BALCARCE y BERRUEZO (2016: 127 y ss.), GIMENO BEVIÁ (2016) y GÓMEZ COLOMER (2022: 207 y ss.).

²⁵ RODRÍGUEZ-GARCÍA y RODRÍGUEZ-LÓPEZ (2020) y MACHADO DE SOUZA y RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022).

²⁶ Por ejemplo, véase CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO (2020: 2 y ss.).

²⁷ DE LA OLIVA SANTOS (1991: 12 y ss.) y RODRÍGUEZ-GARCÍA (2016: 105 y ss.).

²⁸ MONTERO AROCA (2015: 67 y ss.).

gociación, la transacción...— sea un *opción* para nuestro legislador y que, resignadamente, se la tome como una *necesidad* para el conjunto de nuestro sistema penal, tan influenciado, como otros, por el *resultadismo* de la práctica penal estadounidense²⁹, a cuyo servicio se pone también la tecnología³⁰, dando lugar a otra modalidad de Justicia, la *predictiva*³¹, de la que también se reclama *seguridad algorítmica* que aporte *paz inteligente*³². No olvidemos que la conformidad opera cuando se tienen que resolver conflictos penales en los cuales su objeto, al menos teóricamente, es indisponible para las partes y donde la legalidad procesal y las “reglas generales” de los artículos 1 y 2 LECR siguen vigentes³³.

(b) Rol preponderante que se le concede al Ministerio Fiscal en el Derecho Procesal penal *moderno*, llevando al máximo el mandato constitucional *poliédrico* —y *ambiguo*³⁴— de que sea, a la vez, *defensor imparcial de la legalidad y promotor del interés público y social ante los tribunales*. A partir de ello, debe de tener la *doble misión de dirigir la fase de investigación y de formular, no en régimen de exclusividad*³⁵, la *acusación, para cuyo ejercicio*

²⁹ Aunque sea simplemente por el título, siempre es bueno traer a colación el trabajo de SCHÜNE-MANN (1991).

³⁰ LIPPKE (2022).

³¹ MARTÍN DIZ (2022: 131 y ss.). Además, véanse BARONA VILAR (2020) y NIEVA FENOLL (2022: 1 y ss.).

³² PETRONELA POPIUC y JORDÁ SANZ (2022).

³³ No nos debe sorprender como en años no tan pretéritos encontramos algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que se utiliza el artificio de exponer la conformidad como el punto de encuentro de “voluntades coincidentes” —*¡qué casualidad! tan extendida*, añadimos nosotros—, puesto que, dada la indisponibilidad del objeto del proceso penal, “[...] no debe hablarse de un pacto subyacente entre las partes” (STS 752/2014, de 11 de noviembre). Curiosamente, en la PCPP-2013 el primer bloque de artículos reguladores de la conformidad (arts. 102 a 115) estaba ubicado dentro del título dedicado al “objeto del proceso”, siendo precedido el capítulo en el que se aunaban (el tercero) por los dedicados a la “acción penal” (arts. 88 a 96) y a la “acción civil” (arts. 97 a 101).

³⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ (2015: 479 y ss.). Véase también FLORES PRADA (2014: 112 y ss.).

³⁵ Salvo en supuestos concretos; *v. gr.*, como cuando en la causa sólo sea posible imponer al encausado una medida de seguridad y ni siquiera la víctima tenga un amplio espacio de actuación, limitado en su caso a exigir responsabilidades civiles, todo ello una vez que el proceso penal se ha tornado hacia la satisfacción de fines preventivos y asistenciales, idea que se prolonga hasta la fase de ejecución, que es particularizada. Véanse los arts. 899 y 942 y siguientes ALECR-2020.

efectivo el Ministerio Fiscal³⁶ necesita³⁷ al principio de oportunidad³⁸ y, como herramienta jurídica esencial fundada en el mismo, a la conformidad³⁹, que bien le vale para tener un perfil menos oficializado y burócrata⁴⁰.

(c) Aunque reconocidas en su papel de principal baluarte de los mecanismos de pesos y contrapesos que demanda la actuación del Ministerio Fiscal⁴¹, progresivo postergamiento de las acusaciones privadas⁴², a consecuencia de esa hegemonía de la Fiscalía. Con ello, por un lado, las acusaciones progresivamente van siendo relegadas en cuanto a su eventual ámbito de actuación —la popular⁴³— y, por otro, para defender el recurso a las conformidades en muchos de los litigios penales, se esgrimen fines que pretende con su personación en las actuaciones —la particular y, en ocasio-

³⁶ Como institución fundamentalmente, y no tanto el que actúe en cada procedimiento. En este sentido, por ser un fácil argumento para criticar furibundamente a la conformidad por su uso desigual e impredecible por una Fiscalía que tiene que estar regida por mandato constitucional por el principio de unidad de actuación, hemos criticado en varias ocasiones algunos pasajes de la Circular 1/1989, de 8 de marzo, *sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 29 de diciembre* [https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_01_1989.pdf] de la Fiscalía General del Estado, por pasajes como el que dice “[...] En el ámbito de cada Fiscalía los criterios generales a los que deben acomodarse las pautas de actuación de los Fiscales que le integran en orden a la promoción de las soluciones consensuadas, deben discutirse y establecerse en Juntas, teniendo en cuenta los principios axiológicos más arriba expuestos, el espíritu de la Reforma procesal que comentamos y los propios términos de la política criminal que cada Fiscalía se plantee habida cuenta la problemática específica de la criminalidad de su territorio. Como todo criterio general, los que las Juntas establezcan en esta cuestión no podrán menos de ser flexibles, por lo que su ejecución en los casos concretos corresponderá a la responsabilidad del Fiscal que en ellos actúe, quienes deben procurar cumplir lo más fielmente posible aquellos principios axiológicos generales, el espíritu y particularidades de los acuerdos que en la Junta de Fiscalía se hayan adoptado y las instrucciones que sobre este tema el Fiscal Jefe pueda impartir para el mejor cumplimiento de tales acuerdos”.

³⁷ Con un posicionamiento crítico a este planteamiento véase DÍAZ TORREJÓN (2021: 173).

³⁸ VARELA GÓMEZ (2021: 167 y ss.).

³⁹ Para SILVA SÁNCHEZ (2010: 1), el problema de las conformidades “[...] sigue siendo el mismo de siempre: las negociaciones con la Fiscalía reflejan una pura dinámica de poder, en la que el Derecho brilla por su ausencia”.

⁴⁰ DEL MORAL GARCÍA (2008: 3).

⁴¹ Así, inclusive, se afirma en el apartado XXIII de la Exposición de Motivos ALECR-2020.

⁴² Con el mismo tono crítico ya apuntado, hace años MONTERO AROCA (1997: 111) señaló que “[...] conviene dejar claro que cuando un sector de la doctrina y de la práctica, y algunos grupos políticos, hablan de la oportunidad no están pretendiendo aumentar las facultades de las partes acusadoras privadas. Es decir, no está pidiéndose el aumento del número de delitos privados ni de los semiprivados, ni que se dé más campo de actuación al perdón del ofendido. La oportunidad no se refiere a los particulares y a su poder de disposición del proceso penal, sino que antes al contrario la oportunidad pretendida lleva a auspiciar bien la supresión bien la limitación de la acusación en manos de los ciudadanos”.

⁴³ RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 203 y ss.). En el Anteproyecto es objeto de *justificación* detallada en los apartados XXIII y XXIV de su Exposición de Motivos, y ejecutada en los arts. 120 a 125 ALECR-2020. Véase CASTILLEJO MANZANARES (2021: 89 y ss.).

nes, el actor civil—, como es la obtención de una rápida, integral y efectiva reparación, a la cual, inclusive, puede quedar condicionada la aprobación de la conformidad.

(d) Escasas facultades de control de las conformidades por parte de los órganos jurisdiccionales actuantes, tanto en la instancia como en la vía impugnativa —que con carácter general está vedada—, problema que acrecienta su impacto no sólo por el entendimiento que se tenga de lo que es —y lo que siempre debería ser— la función jurisdiccional sino porque cuando éstas son consecuencia de acuerdos y negociaciones sobre hechos y consecuencias jurídicas el contenido de la sentencia queda fuertemente intervenido y condicionado.

(e) Riesgo claro de vulneración de derechos y garantías procesales, de esas que están reconocidas en los convenios internacionales de derechos humanos y en las constituciones patrias como la española, por cuanto, cuando no hay juicio —por renuncia voluntaria del encausado—, derechos como los de defensa, a la prueba, a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, al uso de medios de impugnación, en fin, a un proceso con todas las garantías, quedan seriamente comprometidos⁴⁴.

(f) Carácter *difuso* de la conformidad en el delineamiento normativo que de la misma se hace, crítica que refleja, de cierto modo, el carácter *multitarea*⁴⁵ de la institución y la indeterminación real de su razón actual, fruto de una combinación —inestable— de objetivos diversos a alcanzar con ella: simplificar y agilizar la justicia penal, asegurar la pronta reparación de la víctima, contribuir a la investigación y enjuiciamiento de delitos completos, favorecer que se alcancen los fines resocializadores de la pena, etc.

(g) Actitud institucional variable —e injustificable por ocasiones— con la conformidad y su inserción en los diferentes procedimientos penales, trasladando a los operadores jurídicos y, en última instancia, a los órganos jurisdiccionales, la *responsabilidad* de explorar el alcance y los límites de la figura. Así, utilizando el mismo *nomen iuris* —la conformidad—, mientras que de un lado se observa la intención de promoverla, como ocurre claramente con la colaboración premiada o inducida frente a la decimonónica espontánea y libre, de otro se advierten claros intentos de limitarla a cierta clase de delitos, o en razón de la entidad de la pena, o por el momento procesal en el que quiere formular, o por estar subyugada a la condición de

⁴⁴ SSTS 755/1998, de 29 de mayo; y 739/2003, de 14 mayo.

⁴⁵ ORDÓÑEZ PONZ (2021: 318 y ss.).

que existan voluntades concurrentes a la del encausado. No cabe duda que la introducción de restricciones en la aplicación de la conformidad no hace más que revelar los riesgos antes apuntados y, en otras palabras, el peligro de que se produzcan *excesos*, que es justamente lo que los sucesivos intentos de reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal buscan corregir. Unos *riesgos y peligros* que se encuentran así asociados con otra línea de tensión y de cuestionamiento cual es la autonomía de las partes para alcanzar el acuerdo y, frente a ello, los mecanismos de control —normativo o judicial— a que debe encontrarse sometido.

3. MARCO JURÍDICO VIGENTE SOBRE LA CONFORMIDAD

Si partimos del hecho de que nuestro ordenamiento procesal penal tiene *conformidades*, tantas como procedimientos, e incluso dentro de alguno de ellos se van a dar distintas *modalidades*, podemos apreciar que entre las distintas variedades se dan diferencias esenciales en relación, por ejemplo, a la naturaleza jurídica, al ámbito de aplicación, o a los efectos derivados de la misma. El resultado final es que tenemos un marco jurídico de la conformidad evolucionado en tres siglos diferentes y que, a día de hoy, se le puede tildar de *ampliado, disperso y fragmentado*⁴⁶, en el que los arts. 655 y 688 a 700 LECR siguen siendo la normativa básica y de referencia, si bien para la comprensión integral de la institución no pueden ser desdeñadas algunas menciones incorporadas en otros preceptos —y cuerpos legales— los cuales, en buena lógica, deben poder ser aplicadas a las conformidades⁴⁷ presentadas en procedimientos abreviados⁴⁸, en juicios rápidos⁴⁹, en juicios sobre delitos leves⁵⁰, en procesos penales ante el Tribunal del Jurado⁵¹ y en procesos penales de menores⁵².

Esa dispersión normativa va de la mano de su carácter *asimétrico*, que genera en los actores procesales la necesidad de conducirse por el laberinto de criterios de supletoriedad entre las variadas normas, lo que pone de

⁴⁶ STS 1473/2004, de 3 de diciembre.

⁴⁷ Junto a ellos debemos siempre tener presente que en la jurisdicción militar la conformidad tiene una regulación propia (arts. 279.II, 283, 307 y 395 LOPM), cuya interpretación por la Sala Quinta del Tribunal Supremo viene sirviendo en muchas ocasiones de guía interpretativa a seguir también en la jurisdicción ordinaria. Con relación a ello *vid.* RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997: 12661 y ss.).

⁴⁸ Arts. 779.1.5.^a, 784.3 y 787 LECR.

⁴⁹ Art. 801 LECR.

⁵⁰ Art. 969.1 LECR.

⁵¹ Art. 50 LOTJ.

⁵² Arts. 32, 33 y 36 LORPM.

manifiesto la utilidad que supondría el poder disponer de un modelo integral de regulación de la conformidad.

Las dos condiciones apuntadas —fragmentariedad y asimetría— nos dan cuenta de la necesidad de conectar ese marco jurídico procesal, sin el cual no hay conformidad en sentido estricto⁵³, con otras dimensiones esenciales del “sistema penal”⁵⁴, con el objetivo último de lograr una adecuada actuación pública armónica y eficaz por medio de la conformidad: (i) la política criminal, para que la conformidad forme parte de un plan de actuación integral y concertado de prevención y combate a la delincuencia, conocido por todos y capilarizado coherentemente a nivel normativo e institucional, pensado en la defensa y efectividad de los derechos humanos⁵⁵; (ii) el derecho penal, que en la definición de sus objetivos y principios y en la elaboración de los tipos penales tiene marcar la senda en clave de oportunidad y necesidad de la pena —*v. gr.*, en la regulación de la atenuante de colaboración⁵⁶—; y (iii) el derecho penitenciario, que requiere establecer previsiones acordes al eventual contenido que puedan tener las sentencias de conformidad, pensando siempre en la reeducación y la readaptación social de los condenados.

⁵³ En la STS 4527/2020, de 15 de junio, el Tribunal Supremo lleva a cabo una matización fundamental para comprender la esencia de la institución: “[...] la conformidad es una institución procesal con un régimen legal específico (art. 787 y arts. 655 y ss y 688 y ss LECrim) se produce ante la confluencia de unos estrictos requisitos. Sin ellos ni hay conformidad ni son de aplicación las normas que la disciplinan. Distinto es que en la práctica judicial se utilicen fórmulas que alivian la carga probatoria y son útiles para agilizar la celebración de los juicios y que se articulan en base a un compromiso de aceptación de la pena propuesta por la acusación, con renuncia a la práctica de determinadas pruebas y con modificación de las conclusiones provisionales. En tal caso no hay conformidad en sentido técnico. Su desenlace no es una sentencia de conformidad, lo que no impide que la sentencia tenga en cuenta el reconocimiento de los hechos y que ajuste la penalidad, por exigencias del principio acusatorio, a la concreta petición efectuada por la acusación y admitida por la defensa y el acusado. En este tipo de situaciones el tribunal no está obligado ni a ajustarse a la penalidad pedida de común acuerdo (no podrá incrementarla, pero sí reducirla), ni a atenerse a la calificación jurídica, y ni siquiera a traspasar a la sentencia la condena o las concretas peticiones de pena o de responsabilidad civil. Cosa distinta es que eso sea ordinariamente lo procedente. Pero a diferencia de las sentencias de conformidad, en esos supuestos el juez o Tribunal puede considerar no probada la acción, o rebajar la penalidad o, por ejemplo, apreciar de oficio una prescripción”. *Vid.* También la STS 482/2020, de 30 de septiembre.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ (2002: 83 y ss.), QUINTERO OLIVARES (2004 y 2022) y GÓMEZ COLOMER (2008). Y, específicamente con relación a la ubicación de la conformidad véase, entre otros, VECINA CIFUENTES y VICENTE BALLESTEROS (2018: 308 y ss.).

⁵⁵ Véanse VIDAURRI ARÉCHIGA (2020: 434 y ss.) y PRITTWITZ (2021: 139 y ss.). Y sobre el rol que en todo ello puede jugar el proceso penal siempre es de utilidad máxima la lectura de ANDRADE FERNANDES (2011).

⁵⁶ GOENA VIVES (2013: 242 y ss.).

Esta actuación dialogada a todos los niveles se torna evidente —y urgente— a poco se observa la extensa aplicación forense de la conformidad, a partir de su regulación. Un cometido en el que puede contribuir, entre otras herramientas, el uso del abordaje comparado, pues la conformidad tiene similitudes funcionales —aunque bajo distintos nombres— con herramientas procesales de otros países del entorno⁵⁷.

4. RETOS A CUMPLIR EN LA REFORMA PROCESAL DE LA CONFORMIDAD

Los elementos que hemos ido apuntando señalan la existencia de una serie de retos a encarar durante un proceso de reforma legal procesal penal. Su identificación nos va a servir de guía para analizar la regulación que de la conformidad se plantea, en esta oportunidad con el Anteproyecto.

El primero de ellos consiste en lograr una combinación equilibrada entre la tradición jurídica —vasta y variada—, el sistema de garantías constitucionales y las líneas jurisprudenciales consolidadas, desde la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y también desde la Quinta.

El segundo radica en presentar una razonable unificación normativa, tanto hacia el interior de la institución, dejando claro cuál es el *modelo* de conformidad que se defiende, como en su articulación con otras partes del ordenamiento jurídico español: constitucional, penal y orgánico.

El tercero remite a alcanzar una adecuada armonización de la conformidad con los fines del proceso y de la pena, como así también a la obtención de un balance equilibrado entre los parámetros de eficacia y garantía, par más que dialéctico que siempre se esgrime en cualquier modificación legislativa para intentar frenar las falencias de la justicia penal, en sempiterna *crisis*, socialmente insostenible⁵⁸, y no sólo a causa de un déficit de recursos.

5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS A DESPEJAR SOBRE LA CONFORMIDAD

Llegados a este punto, planteamos un listado de un importante número de ítems que debieran estar abordados en cualquier texto de reforma procesal penal total referidos a la conformidad y a su régimen jurídico, sobre los cuales el posicionamiento legal tiene que ser claro e incontrovertible, aportando importantes dosis de seguridad jurídica, en particular para la víctima del delito y para el encausado, no quedando su posición jurídica y la tutela de sus derechos e intereses legítimos al *albur* del fiscal y del juez compe-

⁵⁷ RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997b).

⁵⁸ LÓPEZ YAGÜES (2021: 273).

tente, y también del Letrado que le asista y de las demás partes acusadoras que pudieran estar personadas en las actuaciones.

(a) Su naturaleza jurídica, partiendo de que estamos ante un acto dispositivo con trascendencia penal para el encausado y procesal para el desarrollo de los trámites legales de enjuiciamiento.

(b) La armonización de sus funciones, tanto las expresas como las tácitas, y que responden a perfiles diversos: preventivo, resocializador, simplificador, colaborativo, etc.

(c) Las modalidades de la figura, que permiten hacer un catálogo muy amplio de clases de conformidades, y que se crean en función del procedimiento en el que se formalice, los sujetos participantes, el contenido del acto dispositivo del encausado —reconocimiento de hechos, confesión, aceptación de la pena...—, el tipo de responsabilidades que abarque, etc.

(d) Los órganos jurisdiccionales con competencias en su tramitación, desde la instrucción a la ejecución, pasando por el juicio y por una eventual fase de impugnaciones, así como fijando sus márgenes de actuación para darle los efectos jurídicos materiales y procesales que correspondan.

(e) Su ámbito de aplicación, ilimitado o con posibles restricciones en función de, por ejemplo, los inculpados, los delitos objeto de enjuiciamiento, las consecuencias jurídicas que se pidan por las responsabilidades penales y civiles concurrentes, etc.

(f) Los momentos procesales previstos legalmente, expresamente o consagrados en la práctica, para formularla.

(g) Las acusaciones, pública y privadas —particulares y populares—, actuantes, la relación entre ellas y el tratamiento jurídico de sus eventuales posiciones discrepantes en relación con la tramitación procedimental.

(h) La intervención de la víctima del delito y, con independencia de su personación, sí, por quién y cómo se tutelan sus derechos.

(i) El sujeto pasivo procesal, uno o varios y con posibles estrategias procesales contrarias, a lo que hay que añadir la reciente *novedad* de que entre ellos puede haber como encausadas personas jurídicas.

(j) La intervención del abogado del investigado y cómo se puede analizar y controlar el cumplimiento del derecho constitucional a que éste reciba una defensa efectiva.

(k) Los espacios de control que se atribuyen a los órganos jurisdiccionales y el alcance de las medidas y decisiones que sobre la conformidad que se le ha presentado puede adoptar.

(l) El contenido y los efectos de la sentencia de conformidad que se pudiere dictar.

(m) La recurribilidad de la sentencia de la conformidad, más o menos amplia en cuanto a los sujetos legitimados y a la batería de cuestiones a plantear en los medios de impugnación.

III. TOMA DE POSTURA DEL ANTEPROYECTO SOBRE LA CONFORMIDAD

1. REGULACIÓN: CUESTIONES GENERALES

El Anteproyecto aborda algunas —no todas— de las tensiones y problemas que hemos apuntado hasta este momento, relato que nos van a servir de guía para la valoración crítica del Anteproyecto en aquellas partes que, en mayor o menor medida, tratan o condicionan la existencia y funcionamiento de la institución.

La propuesta destaca, en primer término, por plantear una regulación *concentrada* de la conformidad, a la que, desde un inicio en la Exposición de Motivos, se la cataloga como clara manifestación del “principio de oportunidad” —y más bien, aunque no se diga, de la “justicia consensuada”, a la que alude reiteradamente—, siendo ambos el rótulo del apartado XXVI de la misma. Su lectura es fundamental para tratar de entender las expectativas que para el legislador ha de tener la posterior normativización de la institución, aunque como vamos a señalar en ocasiones se puede apreciar una falta de sintonía total entre las ideas que se tejen en los cuatro párrafos que lo componen y la literalidad de los preceptos que subsiguientemente las desarrollan.

Esta relación de la conformidad con el principio de oportunidad no es *única* —¿y *necesaria*?⁵⁹—, por cuanto, siguiendo la senda ya comentada del ALECR-2011, este principio tiene otros dos conectores expresos:

(a) Con los “mecanismos alternativos a la acción penal”, en los que se quiere matizar el ejercicio incondicionado de la misma. Con ocasión de los mismos, y al ser el primero de los bloques de la Exposición de Motivos que recoge este principio (XXV), el Anteproyecto deja claro cuál debe ser el sitio que ha de tener la oportunidad en el proceso penal: (i) con un ámbito

⁵⁹ Dejamos planteada la duda, a resolver en un análisis de conjunto en armonía con el resto del sistema penal, aunque para el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto, deben llevar sendas separadas la regulación de la conformidad y la aplicación del principio de oportunidad (p. 194).

limitado, que sea compatible con el principio de legalidad procesal, que vuelve a ocupar el primero de los artículos del Anteproyecto, en un capítulo dedicado a los “principios generales del proceso”⁶⁰; (ii) debidamente regulado con relación a las acciones y a los límites con los que puede ser aplicado; y (iii) cuyo correcto entendimiento pasa por no tomarlo como “mera discrecionalidad técnica en la interpretación del ámbito de aplicación de la norma penal” y sí como una herramienta político criminal que en cada caso concreto sirva, desde la normatividad penal, para modular la necesidad de la pena —total o parcial—⁶¹.

(b) En segundo lugar con la “justicia restaurativa” (XXVII), con cuya utilización no puede generarse la idea de que el Estado está renunciando a su titularidad del *ius puniendi* en régimen de exclusividad⁶². De nuevo, como en el caso anterior, con la justicia restaurativa el Estado está plasmando su deseo de no promover la imposición de la pena al considerar que la misma no es *necesaria* si se hacen primar lineamientos de corte preventivo y actuaciones que busquen la adecuada satisfacción de los intereses propios de las víctimas⁶³.

Como vemos, tres apartados ligados entre sí por el principio de oportunidad, marcando una secuencia —mecanismos alternativos, conformidad y justicia restaurativa— que, como vamos a ver de inmediato no se sigue —¿por qué?— en el contenido del Anteproyecto.

Dentro del Libro I (“Disposiciones generales”), el Libro IV está dedicado a “Las formas especiales de terminación del procedimiento penal”⁶⁴, el

⁶⁰ Literalmente señala: “Los jueces y tribunales y quienes ante ellos intervengan están obligados a actuar con arreglo a lo dispuesto en esta ley, según los requisitos, formas y plazos que esta establece para la realización de los actos procesales. Su incumplimiento determinará la nulidad de dichos actos en los casos y en los términos legalmente previstos”. Una “legalidad procesal” a la que sigue la proclamación en el art. 2 ALECR-2020 del “principio de jurisdiccionalidad” y sus garantías consecuentes: “No podrá imponerse ni ejecutarse pena o medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, con plena observancia de las garantías procesales reconocidas por la Constitución, la ley, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los demás tratados y convenios internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁶¹ Véase ARMENTA DEU (2022).

⁶² IGARTUA LARAUDOGOITIA (2016: 65 y ss.) y FARTO PIAY (2021: 2 y ss.).

⁶³ Y también la tutela de colectivos necesitados de especial protección, como los menores, tal y como han estudiado GRANDE SEARA (2011: 4 y ss.) y FRANCÉS LECUMBERRI (2012: 3 y ss.).

⁶⁴ Una conformidad poco *especial* como forma de truncar el desarrollo ordinario de los procedimientos penales, tal y como comienza criticando el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto (p. 194), al ser un instituto procesal muy arraigado en nuestra cultura jurídica y de profusa aplicación práctica, hecho que le lleva a cambiar la adjetivación por “alternativa”. Pensemos que el calificativo es consecuencia de que la conformidad permite condenar a una persona encausada de forma particularizada: sin que se haya desarrollado un juicio completo, con contradicción y

cual se desglosa en tres capítulos, dedicándose el primero de ellos a “La terminación por conformidad”⁶⁵. Por tanto, se utiliza la dimensión *procesal* de la conformidad —mecanismo anticipatorio de lo que sería la finalización ordinaria de un procedimiento con una sentencia después de un juicio completo— para ubicarla en el Anteproyecto, lo que deja traslucir que uno de los fines a cuya consecución está llamada a cooperar eficazmente la conformidad es la deflación de la justicia penal. A su vez, este Capítulo I se desagrega en dos Secciones: la primera sobre “disposiciones generales” de la conformidad (arts. 164 a 168) y la segunda centrada exclusivamente en el “procedimiento” (arts. 169 a 173). Tenemos, pues, una estructura —y casi también el contenido— idéntico al que se previó en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011⁶⁶.

Tenemos, ya, la reclamada *teoría general de la conformidad*, un *modelo* a tomar en cuenta en cualquier litigio penal⁶⁷. Ahora bien, y para no inducir a error al lector con esta afirmación, estamos sólo ante el cuerpo regulatorio principal, que no exclusivo, de la conformidad, por cuanto el Anteproyecto contiene, dispersas y en ocasiones redundantes, otras disposiciones vinculadas con el instituto, incorporadas en el lugar sistemático correspondiente. A saber: (i) al prohibir —por primera vez en el Anteproyecto— que se pueda impugnar la sentencia que sea consecuencia de una previa declaración de conformidad de la parte acusada⁶⁸; (ii) en el ámbito de las reglas procesales aplicables a las personas encausadas con discapacidad en su enjuiciamiento penal, al encomendar a los jueces la adopción de medidas de apoyo que permitan salvaguardar su derecho de defensa se les da la potestad de no

prueba; o que la competencia de su conocimiento y tramitación se adjudica a un órgano judicial distinto y propio con relación a la institución.

⁶⁵ El Capítulo II aborda en los arts. 174 a 180 la “terminación por razones de oportunidad” y el Capítulo III la “justicia restaurativa” (arts. 181 a 185).

⁶⁶ En aquella ocasión, las “disposiciones generales” estaban contenidas en los arts. 137 a 141, y el “procedimiento” del art. 142 al 147. Un planteamiento regulador completamente distinto al que se previó en la PCPP-2013, en donde (i) los arts. 102 a 115, en sede del objeto del proceso, marcaban la teoría general de la conformidad aplicable a cualquier procedimiento; (ii) más adelante, dentro del contenido de las diligencias de investigación e inmediatamente después de tratar la confesión y el reconocimiento de los hechos por el encausado, los arts. 270 a 273 daban pie a que si el encausado hacía uso de la institución se provocara el dictado de una sentencia inmediata —de conformidad—; y (iii) con posterioridad, también en el juicio oral, antes de la práctica de la prueba, los arts. permitían que el acusado se declarara conforme.

⁶⁷ Sin tenerlo que interpretar, claramente el legislador lo decía en el art. 103.3 PCPP-2013: “Las disposiciones establecidas en este capítulo son aplicables a la conformidad, cualquier que sea el proceso en el que se produzca”.

⁶⁸ Art. 23.2 ALECR-2020.

permitir que ellas se declaren conformes⁶⁹; (iii) cuando dentro de las especialidades procesales del juicio oral para la imposición de medidas de seguridad se prohíbe la adopción de conformidades⁷⁰; (iv) al particularizar que cuando la encausada sea una persona jurídica su conformidad tiene que expresarla a través de la persona que ésta haya designado especialmente para que sea su representante, para lo cual deberá haberle otorgado a su favor un poder especial⁷¹; (v) en materia de justicia restaurativa, al determinar que las reglas especiales del procedimiento por conformidad, en función de las circunstancias objetivas, subjetivas y procesales que concurren, pueden ser seguidas por la Fiscalía como una de las opciones para dar tramitación y efecto al contenido del acta de reparación, la cual predetermina el contenido de la sentencia de conformidad, previa audiencia obligatoria de las víctimas, hayan estado o no personadas en el procedimiento⁷²; y, por último, (vi) al abordar la relación entre el reconocimiento de hechos y la conformidad⁷³, en el sentido de que salvo que ésta sea pedida expresamente por la persona investigada después de su confesión, habrá que practicar todas las diligencias necesarias para comprobar la existencia del delito y la participación que en los hechos haya tenido la persona investigada, que es tanto como decir que la práctica de la prueba no resulta *necesaria* cuando la persona encausada haya aceptado libremente los hechos⁷⁴, renunciando a mantener en plenitud su presunción de inocencia⁷⁵.

Hecha esta revisión de las partes que en el Anteproyecto tratan de la conformidad, constatamos, por una parte, la relación *instrumental* que a la misma se le otorga en concordancia con las otras dos formas especiales de terminación del procedimiento penal, y también que la justificación a la mayor o menor necesidad de la pena en su aplicación, básicamente por la acusación pública, amerita el estudio de la conformidad en clave de sistema

⁶⁹ Art. 72.3 ALECR-2020.

⁷⁰ Art. 80.5.^a ALECR-2020. Además, y aunque en el ALECR-2020 no se dice nada de ello, en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, en el propuesto art. 785.8 se declara que no son vinculantes para el órgano jurisdiccional las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal.

⁷¹ Art. 85 ALECR-2020.

⁷² Art. 183.3.b) ALECR-2020.

⁷³ Art. 322.3 ALECR-2020.

⁷⁴ JIMÉNEZ SEGADO y ABELLÁN ALBERTOS (2021: 2).

⁷⁵ Idea importante a destacar siempre que se hable de conformidad, para no caer en errores por menciones como la contenida en la Exposición de Motivos de la PCPP-2013: “[...] Asiste al encausado el derecho a la presunción de inocencia, entendida como ausencia de culpabilidad hasta que no se pruebe lo contrario tras [...] la conformidad en sentencia condenatoria [...]”. Véase DÍAZ CABIALE y LÓPEZ CASTILLO (2022).

penal, como ya hemos defendido. Por tanto, podemos decir que la conformidad no es, en la teoría y en la práctica, exclusivamente una institución de los procesalistas.

De modo diferente al ALECR-2011 y a la PCPP-2013, en los que se incluían disposiciones sobre el Tribunal del Jurado, el Anteproyecto ha cambiado de estrategia: opta porque en una reforma paralela sea una ley independiente la que vuelva a normar esta materia, la cual podrá contener las peculiaridades procedimentales que se requieran⁷⁶. Siendo así, y al igual de lo que hoy en día pasa con el art. 50 LOTJ, las disposiciones del Anteproyecto sobre la conformidad deberán ser seguidas, cuando menos, como derecho supletorio en los procesos penales por delitos atribuidos al Tribunal del Jurado⁷⁷. Y, con la misma lógica, en caso de que este texto llegue a ser tramitado y promulgado, cuando los encausados sean menores o militares.

Dadas las vinculaciones con otras normas y su carácter supletorio, las regulaciones de la institución en el Anteproyecto son condicionantes —o debieran serlo— de otras reformas procesales en curso, algunas futuras —como la anunciada del jurado— pero otras coetáneas, como la ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia⁷⁸, que en uno de los temas esenciales hace de avanzadilla: para facilitar que se den conformidades en los procedimientos —abreviados y ordinarios— tramitados por las Audiencias Provinciales, haciendo posible que dicten sentencias —de conformidad— sin haber celebrado la vista pública, se propone suprimir el límite penológico de “seis años”, lo que provoca que se plantee la modificación de los arts. 655, 688 y 787 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las mismas razones operan en sentido contrario, de modo que el instituto se ve a su vez condicionado por otras reformas concomitantes obligadas: la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando menos porque un nuevo órgano jurisdiccional competente —en régimen de exclusividad⁷⁹— va a ser el Juez

⁷⁶ Vid. el apartado XIV de la Exposición de Motivos.

⁷⁷ En la propia reglamentación de la conformidad en la PCPP-2013 se indicaba que, si en una causa de jurado se hubiera iniciado el juicio oral y fuera procedente la emisión de una sentencia de conformidad, después de efectuar el control judicial de la misma habría que disolver el jurado (art. 111.II).

⁷⁸ Vid. <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>. Con relación al mismo véanse LORCA NAVARRETE (2021: 179 y ss.), LUACES GUTIÉRREZ (2021: 289 y ss.) y MAGRO SERVET (2021: 1 y ss.).

⁷⁹ Sin embargo, en la PCPP-2013 el art. 106 tenía que desdoblarse la competencia en función del momento procesal en el que se expresara la conformidad: (i) si se produce en las diligencias de investigación, conocería de la institución el Tribunal de Garantías, (ii) pero cuando se alcanzare en un momento procesal ulterior el competente sería el Tribunal de Juicio.

de la Conformidad, así como el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para recoger el estatus de los fiscales, directores del procedimiento de investigación oficial, sometidos en sus actuaciones a los principios constitucionales de legalidad e imparcialidad, que tienen que ser combinados con la mayor unidad de actuación factible⁸⁰.

El Anteproyecto, por último, intenta hacer, a decir de la Exposición de Motivos, una regulación *realista* de la institución, en pos de una solución equilibrada, que armonice los desajustes detectados, disminuya la inseguridad jurídica y evite los excesos identificados en la práctica —ausencia de correcto ejercicio y necesidad de cautelas legales—. Entre esas desviaciones, posibles por la ausencia de cautelas legales que aseguren una correcta utilización de la conformidad, expresamente se enfatizan dos: (i) intentar evitar “[...] que proliferen las conformidades encubiertas”⁸¹, *pseudoconformidades* al ser *fingidas* por ser *contra legem*⁸², *que se dan cuando los hechos criminales sometidos a juzgamiento tienen señalada una pena de privación de libertad máxima de “cinco años”*⁸³; y (ii) prevenir que ellas “[...] se estimulen indebidamente desde el propio órgano enjuiciador con la finalidad de evitar la celebración del plenario”. A todas luces parece que, en el primer supuesto, de forma implícita, y, en el segundo, con una rotundidad que no debe generar dudas a un lector imparcial, se *responsabiliza* de la *vida descontrolada* que llevan muchas conformidades, algo que hemos referenciado con anterioridad, a los integrantes del Poder Judicial, cuando, como es sabido, tienen reconocidas facultades muy limitadas en el control en la instancia y en la vía de impugnación sobre las conformidades. Entendemos que en este *sua culpa*, si se toma la decisión de identificar y retratar en el Anteproyecto a los *culpables* de las extralimitaciones de muchas conformidades, habría que incluir a otros muchos, entre ellos a los fiscales y

⁸⁰ Véase en detalle, en la Exposición de Motivos del ALECR-2020, en general en el apartado XIX y, en particular, el III dedicado a “[l]a incorporación de España a la Fiscalía Europea como final del camino hacia el cambio de modelo”, la cual, sin obviar la legalidad como principio basilar de su configuración y actuación, tiene reconocidas facultades con base en el principio de oportunidad, argumento que también sirve de defensa a los impulsores de este principio en el Anteproyecto. Sobre ello véanse GONZÁLEZ CANO (2018: 551 y ss.), GIL GARCÍA (2020: 242 y ss.) y VIDAL FERNÁNDEZ (2022: 252 y ss.).

⁸¹ Así adjetivadas por la jurisprudencia, tal y como se puede ver en las SSTS 1328/2011, de 12 de diciembre; 291/2016, de 7 de abril; y 539/2018, de 8 de noviembre. Sobre ellas véase por todos AGUILERA MORALES (2019b: 53 y ss.).

⁸² GISBERT POMATA (2021: 223).

⁸³ ¿Pero el legislador —sea o no el mismo— no piensa, como acabamos de reflejar del texto del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, que el límite legal máximo para que la conformidad produzca efectos jurídicos está fijado en cinco años de prisión?

abogados, los cuales, *unidos* por un Protocolo de conformidades de 2009, generan grandes espacios de diálogos para que proliferen las conformidades, de las que *todos* resultan *beneficiados*⁸⁴.

2. FUNDAMENTACIÓN

Si nos planteamos primeramente qué sentido y orientación se quiere que tenga la conformidad en el siglo XXI en un sistema de justicia criminal más garantista y eficaz, ya sólo por la intitulación del espacio legal que se le reserva en el Anteproyecto, y que hemos comentado, queda claro que la primera respuesta tiene que ser apostar por la celeridad y la simplificación de la justicia penal, a través del ahorro derivado de la no celebración de tantos juicios como conformidades se presenten y prosperen, lo que necesariamente obliga a que las mismas tengan que ser —expresa o implícitamente— incentivadas, en *positivo* o en *negativo*⁸⁵.

Pero, aunque reconozcamos su conveniencia, en correlación con la agenda política de la comunidad internacional, ¿tiene que ser la única razón de ser del nuevo marco jurídico regulador? Inclusive más: después de ese ejercicio de autodiagnóstico expuesto en el apartado anterior, ¿parapetado tan sólo en la “necesidad de la pena”, en el sentido ya indicado? No sólo creemos que no debe ser así, sino además que si una de las externalidades positivas que puede tener hacer una lectura de conjunto de los tres capítulos dedicados a las formas especiales de terminación del procedimiento penal es ampliar el elenco de razones a otras, tales como (i) propiciar una

⁸⁴ “Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española” de 1 de abril de 2009 [[https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INSTITUCIONALES/CONVENIOS/FICHERO/2009-\(11\).pdf](https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INSTITUCIONALES/CONVENIOS/FICHERO/2009-(11).pdf)], en el que se puede leer, como autojustificación de la promoción de las conformidades: “[...] Una adecuada aplicación del presente Protocolo mejorará sensiblemente nuestra administración de Justicia, siendo beneficiosa para toda la sociedad en general. Por un lado, y en relación a la Administración de Justicia, este Protocolo incidirá en la descongestión de los Juzgados, colaborando a reducir el colapso que muchos de nuestros Juzgados y Tribunales vienen padeciendo, al agilizar la finalización de procesos penales por vía del acuerdo entre las partes; y evitará, en parte, el quebranto de las agendas de los órganos de enjuiciamiento a la hora de hacer los señalamientos, permitiendo una mejor programación al conocer de antemano algunas de las conformidades y poder señalar días específicos para las mismas. Por otro lado, también producirá efectos beneficiosos a todos los ciudadanos que se ven obligados a colaborar con la Administración de Justicia —testigos en general, funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y peritos—, pues previendo con antelación suficiente la conformidad de las partes en el proceso, se evitan citaciones, esperas y molestias innecesarias”.

⁸⁵ Véanse BACHMAIER WINTER (2018), LECLERC y EUVRARD (2019) y VARONA GÓMEZ (2021).

pronta y eficaz reparación de la víctima⁸⁶, tarea oficial propia del Ministerio Fiscal⁸⁷ y con gran operatividad en algunas categorías delictivas —*v. gr.*, en materia de delincuencia económica⁸⁸—, y de la que se hace depender la aprobación de un escrito de conformidad⁸⁹, *(ii)* favorecer colaboraciones con la Administración de Justicia, *(iii)* maximizar procesalmente las políticas de prevención y resocialización e, inclusive, *(iv)* hacer “justicia material” —no sin garantías y controles—, que en ocasiones no se alcanza por la aplicación estricta del Derecho⁹⁰.

La lectura del articulado —y de la Exposición de Motivos— del Anteproyecto sobre la conformidad también nos permite constatar cómo se clarifica y afianza su carácter negociado y pactado. Así será en la inmensa mayoría de las ocasiones, pero eso no tiene que significar que no puedan tener cabida conformidades que sean expresión de un comportamiento espontáneo y libre del encausado, sin esperar nada a cambio por esta decisión defensiva suya o, en ocasiones y a la luz de la experiencia de los tribunales, *confiando* —sin ninguna acción por su parte— en que la Fiscalía valore su postura colaborativa con el sistema otorgándole algún *premio* procesal⁹¹. Dos preceptos nos llevan a esta conclusión:

(a) Una de las posibles conformidades que pueden provocar la conclusión del proceso, según el art. 164.1 ALECR-2020, es aquella en la cual, unilateralmente, la persona encausada y su defensa aceptan expresamente la calificación jurídica y las penas solicitadas, entendiéndolo en buena lógica que sin que previamente se haya producido una negociación, ya que este escenario es el siguiente que se prevé con la alusión a las “penas acordadas”.

(b) Como el legislador tiene claro en qué tiempo se tiene que llevar a cabo la conformidad, establece que no puede existir una relación directa entre la actitud procesal del encausado que puede favorecer una más rápida resolución del litigio y el beneficio que le pueda ser otorgado. Así, se impide que la confesión del acusado, o la adhesión de la defensa a la pretensión de la acusación, pueda ser tomada en consideración como una conformidad⁹², por lo cual no podrá ser beneficiario de la rebaja penológica, flexible y to-

⁸⁶ AGUILERA MORALES (2019a: 292 y ss.), GADDI (2020: 992 y ss.), GUARDIOLA LAGO (2020: 530 y ss.) y REBOLLO VARGAS (2021: 155 y ss.)

⁸⁷ Véanse los arts. 3.10 y 4.6 EOMF.

⁸⁸ CUENCA GARCÍA (2020: 942 y ss.).

⁸⁹ Véase el art. 172.1 ALECR-2020.

⁹⁰ Este hecho lleva a HERRERO PEREZAGUA (2022: 75 y ss.) a plantear si lo que tienen que hacer los órganos jurisdiccionales es hacer es hacer justicia o resolver conflictos.

⁹¹ SSTS 810/2017, de 11 de diciembre; 108/2019, de 5 de marzo; y 350/2019, de 5 de julio.

⁹² Art. 171.2 ALECR-2020.

pada legalmente⁹³. Como podemos ver, puesto que el juicio ya se está celebrando, *es tarde* para que el acusado se conforme a través de su confesión, modalidad que sí está prevista actualmente en los arts. 688 y siguientes LECR.

En cuanto al objeto de la negociación entre la acusación y la persona encausada y su Letrado defensor, se fijan tres elementos que tienen que ser aceptados expresamente por éstos últimos⁹⁴: (i) los hechos punibles⁹⁵, con lo cual su reconocimiento se configura legalmente como un presupuesto de la conformidad⁹⁶; (ii) la calificación jurídica; y (iii) las penas solicitadas, o acordadas, con las acusaciones. A estos tres tenemos que unir otro más: cuando sea posible y aceptado, el acuerdo *puede*⁹⁷ incluir, cosa que hasta ahora teóricamente no era posible, (iv) la aplicación del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad⁹⁸.

Tenemos, aquí, en esta redacción apocopada del art. 164.1 ALECR-2020, de inicio una indicación sobre *una* calificación jurídica, única, que debe de ser la del fiscal, cuando sigue siendo posible en el nuevo modelo de justicia penal del Anteproyecto que haya en las actuaciones otras acusaciones privadas, quienes están obligadas a presentar su escrito de acusación en

⁹³ STS 315/2021, de 15 de abril. En art. 170.5 ALECR-2020 se señala que cuando se dé una conformidad el fiscal está facultado para solicitar la imposición de la pena inferior en grado prevista legalmente. Muy diferente había sido el planteamiento de la PCPP-2013, que de manera fija y automática señalaba los efectos de la conformidad sobre la pena: (i) si la conformidad se alcanzara antes de expirar el plazo para la presentación del escrito de defensa, exponiéndose ella en un escrito sustitutorio de las conclusiones provisionales de la defensa, en la sentencia la pena será rebajada en un tercio, aunque ello supusiera la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal (art. 104); (ii) en el caso de la “conformidad inmediata” los arts. 270.3.3.^a y 272.II contenían el mismo premio *fijo* a recibir por el investigado; y, (iii) de manera idéntica se establecía en el art. 480.III PCPP-2013 para el proceso de juicio directo. Véase CALAZA LÓPEZ (2020: 277 y 278), partidaria de que exista, perdure y se amplíe la opción de la “conformidad premiada” del modelo de los juicios rápidos vigentes sobre la idea de que ello permite combinar adecuadamente la reparación armoniosa, el restablecimiento de la paz perturbada y la conclusión inmediata del conflicto.

⁹⁴ Art. 164.1 ALECR-2020.

⁹⁵ Este reconocimiento —expreso y escrito— de los hechos, obligatorio, como volveremos a señalar, no tendrá validez ni trascendencia procesal en el desarrollo del juicio en el caso de que el Juez de la Conformidad rechace el acuerdo presentado por todas las partes en los casos previstos en el art. 172.2.II ALECR-2020.

⁹⁶ Esta idea se refuerza en el art. 172.3.III ALECR-2020, donde se vuelve a hablar expresamente del reconocimiento de hechos como algo inherente al acuerdo de conformidad.

⁹⁷ Porque no es un derecho que tenga el acusado, como recuerda la STS 468/2020, de 23 de septiembre de 2020.

⁹⁸ Art. 170.4 ALECR-2020, manteniendo la posibilidad que preveía el art. 143.4 ALECR-2011, evidenciando la trascendencia que llegan a tener los efectos de la conformidad en el periodo de ejecución, tal y como estudiaron CACHÓN CADENAS y CID MOLINÉ (2003: 1827 y ss.).

los términos de los arts. 604 y siguientes ALECR-2020, con sus propias calificaciones y penas —principales y accesorias—; por el contrario, en la alusión a las penas —acordadas— se alude, en plural, a las acusaciones, que vuelven a ser mencionadas en el párrafo siguiente⁹⁹ y en algunos de los artículos posteriores¹⁰⁰. Si la única acusación actuante es la Fiscalía, no hay ningún problema: ella es la que califica y la que solicita penas, directamente o previa negociación con el encausado y su defensa, y con ellas —y el escrito de acusación que las contiene—.

Ahora bien, si en las actuaciones hay junto al Ministerio Fiscal otra u otras acusaciones, debemos entender que si se entabla una negociación todas las acusaciones tienen que estar presentes y participar hasta que se alcancen “penas acordadas”, presentando (i) o calificaciones con ese contenido, (ii) o una calificación única consensuada¹⁰¹ o (iii) adhiriéndose a la calificación jurídica que contuviera de pleno el contenido integral del acuerdo. Y, que sería el otro supuesto posible, cuando no haya negociación y la conformidad del encausado sea unilateral, habiendo varias acusaciones la conformidad sólo es válida y produce efectos si está referida a las más graves calificaciones jurídicas y penas solicitadas por las partes acusadoras¹⁰². Esto es, como en el régimen jurídico vigente.

En suma, con independencia de cómo se llegue a la conformidad va a seguir siendo un acto dispositivo con una incidencia tanto procedimental —con su emisión se abre una vía alternativa y anticipada de terminación del procedimiento penal— como material —puesto que el acuerdo alcanzado predetermina el contenido de la sentencia final, que nunca podrá imponer una pena superior a la conformada—. Una institución, en suma, satisfac-

⁹⁹ Art. 164.2 ALECR-2020: “La conformidad de todas las partes...”.

¹⁰⁰ *V. gr.*, los arts. 166.1 y 2 y 170.2 ALECR-2020.

¹⁰¹ Posibilidad sí prevista en el art. 170 ALEC-2020.

¹⁰² De forma más precisa la PCPP-2013, bien es verdad que como estamos estudiando en ejecución de una filosofía distinta con relación a la misma herramienta jurídica, establecía que cuando las partes acusadoras no estuvieran de acuerdo con relación a la pena a imponer, la conformidad del encausado tendría que estar referida a la pena de mayor gravedad de entre las solicitadas (art. 107.2). Inclusive iba más allá, porque en el art. 110 se regulaba un incidente de control de la conformidad por extensión de la pena para cuando la Fiscalía estimara procedente la conformidad y, aun siendo ésta imposible a consecuencia de la calificación jurídica o la pena pedida por alguna de las restantes partes acusadoras pero entendiendo que la posición de esa parte era temeraria o contraria a la legalidad, y movida por razones de no estricta justicia, la acusación pública con la defensa podrían acudir al órgano jurisdiccional plantearle una propuesta de conformidad —con su calificación y pena—. En estos casos, el Tribunal tendría que convocar a una comparecencia y, cuando hubiera oído las razones alegadas por las partes, podría decidir que la conformidad se alcance con la calificación y pena del Fiscal si considerase que la calificación y pena más graves que las del Fiscal son de todo punto irrazonables o contrarias a la Ley o a la buena fe procesal.

toria para el encausado: por un lado, las consecuencias jurídicas a las que tiene que hacer frente a partir de la sentencia de conformidad por su responsabilidad —penal y/o civil— en los hechos juzgados queda atenuada y, también, con su actitud colaborativa y anticipada se asegura el resultado derivado del conflicto penal sin hacerlo depender de las incertidumbres que pueda deparar el desarrollo completo del juicio oral¹⁰³.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA CONFORMIDAD ACORDADA

Partiendo del marco regulador vigente, la jurisprudencia ha venido acunando y manteniendo en el tiempo un catálogo de las exigencias esenciales que tienen que darse en cualquier conformidad que realice la persona encausada, más allá de su tipología (unilateral, negociada, de consuno con otros encausados, sobre la responsabilidad penal o civil, etc.)¹⁰⁴. Justamente unos requisitos de cuyo cumplimiento real y efectivo se responsabiliza, en última instancia, al juzgado o tribunal competente para dictar sentencia y ante el que se manifiesta. En el Anteproyecto, sin orden, se contienen —sólo— algunas de estas características, de la manera que anotamos a continuación.

(a) La conformidad debe presentarse de una manera *absoluta, pura y simple*, sin que pueda estar someterla a condición, plazo o limitación alguna. Por ello, el Anteproyecto indica que la conformidad está fundada en el consentimiento libremente prestado por la persona encausada¹⁰⁵, exigencia que no se cumple si media coacción, amenaza o cualquier circunstancia semejante¹⁰⁶. Unos vicios que afectan a la prestación de un consentimiento válido, por lo que cuando se acrediten en el control judicial¹⁰⁷ el juez tendrá que rechazar la conformidad de la persona encausada¹⁰⁸.

¹⁰³ STS 422/2017, de 13 de junio.

¹⁰⁴ SSTS 1774/2000, de 17 de noviembre; y 260/2006, de 9 de marzo.

¹⁰⁵ Arts. 165.1 y 172.3.II ALECR-2020.

¹⁰⁶ Arts. 165.2 y 172.3.II ALECR-2020.

¹⁰⁷ Art. 172.3.II ALECR-2020.

¹⁰⁸ Art. 165.2 ALECR-2020. De igual forma tiene que actuar, según el mismo art. 165.2 ALECR-2020, cuando la persona encausada no se halle en condiciones de prestar un consentimiento válido a consecuencia de una enfermedad. Y, relacionado con las aptitudes exigibles a la persona encausada que quiere conformarse, volvemos a traer a colación dos preceptos: (i) el art. 72.3 ALECR-2020 en lo relativo las cautelas extraordinarias que deben de tener los órganos jurisdiccionales en el enjuiciamiento de personas encausadas con discapacidad en su enjuiciamiento penal, que se extienden a la conformidad, precepto que no se debe convertir en un pretexto para automatizar las negativas a que estas personas se puedan conformar, interpretación también defendida por el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto (pp. 196 y 197); y (ii) el art. 80.5.^a ALECR-2020, en el que dentro de las especialidades procesales del juicio oral para la imposición

(b) La conformidad es un acto procesal de parte *informado*, porque antes de que sea realizado por la persona encausada debe tener pleno conocimiento de sus consecuencias¹⁰⁹.

Este derecho del encausado a ser informado del contenido y alcance de la conformidad tiene que ser satisfecho por su Letrado defensor¹¹⁰ de forma oral o por escrito, esto último de forma obligatoria cuando la pena acordada con las acusaciones sea superior a cinco años de prisión¹¹¹. Una información detallada y completa, referida tanto a los acuerdos que él ofrezca a las acusaciones como lo que éstas le trasladen a él, debiéndole explicar las razones por las cuales, en su caso, aconseja la aceptación de una de ellas, y también las consecuencias que del acuerdo se van a derivar.

Será el Juez de la Conformidad competente quien tenga que verificar que la persona encausada se encuentra suficientemente informada sobre la conformidad y sus consecuencias¹¹², que, aunque nada se diga, debe contener un desglose detallado y explicado de los derechos y garantías procesales a los que renuncia.

(c) La conformidad es un acto *personalísimo*, pues tiene que provenir de los propios encausados¹¹³, y no por medio de mandatario, representante

de medidas de seguridad, debido a que el sujeto que ha incurrido en la comisión de un delito presenta importantes niveles de peligrosidad y reiteración delictiva en los términos del art. 95 CP, de plano se niega validez a cualquier intento de conformidad de ese sujeto. Nos parece cuestionable esta negativa total a la conformidad de ese tipo de encausados, si pensamos tanto en *otros* fines ya aludidos a los que puede servir la conformidad como que las medidas de seguridad son consecuencias jurídico-penales construidas con el objetivo de lograr la reeducación y readaptación social de esas personas, y que esas medidas deben ser proporcionales a la peligrosidad criminal del sujeto al que se le impongan, y no pueden ser nunca más gravosas ni de mayor duración que la pena que se aplicaría al mismo sujeto en caso de ser condenado por el hecho cometido, ni exceder la duración límite necesaria para prevenir su peligrosidad (art. 6 CP). Este rigor, sin embargo, se dulcifica en el mismo art. 80.5.^a ALECR-2020 al señalar que cuando no exista controversia sobre la autoría del hecho punible y el tribunal lo considere adecuado a la vista de las circunstancias, el juicio oral podrá celebrarse exclusivamente a los efectos de determinar, con las pruebas testificales y periciales pertinentes, la peligrosidad de la persona acusada y la medida de seguridad que pueda resultar procedente.

Dejar reflejado que, en estas cuestiones sobre las aptitudes de la persona encausada inherentes a un acto procesal personalista, el art. 138 ALECR-2011 era más detallista, recogiendo en el numeral 3 la exclusión total de la conformidad que conlleve la apreciación de una eximente completa por razón de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración de la percepción conforme a los números 1.º y 3.º CP.

¹⁰⁹ Art. 165.1 *in fine* ALECR-2020.

¹¹⁰ Art. 166.1 ALECR-2020.

¹¹¹ Art. 166.2 ALECR-2020.

¹¹² Art. 172.3.II ALECR-2020.

¹¹³ De hecho, el art. 164.1 ALECR-2020, y los posteriores, se refieren únicamente a la persona encausada, tanto cuando es una como cuando son varias, y es a ella misma a quien escuchará

o intermediario. De manera particular, ya hemos aludido a que, en el caso de las personas jurídicas, debido a su falta de apariencia física, será su “representante especialmente designado” el que tenga que realizarla por ellas, siempre que cuente con un “poder especial”¹¹⁴, del que no se pide que tenga que ser ratificado¹¹⁵ por ser bastante su exhibición.

(d) La conformidad no es un acto procesal que se pueda presumir de la conducta procesal seguida por la persona encausada, tal y como se infiere de explicaciones anteriores hechas; *v. gr.* con relación a la confesión. Sólo produce efectos aquella conformidad que sea *expresa*, tanto en lo relativo a con su —triple—contenido¹¹⁶ como por el comportamiento esperable del encausado en el trámite de homologación y ratificación ante el Juez de la Conformidad¹¹⁷.

(e) La conformidad tiene que ser *formal*, ya que tiene que reunir las solemnidades requeridas legalmente, las cuales son de estricta observancia e insubsanables. A esta legalidad de la conformidad se refieren: (i) el art. 164.2. ALECR-2020 y, para las personas jurídicas, el art. 85 ALECR-2020; (ii) nuevamente, el art. 172 ALECR-2020 al concretar las facultades del Juez de la Conformidad en la homologación del escrito de conformidad; y, también, (iii) el art. 173.2 ALECR-2020, cuando señala que las únicas sentencias de conformidad que son recurribles son aquellas en las que no se hayan respetado los requisitos o términos de la misma.

(f) El escrito de conformidad, en caso de ser aceptado por el Juez de la Conformidad y ratificado por la persona encausada, va a ser *vinculante* tanto para ella como para las acusaciones que lo han tenido que suscribir. Sin embargo, si no pasa ese doble filtro, el escrito ni supondrá el reconocimiento de los hechos consignados en el mismo ni podrá ser incluido en el expediente para el juicio oral¹¹⁸.

(g) La conformidad también se caracteriza por ser un acto de *doble garantía*, al exigirse de manera imprescindible el consenso de la persona encausada —o del representante especialmente designado que cuente con poder especial de la persona jurídica— y su defensa¹¹⁹, sin importar quien

el Juez de la Conformidad para acreditar que está debidamente informada y que ratifica, en su presencia, el acuerdo escrito que se le ha presentado.

¹¹⁴ Art. 85 ALECR-2020.

¹¹⁵ CAELLAS CAMPRUBÍ (2021: 4).

¹¹⁶ Art. 164.1 ALECR-2020.

¹¹⁷ Art. 172 ALECR-2020.

¹¹⁸ Art. 172.2.II ALECR-2020.

¹¹⁹ Art. 164.1 ALECR-2020.

ha sido el principal responsable del acercamiento buscando el acuerdo: aunque lo normal es que sea una dinámica impulsada por el Letrado, ofreciendo acuerdos a las acusaciones¹²⁰ o recibéndolos de ellas¹²¹, nada impide que ese papel sea ejecutado por la propia persona encausada, máxime cuando sea una persona jurídica y quien actúe en su nombre sea su representante especial. Lo que se echa de menos —¿*habrá sido un olvido?*— es que en el Anteproyecto, a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se lleve hasta el final esta dupla de consentimientos: el abogado sí tiene que aceptar el acuerdo pero en la audiencia ante el Juez de la Conformidad sólo el encausado, y no también él —que sí lo acompaña y asiste en el acto—, es quien tiene que ratificarse personalmente en los términos del acuerdo¹²².

Como en el sistema actual, se trata de una exigencia pensada para proteger al encausado, bien ante posibles excesos y urgencias de su defensor, bien para evidenciar posibles vicios en su consentimiento por presiones indebidas por parte de las acusaciones. En la práctica, en no pocas ocasiones se dan desencuentros entre el Letrado y su cliente, que suelen terminar con una renuncia del primero, lo que obliga al órgano jurisdiccional a suspender la tramitación del procedimiento a la espera de que se designe un nuevo abogado¹²³.

El cierre de esta enumeración de requisitos establecidos en el Anteproyecto para que sean exigidos a cualquier conformidad no puede hacerse como hoy en día, en el que la institución tiene señalado legalmente un ámbito de aplicación graduado en función del procedimiento en el que se vaya a manifestar, con ese tope de los seis —¿o eran cinco?— años de pena privativa de libertad¹²⁴. En el Anteproyecto se ha pergeñado una conformidad *ilimitada*, a la *norteamericana*¹²⁵, sin restricciones por los delitos que se estén investigando y juzgando ni por las penas que por ellos se piden.

4. AJUSTES AL *MODELO* DE LA CONFORMIDAD

El diseño del modelo de conformidad que se ha previsto en el Anteproyecto no es *único*, porque tal y como actualmente sucede en los juzgados

¹²⁰ Art. 166.1 ALECR-2020.

¹²¹ Art. 166.1 ALECR-2020.

¹²² Art. 172.3.I ALECR-2020.

¹²³ *Vid.* STS 213/2018, de 7 de mayo.

¹²⁴ Y sólo por ellas, ya que cuando las consecuencias jurídicas a imponer sean otras —multas, privación de derechos, medidas de seguridad...), la conformidad está siendo viable sin ningún tipo de limitación.

¹²⁵ GIMENO BEVIÁ (2016) y MACHADO DE SOUZA y RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022).

y tribunales en un mismo procedimiento penal pueden concurrir elementos que obliguen a particularizar el régimen jurídico general de la conformidad que hasta estos momentos hemos glosado. Y ello sucede en dos escenarios que comentamos a continuación.

(a) Cuando nos encontremos ante casos en los cuales los hechos criminales se atribuyan a una pluralidad de encausados, la conformidad puede ser *total o parcial*, según que todos o sólo uno o varios de ellos presten su conformidad. Esta situación es abordada en el Anteproyecto¹²⁶: cuando los encausados lo son, ora por un mismo hecho punible, ora por ser hechos conexos de imposible juzgamiento separado, la conformidad sólo será válida cuando todos la expresen y ratifiquen ante el Juez de la Conformidad¹²⁷. Como hasta ahora, entonces, la regla general es que o conformidad de todos o para ninguno de ellos tendrá efecto la manifestada, sin que la conformidad de un encausado obligue ninguno los otros¹²⁸; entonces, si no se cumple con la regla de la unanimidad es como si la conformidad no hubiera tenido lugar¹²⁹, quedando, por intrascendente¹³⁰, diluida en el ámbito de la actividad probatoria del plenario¹³¹, a valorar en conciencia por el órgano jurisdiccional a la finalización del juicio, que se tendrá que desarrollar con observancia de los principios de contradicción, intermediación y publicidad. En él nada impide que la estrategia de la defensa de quien se conformó pero que por no ser secundada su postura por otros coacusado se vio sometido al juicio pueda tornarse más combativa sin renuncia a obtener en el fallo definitivo un pronunciamiento absolutorio¹³².

Más allá de este planteamiento de base, de forma excepcional la jurisprudencia viene avalando que cuando sea posible separar un hecho punible y su autor de los demás hechos y autores, la conformidad efectuada por uno de ellos le vinculará a él, continuando el procedimiento para el resto

¹²⁶ Art. 167.1 ALECR-2020.

¹²⁷ En este punto sorprende, cuando menos por *ambiguo*, el nuevo texto que se le quiere dar al art. 785.9.II LECR por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal: “Para el caso de que la conformidad se hubiera alcanzado solo por alguno o algunos de los acusados, se dictará sentencia respecto de ellos, continuándose el procedimiento en relación con el resto de los acusados”.

¹²⁸ SAP Madrid 60/2004, de 23 de enero; SAN 8/2020, de 15 de septiembre; y STS 483/2020, de 30 de septiembre.

¹²⁹ SSTS 1546/1997, de 13 de diciembre; y 744/2017, de 16 de noviembre.

¹³⁰ Y, como remarca la STS 1592/2020, de 4 de junio, quedando al margen la relativa eficacia probatoria que se le otorgue al reconocimiento de los hechos objeto de imputación, que en modo alguno quedan exentos de necesidad de acreditación.

¹³¹ STS 260/2006, de 9 de marzo.

¹³² STS 1642/2020, de 4 de junio.

de los responsables de los demás hechos punibles para los que haya sido posible dividir el objeto de la contienda¹³³. Siendo así, los acusados que se han conformado con los hechos, calificación jurídica y penas pueden ser interrogados en el juicio, con lo que sus declaraciones son sometibles a contradicción, y, además, las defensas de los acusados que no han mostrado su conformidad pueden en la misma vista hacer uso de todos los medios de prueba pertinentes para defenderse de la acusación y contradecir las declaraciones de los otros coacusados, de manera que tengan un juicio justo y sin indefensión¹³⁴.

La consecuencia procedimental del disenso en el Anteproyecto¹³⁵ es que, para todos, continuará el procedimiento y el juicio oral¹³⁶, exactamente igual que si la conformidad no se hubiese manifestado por ninguna de esas personas¹³⁷ y sin que el Letrado del encausado que no se conformó tenga derecho a que los que sí lo hicieron declaren en calidad de testigos¹³⁸. Estamos, pues, ante una cautela que busca impedir que puedan producirse pronunciamientos contradictorios o desproporcionados entre sí¹³⁹, o, en la literalidad del art. 167.1 ALECR-2020, con detrimento del derecho de defensa¹⁴⁰.

Esta es una regla que no opera cuando entre los encausados haya una persona jurídica —o varias—, que puede actuar con independencia de la posición que adopten el resto de encausados. Esta previsión del vigente art. 787.8 LECR se repite en el art. 167.2 ALECR-2020¹⁴¹: el Juez de la Conformidad puede dictar una sentencia con base en esa institución para quienes presten su consentimiento —todas las personas físicas—, pese a que queden fuera del acuerdo las personas jurídicas —algunas de ellas, si son varias, entendemos— encausadas. Son casos en los cuales el proceder de los conformados no puede vincular en el eventual juicio que se celebre con

¹³³ Vid. la famosa STSJ Comunidad Valenciana 11/2011, de 16 de septiembre. Y también, por ejemplo, las SSAN 11/2021, de 4 de junio, y 31/2020, de 15 de diciembre.

¹³⁴ SSTS 292/2021, de 8 de abril; y 793/2021, de 20 de octubre.

¹³⁵ Sin embargo, en el PCPP-2013 podíamos leer que se podían admitir conformidades en situaciones de pluralidad de personas en el lado pasivo de la relación procesal, aunque sólo alguno y no todos ellos se conformaren (art. 103.2), lo que hacía innecesario ponerse a diferenciar entre personas físicas y jurídicas.

¹³⁶ Vid. la fundamental STS 971/1988, de 27 de julio. Y también las SSTS 394/2014, de 7 de mayo; 713/2017, de 30 de octubre; 91/2019, de 19 de febrero; y 451/2021, de 3 de febrero.

¹³⁷ SSTS 713/2017, de 30 de octubre; y 607/2019, de 10 de diciembre.

¹³⁸ STS 781/2017, de 30 de noviembre.

¹³⁹ STS 559/2015, de 1 de octubre.

¹⁴⁰ STS 451/2021, de 3 de febrero.

¹⁴¹ Y antes en el art. 85.2.b) ALECR-2020. Vid. STS 483/2020, de 30 de septiembre.

relación a las otras personas¹⁴², estableciéndose que la valoración de las declaraciones testificales que se produzcan en el juicio oral por parte de las personas físicas que hayan sido condenadas previamente por una sentencia de conformidad se realizará conforme a la regla fijada para la declaración de los coacusados¹⁴³: será siempre absoluta la sentencia cuando la prueba de cargo consista exclusivamente en la declaración de los coacusados¹⁴⁴. Como podemos colegir, estas situaciones de pluralidad de encausados con mixtura de su naturaleza jurídica son de los más complejos de tramitar que se pueden dar en la práctica, y los que requerirán del Juez de la Conformidad un plus de atención, supervisión y control¹⁴⁵.

(b) El número y naturaleza de las pretensiones que pueden ser objeto del acuerdo viene permitiendo diferenciar entre una conformidad *absoluta*, cuando se refiera no sólo a la responsabilidad penal sino también a la civil¹⁴⁶, o *limitada*, cuando se circunscriba exclusivamente a la penal. En este segundo supuesto, ahora la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena que el procedimiento continúe adelante para los responsables civiles —todos o algunos¹⁴⁷— y que se abra el juicio oral, cuyo contenido queda restringido a la prueba y discusión de los puntos relativos a la responsabilidad civil¹⁴⁸,

¹⁴² Es el mismo criterio que se plantea en la propuesta de nuevo art. 785.11 *in fine* LECR por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, que se apunta en el art. 85.2.b) ALECR-2020, lo que supone una adición sustancial con relación al texto del que en esta materia se partía: el art. 53.2.b) ALECR-2011.

¹⁴³ Art. 167.2.II ALECR-2020.

¹⁴⁴ Art. 693.3.a) ALECR-2020.

¹⁴⁵ Y no sólo de ellos, porque en estos casos la Fiscalía General del Estado ha pedido a los fiscales que cuiden de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que constituyan mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa, un contexto en el que hay que evitar especialmente los acuerdos de conformidad que supongan la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica conforme a las previsiones del art. 31 *bis* 1.b) CP respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, y particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la entidad. *Vid.* Circular 1/2011, de 1 de junio, *relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010* [<https://www.fiscal.es/documents/20142/e6fcbad0-f75c-03b7-ec93-ec5a98cbda8f>].

¹⁴⁶ A ella se refiere el art. 168.1 ALECR-2020: cuando la conformidad englobe también los pronunciamientos sobre la responsabilidad civil, el Juez —de la Conformidad— tendrá que incluirlos en la sentencia.

¹⁴⁷ Sí, porque la variación de situaciones fácticas hace posible que no todos los responsables civiles se conformen, continuando el juicio oral para los que no secunden la conformidad, lo que hipotéticamente puede tener como resultado que al final del juicio se den diferencias en la fijación de la cuantía de las cuotas que componen la multa. *Vid.* STS 228/2018, de 17 de mayo).

¹⁴⁸ Lo que nunca ha podido hacer el responsable civil —directo o subsidiario— es poner en duda los hechos referidos a la conformidad sobre los hechos punibles, algo que le compete sólo al

a cuya terminación el órgano jurisdiccional dictará sentencia. Frente a ello, el Anteproyecto cambia radicalmente de estrategia, pareciera en este punto que de manera incompatible a la idea de proteger en todas las actuaciones, de manera real y efectiva, a las víctimas¹⁴⁹: para evitar que puedan darse juicios orales penales exclusivamente para dilucidar pretensiones civiles, y aún a riesgo de provocar victimizaciones secundarias, dispone que cuando entre las partes acusadoras y acusada —y su defensa— no haya un acuerdo sobre las cuestiones civiles, se entenderá que la acción civil queda “reservada”, por lo que sus titulares podrán hacerla valer ante la jurisdicción correspondiente¹⁵⁰, la civil¹⁵¹. A este mismo resultado creemos que también se puede llegar cuando el Juez de la Conformidad, en su análisis homólogo del acuerdo que por escrito le han hecho llegar las partes, crea que la conformidad penal es correcta e incorrecta la civil, que por ello tiene que rechazar en este trámite¹⁵².

5. PROCEDIMIENTO

A) Con carácter general, quien va a recibir de las partes el escrito de conformidad, debiendo darle el trámite previsto legalmente, es un nuevo órgano jurisdiccional, al que se denomina “Juez de la Conformidad”, que es un órgano constituido por un solo magistrado de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia de la circunscripción en que el delito se haya cometido¹⁵³; por tanto, la conformidad es su único cometido puesto que el

responsable penal. Sobre todo ello *vid.* las SSTS 96/2007, de 13 de febrero; 762/2011, de 7 de julio; y 810/2017, de 11 de diciembre.

¹⁴⁹ En la PCPP-2013 se era más completo e incisivo en materia de conformidad y responsabilidad civil, con una previsión novedosa y no repetida en el Anteproyecto pensada en pro de la eficacia y economía procesal y la tutela de la víctima: si el encausado o un responsable civil se negara a contestar a la pregunta sobre su conformidad con la responsabilidad civil, el Tribunal le advertirá que lo va a considerar allanado a la pretensión civil deducida en su contra, por lo que en caso de que persistiera en esa actitud lo declarará allanado y condenado.

¹⁵⁰ Art. 168.2 ALECR-2020. De forma diferente ordenaba proceder la PCPP-2013, ya que se mantenía el criterio de que el procedimiento penal continuara adelante solamente para resolver la responsabilidad civil (arts. 113.2, 271.1.II y 444.2).

¹⁵¹ Con razón en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto se indica que para garantizar que la acción civil no prescriba durante el trascurso de la fase de investigación del hecho criminal, complementariamente a esta previsión del Anteproyecto habría que reformar la regulación de los actos con eficacia interruptiva (p. 198).

¹⁵² En esta hipótesis, hoy en día el órgano jurisdiccional puede revisar las calificaciones sobre la responsabilidad civil si las mismas legalmente no son posibles según los hechos declarados probados con base en la conformidad del encausado, debiendo ordenar la continuidad del juicio solamente para depurar esa clase de responsabilidad. *Vid.* las SSTS 450/2002, de 4 de junio; y 1473/2004, de 3 de diciembre.

¹⁵³ Art. 169.1.I ALECR-2020.

órgano jurisdiccional llamado a enjuiciar el asunto, cuando la conformidad fracase, va a ser otro diferente, totalmente imparcial, no *contaminado* por este intento fallido de terminación anticipada del procedimiento. Y, en las modalidades de enjuiciamiento urgente, tanto rápido¹⁵⁴ como inmediato¹⁵⁵, previstas en el Anteproyecto, la competencia sobre la conformidad —con sus particularidades, como hasta ahora¹⁵⁶— la tendrá atribuida el Juez de Guardia¹⁵⁷.

Para la ejecución de la sentencia de conformidad, la competencia le corresponde al órgano competente para el enjuiciamiento del hecho, para cuya determinación habrá que estar a las reglas generales fijadas en el Anteproyecto¹⁵⁸.

B) La formalización de la conformidad se lleva a cabo elaborando un escrito¹⁵⁹ conjunto y *consensuado*: estará firmado por el Ministerio Fiscal, por los letrados de las acusaciones, por la persona encausada y su defensor y, cuando la conformidad alcance a la pretensión civil formulada en las acusaciones, también por los actores civiles y por los terceros responsables civiles¹⁶⁰. Esto significa, (i) que por el momento procedimental en el que se produce, no caben conformidades orales¹⁶¹; (ii) que puesto que el Anteproyecto está basculado hacia las conformidades acordadas, si nos atenemos a la literalidad de la norma, no caben conformidades unilaterales de las personas encausadas, con o sin expectativa de ser premiadas; y (iii) que entre las acusaciones, la incentivadora del acuerdo es la Fiscalía¹⁶², a quien el Anteproyecto le redirecciona expresamente el posible premio —*difuso*¹⁶³— a dar al acusado por su conformidad: que solicite, si cuenta con

¹⁵⁴ Arts. 781 a 791 ALECR-2020.

¹⁵⁵ Arts. 792 a 796 ALECR-2020.

¹⁵⁶ LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia”, *Revista Penal*, n.º 15, 2005, pp. 67 y ss.

¹⁵⁷ Art. 169.1.II ALECR-2020.

¹⁵⁸ Arts. 28 y ss. ALECR-2020.

¹⁵⁹ Art. 170.1 ALECR-2020.

¹⁶⁰ Art. 170.2 ALECR-2020. *Vid.* la STS 468/2014, de 10 de junio, que recuerda que las alegaciones de las partes civiles quedan limitadas a la materia puramente indemnizatoria.

¹⁶¹ Lo que hasta ahora si es posible, aunque por ser la conformidad esencialmente un acto procesal escrito la misma tuviera que ser reflejada por escrito, como recuerda la STS 2481/2001, de 27 de diciembre.

¹⁶² No hay margen a la duda: en la misma Exposición de Motivos del Anteproyecto se dice que es al Ministerio Fiscal a quien se le otorga un margen de reducción de pena para que pueda utilizarla, en cada caso concreto, en el marco de una solución consensuada.

¹⁶³ Y *determinable* no sabemos a partir del cumplimiento de qué criterios, lo que dificultará el posterior control judicial, y ello todo a diferencia del complejo y heterogéneo régimen jurídico de la conformidad en el vigente sistema procesal penal español, la única alusión y formulación del

la anuencia de las demás acusaciones —aunque no se diga—, la imposición de la pena privativa de libertad inferior en grado —¿no extensible a otras?¹⁶⁴— a la prevista legalmente¹⁶⁵. Por tanto, ese parece ser el límite por arriba, insuperable, cuya concreción —¿y motivación?— y corrección deberá ser supervisada y aprobada por el Juez de la Conformidad, es de esperar que en muchos casos, ante las dudas o insuficiencias que le pueda generar el documento escrito registrado, pidiéndole explicaciones a la Fiscalía debido a su posición institucional plenipotenciaria en la conformidad: impulsar, negociar, modular, consensuar y autorizar el beneficio para el —la parte encausada— premiada.

El destinatario del escrito de conformidad es el Letrado de la Administración de Justicia, quien tiene que recibirlo, y registrarlo para darle trámite¹⁶⁶, antes de que transcurran diez días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral¹⁶⁷. Dudando que sea *suficiente* este lapso temporal, parece que es *inampliable* y sí es claro que se trata de un plazo *preclusivo*, porque como ya hemos comentado si el mismo transcurre sin que se haya producido la presentación del pedido de conformidad el tribunal tendrá que resolver a partir de la prueba que se haya practicado en el acto

premio en el Anteproyecto es la que hemos señalado en el texto. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin embargo, podemos distinguir: (i) una conformidad *dialogada, consensuada o negociada*, en la que lo determinante es que previa a su manifestación el encausado y su defensa hayan tenido contacto o hayan desarrollado una negociación para que la misma se lleve a efecto, pudiendo incluso redactar conjuntamente entre todos ellos un escrito de calificación; y (ii) una conformidad *premiada o incentivada o beneficiada*, como ha venido siendo calificada por la Fiscalía General del Estado para cuando la conformidad se formula en un juicio rápido y en la que, debido a su temprana manifestación, *ope legis* recibe una automática reducción de un tercio de la pena a imponer, resolviéndose además lo procedente sobre su suspensión o sustitución. Cfr. la Circular 1/2003, de 7 de abril, *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado* [<https://www.fiscal.es/documents/20142/399efca8-0bdd-b5c1-3ef7-69c75ee35de7>].

¹⁶⁴ Vid. la STS 315/2021, de 15 de abril, en la que el Tribunal Supremo niega que el premio aplicable a las penas de prisión pueda ser extensible a otras consecuencias jurídicas imponibles, en este caso una multa.

¹⁶⁵ Art. 170.5 ALECR-2020. Esta dinámica expresada en positivo puede ser también tomada en consideración en el sentido opuesto, para que valoremos realmente lo que sucede en el foro. A decir de DEL MORAL GARCÍA (2008: 3): “[...] Normalmente es una sensible rebaja en la petición de pena el elemento disuasorio esgrimido por el Ministerio Público. Lo que, leído en negativo, significa que la pena no se modificará, manteniéndose su gravedad, en el caso de que el juicio se celebre”. VARELA CASTRO (1992: 185 y ss.) había ido más allá y explicó que en muchos casos la conformidad “[...] recuerda más el puro chalaneo, cuando no un cierto chantaje a un acusado”. A mayores *vid.* AGUILERA MORALES (2015: 804 y ss.) y BACHMAIER WINTER (2018: 2 y ss.).

¹⁶⁶ Art. 172.1 ALECR-2020.

¹⁶⁷ Art. 171.1 ALECR-2020.

del juicio, y sin que la confesión del acusado en el mismo¹⁶⁸, o la adhesión de la defensa a la pretensión de la acusación, pueda producir los efectos de la conformidad ni beneficiar al sujeto pasivo por ello¹⁶⁹. Claro, de una conformidad *legal y correcta*, ¿pero con ello no se abrirá de nuevo un claro espacio para que surjan conformidades *encubiertas, tardías*, y lo que es más contrario al modelo de conformidad, no ante el Juez de la Conformidad sino ante el órgano jurisdiccional enjuiciador, quien adolecerá de esa imparcialidad objetiva que el Anteproyecto busca con la creación del primero, justamente a ese al que se refiere la Exposición de Motivos del Anteproyecto como el proclive a estimular directamente las conformidades para evitarse tener que celebrar el plenario?

El escrito tiene que cumplir una única finalidad: que las partes pongan en conocimiento al órgano jurisdiccional su pedido de que dicte una sentencia de conformidad de acuerdo con su contenido¹⁷⁰. El objeto del escrito es único y tasado¹⁷¹ pero —sorprendentemente— ni más simplificado ni específico, por cuanto es el mismo que el fijado para las calificaciones provisionales de las acusaciones, tanto cuando sólo hay pretensiones penales¹⁷² como cuando se le añaden pretensiones civiles¹⁷³. De haberse previsto en

¹⁶⁸ Inclusive, como hasta ahora, producida hasta el ejercicio del derecho a la última palabra. *Vid.* las SSTs 291/2016, de 7 de abril; y 43/2018, de 25 de enero. Un derecho cuya vigencia se mantiene, pese a que con anterioridad se haya manifestado la conformidad, tal y como se destaca en la SAN 21/2021, de 28 de junio.

¹⁶⁹ Art. 171.2 ALECR-2020.

¹⁷⁰ Art. 170.1 *in fine* ALECR-2020.

¹⁷¹ Art. 170.3 ALECR-2020.

¹⁷² Según el art. 650.1 ALECR-2020, la calificación provisional se tiene que limitar a determinar en conclusiones precisas y numeradas:

1.^a) Los hechos punibles que resultan de la investigación, sin que en ningún caso puedan incluirse hechos que no hayan sido comunicados a la persona investigada en la comparecencia de los artículos 557 y 561 del Anteproyecto.

2.^a) La calificación legal de esos hechos, determinando la infracción penal que constituyen.

3.^a) La participación que en ellos haya tenido la persona acusada.

4.^a) La existencia de circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal.

5.^a) Las penas, principales y accesorias, que proceda imponer en caso de que la persona acusada resulte condenada.

Además, sobre cada uno de estos particulares podrán presentarse conclusiones alternativas.

¹⁷³ Para este caso, el art. 650.2 ALECR-2020 indica que el escrito de calificaciones provisionales tiene que incluir las responsabilidades civiles derivadas de los hechos punibles y las consecuencias accesorias. En concreto, en este punto habrá que cuantificar la indemnización o las bases para poderla determinar, así como las personas civilmente responsables, con relación a las cuales habrá que especificar si su responsabilidad es principal o subsidiaria y el hecho en virtud del cual se haya contraído. Además, en él se tendrá que hacer mención a los demás aspectos relativos a la entrega y destino de las cosas y los efectos intervenidos, así como a la imposición de las costas procesales.

formato abierto, aunque el mismo tuviera que contener todas las menciones fijadas legalmente, se podrían consignar otros aspectos que luego facilitarían la tarea al Juez de la Conformidad en la vista que tiene que convocar¹⁷⁴. Por ejemplo, quién, cuándo y cómo ha informado a la persona encausada de sus derechos y garantías procesales, a los cuales renuncia, así como el alcance y efectos del contenido de su declaración —anuencia— de conformidad, o también si la indicación expresa de si el acuerdo favorece la pronta e integral reparación de la víctima y, para cuando no esté personada como acusación, quién, cuándo y cómo ha tomado conocimiento de su postura sobre la conformidad y cómo quedan protegidos sus intereses¹⁷⁵.

C) Bajo el rótulo “homologación y ratificación” el Anteproyecto ordena las facultades —y las consecuencias procedimentales que se derivan— de las que va a disponer el Juez de la Conformidad cuando el Letrado de la Administración de Justicia se lo haga llegar, una vez turnado¹⁷⁶. Esta clarificación del futuro inmediato que puede tener un escrito de conformidad ayuda a los intervinientes a precalcular, con base en las circunstancias particulares del litigio, qué va a pasar con su acuerdo, teniendo además presente que de siempre la jurisprudencia ha laminado cualquier sobra de automatismo en el proceder jurisdicente, defendiendo la idea de que el órgano jurisdiccional competente no está vinculado a *cualquier* conformidad y no puede ser forzado a condenar en contra de su conciencia¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Art. 172.3.I ALECR-2020.

¹⁷⁵ Ello debe ser posible por aplicación refleja, por un lado, del específico y comentado art. 183.3.b). II ALECR-2020 en materia de justicia restaurativa, y, por otro, de los arts. 105 —“información durante la tramitación del proceso”— y 106 —“derecho a ser oída”— del Anteproyecto. En este punto el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, en la nueva redacción que quiere que se dé al art. 785.4.II, obliga al Ministerio Fiscal a que antes de que él y las demás partes le pidan al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad, oiga a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que hubiera sido posible y se estime necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de la conformidad, y en todo caso cuando la gravedad o trascendencia del hecho o la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos, así como en todos los supuestos en que víctimas y perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.

¹⁷⁶ Art. 173.1 ALECR-2020.

¹⁷⁷ *Vid.* la STS de 2 de marzo de 1959. Una dinámica que también hay que llevarla a la apreciación de atenuaciones por el simple hecho de que en el plenario se produzcan aceptaciones de hechos por el acusado, como se recuerda en las SSTS 105/2014, de 19 de febrero; 460/2020, de 15 de septiembre; y 613/2021, de 7 de julio.

El control del Juez se va a extender sobre los términos de la solicitud que las partes le han dirigido y la debida reparación de la víctima¹⁷⁸, a resultados del cual puede tomar tres decisiones:

(a) Rechazar, sin más trámites¹⁷⁹, la petición de conformidad cuando compruebe, o bien que la calificación jurídica o la pena pedida no se ajustan a la legalidad, o bien está salvaguardada suficientemente la reparación de la víctima¹⁸⁰. Y es aquí, ante la conformidad *fracasada*, cuando se advierte legalmente que el escrito suscrito por el encausado no supondrá el reconocimiento de los hechos consignados en el mismo ni podrá incluirse en el expediente para el juicio oral¹⁸¹.

En este punto, si es tanto el deseo colectivo de que haya cuantas más conformidades mejor, en lugar de un control binario del escrito de conformidad —correcto o incorrecto—, ¿por qué no se ha previsto tanto que la resolución del Juez sea *motivada* como, más importantemente, que en estos casos pueda realizarse, de oficio o rogadamente, una audiencia inicial con todas las partes, en la que el Juez de la Conformidad le da traslado de las falencias que a su juicio presenta el escrito de conformidad, dándoles la opción de presentar un nuevo escrito con una conformidad subsanada¹⁸², material que en cualquier caso, facilitándoles la presentación de un eventual medio de impugnación contra su resolución?

(b) Devolver la causa al fiscal para que continúe con su tramitación ordinaria, en dos casos: primero, si considera que hay “algún obstáculo” —¿cuáles? ¿cuántos? ¿de quién? ¿de qué relevancia?— que impide que pueda dictar una sentencia de conformidad; y, segundo, cuando el “investigado” —encausado, ¿no?— no ratifique en su presencia la conformidad

¹⁷⁸ Art. 173.1 *in fine* ALECR-2020. La encomienda en este punto prevista en el art. 145.1 ALECR-2011 era más amplia y completa, al recoger el *todo* y no sólo la *parte* (“[...] velará por la tutela de los derechos de la víctima”), cuestión para nada baladí, como estudia *in extenso* GÓMEZ COLOMER (2015).

¹⁷⁹ Al igual que ahora mismo sucede. *Vid.* las SSTS 167/2008, de 14 de abril; y 366/2018, de 18 de julio.

¹⁸⁰ Art. 172.2.I ALECR-2020.

¹⁸¹ Art. 172.2.II ALECR-2020.

¹⁸² Algo similar a lo que permite el art. 787.3 LECR vigente, y que la jurisprudencia avala en su utilidad; véase la STS 56/2013, de 29 de enero. Planteamiento que se mantiene en la propuesta del nuevo art. 785.6 LECR en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal: cuando el Juez o Tribunal considere incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él, y solamente cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad; en caso contrario, ordenará la continuación del juicio.

en los estrictos términos en que se haya formulado¹⁸³. Esto último debiera también pasar si se previera que el abogado del encausado tuviera que ratificar también la petición de conformidad y no lo hiciera.

(c) Si ese primer análisis del escrito es positivo, el Juez de la Conformidad convocará una comparecencia para que asistan la persona encausada y su abogado, al objeto de que aquél ratifique personalmente los términos del acuerdo, poniendo personalmente los medios para que nunca se encuentre en una tesitura que le genera indefensión¹⁸⁴. Sólo él y no también su defensor¹⁸⁵, como hemos ya criticado, que está obligado a asistir a la audiencia, pero callado, como un *convidado de piedra*, en clara pérdida de recursos humanos por mucho que la conformidad sea un acto personalísimo y expreso. Y sabemos ya que es en esta comparecencia cuando el Juez de la Conformidad tiene que verificar que la persona encausada presta libremente y sin coacción su consentimiento, con una previa información suficiente sobre las consecuencias de la conformidad¹⁸⁶.

Este control judicial *rutinario* y *simple* pasa a ser *cualificado* y *estricto* cuando la pena aceptada e incluida expresamente en el escrito de conformidad sea superior a “cinco años” de pena privativa de libertad: el Juez de la Conformidad oirá a todas las partes acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales al reconocimiento de hechos¹⁸⁷.

Varios interrogantes se nos plantean con esta redacción reproducida: (i) ¿Por qué cinco años de prisión y no seis¹⁸⁸? (ii) ¿Acaso la condena a una pena de privación de libertad inferior a cinco años no es razón sufi-

¹⁸³ Art. 172.4 ALECR-2020.

¹⁸⁴ STS 1094/1998, de 2 de octubre.

¹⁸⁵ Art. 172.3.I ALECR-2020.

¹⁸⁶ Art. 172.3.II ALECR-2020.

¹⁸⁷ Un ejemplo nuevamente de un régimen jurídico más completo y preciso de la conformidad en la PCPP-2013 lo tenemos en el art. 108.4.º PCPP-2013 relativo a los casos en los que no constara la existencia del cuerpo del delito cuándo, de haberse éste cometido, no pudiera por menos de existir aquél, o cuando alguna de las partes no conformes alegare razones en contra de la conformidad por no corresponderse los hechos con la realidad de lo acontecido, situaciones en las que el Tribunal podría acordar la continuación del juicio cuando entienda que la conformidad es contraria al interés de la justicia.

¹⁸⁸ Parece que siguen en el imaginario del legislador las *dudas* sobre el ámbito de aplicación de la conformidad a partir de la conversión de la vieja “pena correccional” de los arts. 655.I y 688.II LECR, aunque el Tribunal Supremo ha venido hablando como *cifra mágica* los seis años (*v. gr.* STS 58/2006, de 30 de enero) como *pena en concreto*, a la cual se llega, directamente, cuando la pena es única, después de hacer minoraciones sobre la pena en abstracto como consecuencia de los diversos grados de participación o ejecución o por concurrir circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, y también cuando siendo varias las mismas se hayan adicionado. Un límite numérico que, además, individualiza el art. 50.1 *in fine* LOTJ.

ciente para que haya que hacer el *esfuerzo* colectivo de cerciorarse que en el supuesto enjuiciado hay suficientes indicios racionales de criminalidad, esto es, esa *factual basis for a plea* estadounidense con la que se trata de minimizar el riesgo de que personas inocentes se declaren culpables?¹⁸⁹. (iii) ¿Audiencia con “todas” las partes?, ya que, para que así sea, primero tienen que ser citadas —cuando hasta ese momento sólo lo habían sido la persona encausada y su defensor— y luego todas tienen que declarar en sentido uniforme; ¿y si fracasa una u otra cosa, o si la información aportada es *insuficiente* y no satisface al Juez de la Conformidad? Seguramente lo segundo se podría corregir, o prever, si como hemos sugerido el alcance del escrito de conformidad fuera diverso, aunque siempre estaremos abriendo la posibilidad de dar trascendencia procesal y material al resultado de lo actuado en la fase de investigación, con los sujetos, trámites, garantías y efectos probatorios —¿algunos, ahora sí?— conocidos, en una sentencia de condena que pone fin a un procedimiento penal por unos hechos castigados con una pena superior —¡sin límite!— a cinco años de prisión. (iv) Este mecanismo de seguridad frente a posibles conformidades fraudulentas, ¿se colma con oír a las partes, con su invocación de los indicios racionales de criminalidad, o debiera el Juez de la Conformidad pedir una acreditación de los mismos?¹⁹⁰ Y, finalmente, (v) ¿en esto se concentran todas las cautelas legales anunciadas por el legislador en la Exposición de Motivos para asegurar el correcto ejercicio de la conformidad, lejos de aquellas irregulares —encubiertas— cuando el asunto tratado rebasa el límite máximo de los cinco años de prisión?

D) Si el acuerdo de conformidad es correcto en atención a los requerimientos legales referenciados y el investigado lo ha ratificado indubitadamente en los estrictos términos que le haya planteado el Juez de la Conformidad, éste tendrá por homologado el acuerdo, pasando a dictar sentencia de conformidad¹⁹¹.

¹⁸⁹ STS 291/2021, de 7 de abril. Véase monográficamente GARRETT (2011), así como LASCURAÍN SÁNCHEZ y GASCÓN INCHAUSTI (2018) y MACHADO DE SOUZA y RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022).

¹⁹⁰ Sorprende constatar cómo esta exigencia de los indicios racionales de criminalidad es idéntica a la que en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal se propone como parte del nuevo contenido del art. 655 LECR, aunque en éste de manera más exigente, en el sentido que planteamos en el texto: no basta con oír a las partes cuando la pena pactada sea superior a cinco años acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales al mero reconocimiento de hechos por parte de la persona investigada, sino que los mismos tienen que estar justificados por escrito en la calificación —única y pactada, o cuando menos la de ese investigado—.

¹⁹¹ Art. 173.1 ALECR-2020.

Estamos ante un análisis cuya completud y expresión didáctica penderá de las circunstancias personales y fácticas que concurren¹⁹², y sin que por el mayor detalle en el actuar del Juez de la Conformidad realizando esta instrucción de derechos pueda colegirse que está prejuzgando o propiciando la conformidad de la persona encausada¹⁹³.

Siendo esta la redacción legal, parece que no tiene posibilidad de desvincularse de la propuesta de las partes sobre la pena de prisión acordada por las partes. Estamos de acuerdo que *hacia arriba*¹⁹⁴, por mor del principio acusatorio y porque, si así lo pensara desde que recibió el escrito o desde que oyó —al menos— a la persona encausada en presencia de su abogado¹⁹⁵, lo que debiera hacer es rechazar la solicitud formulada, devolviendo la causa al fiscal para que continúe con su tramitación; ¿y *hacia abajo* e, incluso, *absolver*, como históricamente ha reconocido la jurisprudencia¹⁹⁶? Lo querido por el legislador es que el Juez de la Conformidad dicte una “sentencia de estricta conformidad”, sin que como anotamos se diga explícitamente hasta dónde¹⁹⁷ y si solamente con relación a la pena de prisión aceptada¹⁹⁸.

¹⁹² STS 535/2005, 28 de abril.

¹⁹³ SSTS 767/2013, de 25 de septiembre; y 463/2019, de 14 de octubre.

¹⁹⁴ Sin embargo, en la propuesta de nueva redacción del art. 655.II *in fine* el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal sí se repite la directriz de que el Tribunal no puede imponer una pena mayor que la solicitada.

¹⁹⁵ SSTS de 30 de septiembre de 1991; y 545/2003, de 15 de abril.

¹⁹⁶ *Vid.* RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997a). De hecho, el art. 108.3.º PCPP-2013 preveía que si a partir de los hechos aceptados el Tribunal entendiera que el hecho reconocido por las partes no es constitutivo de delito o que la pena que corresponde imponer es de menor gravedad a la solicitada, podría dictar sentencia absolutoria o imponer una pena inferior, según cual fuera el caso.

¹⁹⁷ Cuestión siempre controvertida, como estudió monográficamente hace años DE DIEGO DÍEZ (1998).

¹⁹⁸ Sin embargo, en este punto el art. 785.9.I LECR nuevo propuesto por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal impone al juez que (i) se pronuncie sobre la eventual suspensión de la pena impuesta, oídas las partes, (ii) sobre los aplazamientos de las responsabilidades pecuniarias y, en cuanto fuera posible, (iii) realice los requerimientos y liquidaciones de condena de las penas impuestas en la sentencia.

E) La sentencia de conformidad, por su esencia y conformación, es firme¹⁹⁹ y ejecutable²⁰⁰ e irrecurrible *por razones de fondo*²⁰¹, salvo cuando no se hayan respetado los “requisitos” o “términos”²⁰² del escrito que le fue sometido a homologación al Juez de la Conformidad. En este punto, el Anteproyecto mantiene el criterio legal —explícito— y jurisprudencial seguido en las últimas décadas, surgido del principio de lealtad procesal que obliga a cuantos intervienen en el proceso penal y que proscribía que en fase de impugnación se construya un nuevo enjuiciamiento con alteración sustancial de las posiciones procesales reflejadas en la conformidad del encausado, acordada —o no— con las partes acusadoras²⁰³. De admitirse la postura contraria, se estaría lesionando el justo principio de Derecho de que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos²⁰⁴, alterándose además la seguridad del tráfico jurídico por permitir revocar sin causa lo que se consintió, sin admitir que hubiera prueba de cargo en juicio —no celebrado— que justificara una sentencia de condena²⁰⁵, lo que podría ser un caldo de cultivo óptimo para aquellos encausados promotores de eventuales posiciones falaces, engañosas o simuladas. Además, se estaría colocando a los órganos jurisdiccionales *ad quem* ante una actuación sin base probatoria y alegatoria a partir de lo sucedido desde la manifestación de la conformación en el procedimiento penal *truncado* y *anticipado* en su resolución definitiva condenatoria.

A consecuencia de todo lo indicado, el encausado no puede impugnar, por razones de fondo, su conformidad, libremente prestada²⁰⁶, tal y como tiene que garantizar el Juez de la Conformidad, por lo que solamente serán

¹⁹⁹ Bien es verdad que en un contexto procedimental diferente regido por el principio de oralidad, pero traer a la memoria que en el art. 114.II PCPP-2013 ordenaba al Tribunal de Garantías que, una vez que dictara —oralmente— la sentencia de conformidad, preguntara a la Fiscalía y a las demás partes si tenían la voluntad de recurrir su resolución, por lo que ante la negación de todas ellas de hacerlo en ese mismo acto tendría que declarar oralmente la firmeza de la sentencia. En caso de realizarse la comparecencia que proponemos en el texto, y buscando esa misma eficacia y economía procesal, ¿por qué no aprovecharla con el mismo fin de acelerar que la sentencia de conformidad sea firme y de manera inmediata se pueda ejecutar?

²⁰⁰ ¿Y eso desde cuándo sucede?, analiza RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2021: 1 y ss.).

²⁰¹ Expresión utilizada por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal en el propuesto nuevo art. 785.10 LECR, recuperando lo que señalaba el art. 147 *in fine* ALECR-2011.

²⁰² Art. 173.2 ALECR-2020. *Vid.* SSTS 483/2013, de 12 de junio; 752/2014, de 11 de noviembre; 188/2015, de 9 de abril; 291/2016, de 7 de abril; 562/2021, de 24 de junio; y 613/2021, de 7 de julio.

²⁰³ SSTS 1273/1998, de 26 de octubre; y 1662/2001, de 15 de noviembre. Y ATS 167/2021, de 4 de febrero.

²⁰⁴ SSTS 1774/2000, de 17 de noviembre; y 545/2003, de 15 de abril.

²⁰⁵ STS 260/2006, de 9 de marzo.

²⁰⁶ SSTS 810/2017, de 11 de diciembre; 375/2021, de 5 de mayo.

recurribles las sentencias de conformidad que se encuentren en alguna de estas tres situaciones: (i) cuando no se hayan respetado los requisitos subjetivos, materiales y formales legalmente establecidos para que la sentencia de conformidad sea válida: *v. gr.*, si se han dado vicios en el consentimiento del encausado²⁰⁷; (ii) cuando en el relato fáctico, en la calificación jurídica o en la pena impuesta, el Tribunal se desvincule en su sentencia de la conformidad que le presentaron las acusaciones, la persona encausada y su defensor y que él atestiguó su corrección para darle trámite²⁰⁸; y (iii) cuando se vulnere la legalidad por ser incorrecta la calificación negociada y aceptada por las partes, en perjuicio del encausado²⁰⁹.

Los medios de impugnación procedentes para ser usados por los posibles recurrentes contra la sentencia de conformidad en su dimensión penal y civil, si es el caso, son los mismos, y por eso no se individualizan²¹⁰, que los utilizables contra cualquier sentencia²¹¹.

IV. CONCLUSIONES

Hemos expuesto de dónde viene la conformidad en el sistema de justicia penal español y por qué el legislador del siglo diecinueve la incorporó en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con diferentes variantes, en un escenario procesal en cuya vista pública las partes enfrentadas planteaban sus estrategias procesales y las defendían y probaban ante unos magistrados que tenían que *permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates*²¹². Y es ahí donde la parte pasiva del proceso penal, y su defensor, podían ahorrarse ese *padecimiento* conformándose con la pena más grave de las pedidas por las acusaciones o confesándose reo del delito que se le imputaba en las calificaciones acusadoras y, en ocasiones, también con la responsabilidad civil a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad pedida por razón de daños y perjuicios. Con este *plan*, en el primer siglo de aplicación de la institución muy pocas —o menos—

²⁰⁷ STS 739/2003, de 14 de mayo.

²⁰⁸ STS 1077/2011, de 10 de octubre.

²⁰⁹ STS 545/2003, de 15 de abril.

²¹⁰ Por el contrario, el art. 115.2 PCPP-2013 expresamente identificaba al recurso de apelación, aunque como sabemos ni podía ni debía ser el único, como ahora y como tampoco está pensando el Anteproyecto.

²¹¹ Véanse los arts. 726 y siguientes ALECR-2020.

²¹² Palabras de Manuel Alonso Martínez como Ministro de Gracia y Justicia en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

sentencias de conformidad han sido dictadas por los juzgados y tribunales españoles, lo cual nunca ha sido visto como un *fracaso* sino como una consecuencia necesaria de la plasmación en la actividad judicial del espíritu con el que incorporó a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nada que ver con la realidad de dos mil veintidós: hoy, en un sistema penal *líquido*²¹³, en el que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido cambiada y remendada en numerosas ocasiones, el panorama de la conformidad ha girado ciento ochenta grados, puesto que se ha normalizado²¹⁴ al cobijo de los *mutuos beneficios* que la sociedad y todos los operadores con su uso obtienen²¹⁵, ideas que cuando menos chirrían con nuestra tradición jurídica y con algunas de sus instituciones de referencia. Toda su potenciación, que por veces nos parece *descontrolada* y con *vida propia*²¹⁶, parece que ha dado sus frutos. Ahora bien, no sabemos si con relación a las finalidades que la misma debería satisfacer en el plano de los principios y las garantías —empezando por el derecho de defensa²¹⁷ y a un proceso con todas las garantías²¹⁸— y sí al menos a tenor de los números que anualmente se

²¹³ SILVA SÁNCHEZ (2015: 1 y ss.) y BARONA VILAR (2017: 64 y ss.).

²¹⁴ CARO HERRERO (2020: 30).

²¹⁵ STS 422/2017, de 13 de junio.

²¹⁶ Como ya hemos citado, se puede valorar esta adjetivación si se lee críticamente el “Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española” de 1 de abril de 2009 [[https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INSTITUCIONALES/CONVENIOS/FICHERO/2009-\(11\).pdf](https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INSTITUCIONALES/CONVENIOS/FICHERO/2009-(11).pdf)], el cual ha sido tributario de las directrices que se sembraron por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/1989 ya citada, en la cual se pedía a los Fiscales que tuvieran una mayor presencia en el proceso y en especial durante la guardia de los juzgados, lo que les permitiría tener un contacto más inmediato con el acusado y su Letrado, de manera que se creara un “terreno propicio para promover tales soluciones consensuadas”; e incluso más: “La sensibilidad y habilidad de los Sres. Fiscales debe ser utilizada para agotar al máximo el cumplimiento del espíritu de la ley, especialmente en los delitos de menor entidad, adoptando posiciones estratégicas en el proceso que fomenten la conformidad de los acusados y eviten la carga procesal de la celebración del juicio”. Este Protocolo viene permitiendo que numerosos Colegios de Abogados y Fiscalías hayan firmado los correspondientes convenios en su ámbito territorial de actuación, estrategia apoyada desde la Fiscalía General del Estado desde el dictado de la “Instrucción 2/2009, de 22 de junio, sobre aplicación del Protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española” [https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-I-2009-00002.pdf], en el que se recogen aspectos organizativos y funcionales, directrices sobre la preservación de derechos y garantías y el ámbito de aplicación material y procesal del Protocolo.

²¹⁷ GIMENO SENDRA (2019: 75 y ss.).

²¹⁸ De forma directa y gráfica DEL MORAL GARCÍA (2008: 9) afirma que en la realidad práctica con la conformidad “[...] se cambia agilidad por cárcel: se compran días de libertad (reducción de penas), pagando como precio la renuncia al derecho a un juicio justo. Hemos diseñado exquisitamente ese derecho, sin descuidar un detalle. Pero lo queremos eludir a toda costa para evitar el enorme coste social que supone”. Una crítica que se acentúa en algunas modalidades de la conformidad, como en la *rápida*, tal y como plantea GARCÍA MOSQUERA (2017: 97 y ss.).

presentan por la Fiscalía General del Estado en la Memoria que presenta al inicio de cada año judicial. En la última, del año 2020, con relación a la actividad de la justicia en el ejercicio anterior, se refleja una utilización generalizada de la herramienta, lo que resulta clave para el funcionamiento actual de la justicia penal.

*Más en concreto, podemos decir que a día de hoy la Administración de Justicia española no puede vivir sin la conformidad*²¹⁹: “[L]a conformidad con la posición del Ministerio Fiscal en la totalidad de las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal (condenatorias y absolutorias) y por las audiencias provinciales fue en ambos casos del 70%. Del total de sentencias condenatorias que constan dictadas por los juzgados de lo penal (113.234), 71.909 sentencias lo fueron por conformidad del acusado con la petición del Ministerio Fiscal (el 63%). En las audiencias provinciales se dictaron un total de 7.814, de las cuales 4.282 (el 55%) lo fueron también por conformidad del acusado y su defensa con la posición del Fiscal. Esto supone que, del total de sentencias condenatorias dictadas en los juzgados de lo penal y audiencias provinciales, el 63% de las mismas se dictan por conformidad del acusado con la posición del Fiscal, lo que representa aproximadamente el 48% respecto del total de las sentencias”²²⁰.

Para el futuro todo parece indicar que no hay vuelta atrás y que, en la hoja de ruta del legislador nacional desde el cambio de siglo, primero con el ALECR-2011²²¹ y la PCPP-2013²²² y en la actualidad con los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal y de Ley de medidas de eficiencia procesal, no hay *engaño*: quiere más Derecho Penal²²³, con menos —o más cortos— procesos penales en los que tenga un lugar privilegiado el “consentimiento”²²⁴; esto es, dando un paso más: quiere —muchas— más conformidades, con un marco jurídico —todavía— más flexible y, al tiempo, con sujeción a garantías más precisas y exigentes —¡faltaría más!—.

²¹⁹ GARCÍA DURÁN y HERNÁNDEZ OLIVEROS (2021: 13) llegan a afirmar que “[...] nuestro sobrecargado sistema de justicia penal... se desmoronaría si un determinado día se prohibiera dictar sentencias de conformidad”.

²²⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado Excm. Sra. Doña Dolores Delgado García Fiscalía General del Estado*, Madrid, 2000, pp. XXXIV y XXXV.

²²¹ DOIG DÍAZ (2011: 405 y ss.).

²²² AGUILERA MORALES (2015: 829 y ss.), DOIG DÍAZ (2015: 9 y ss.) y FERNÁNDEZ FUSTES (2015: 825 y ss.).

²²³ BENITO SÁNCHEZ (2020).

²²⁴ En desarrollo de este puzzle conceptual, ideológico e institucional en la elaboración del nuevo modelo de Justicia —también penal—, véanse por todos BARONA VILAR (2021: 217 y ss.) y HERRERO PEREZAGUA (2022: 65 y ss.).

Esta es la fórmula *mágica* para no hacerse trampas al solitario, o las menos posibles, o si pasa, de la forma menos visible e impactante jurídica y socialmente. En defensa de esta estrategia, y en la resistencia a la misma, no hay uniformidad²²⁵, y claramente sería malo que la hubiera en los *templos de la sabiduría*, en terminología unamuniana, que también nos vale para esgrimir que *vencer* parlamentariamente, si así fuere con estos anteproyectos o con otros que los sucedan, no es *convencer*.

A nosotros, cierta desazón nos produce haber constatado —¿y demostrado?— que el articulado del Anteproyecto referido a la institución y a la *cara bis* de la justicia penal, en ocasiones es oscuro, en otras insuficiente, en no pocas contradictorio, en puntos fundamentales desacompañado con la Exposición de Motivos y, lo que nos parece más preocupante, no está muy alineado, en la redacción fina de la institución, con el *otro legislador* que ha redactado el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal.

Veremos el futuro de este mismo Anteproyecto, o de —eventualmente— su sucesor. Confiemos en los trámites de audiencia pública y en la tramitación parlamentaria para que del Parlamento salga el mejor texto posible, duradero —aunque no sea para *vivir* en tres siglos como el actual—, en el que lo técnico y profesional pese más que lo político, y en el que, desde la Academia a las Cámaras, pasando por los pasillos de los Tribunales, se crea posible cumplir con la secuencia de las *buenas ideas* a las *buenas acciones* con las *mejores normas*, siempre a partir de la Constitución y, en particular, desde el artículo 24 y el Título VI²²⁶.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, E. (1998), *El 'principio de consenso': la conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona.

AGUILERA MORALES, E. (2015), “La conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal: *ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius*”, MORENO CATENA, V. M. (dir.),

²²⁵ Por ejemplo, de manera categórica AGUILERA MORALES (2019b: 66), sentencia: “[N]o al bargain; no a las soluciones pactadas del proceso para cualquier delito o pena”. Y GÓMEZ COLOMER (2021: 138), cuando ante la idea de que a través de la justicia negociada se pretende que el juicio no tenga lugar, lo que parece ser la finalidad principal del proceso penal actual, afirma que “[...] esto no es admisible en una democracia cuyo Derecho Penal se rige por el principio de legalidad”.

²²⁶ En el caso de la conformidad es fundamental proceder de esta manera porque el principal ataque a su línea de flotación siempre viene por las dudas de si la institución es conforme con los principios y valores de nuestra Carta Magna. *Vid.*, por ejemplo, MARTÍN PALLÍN (2006: 213 y ss.), que fundamenta sus grandes dudas al respecto cuando se produce una aplicación *drástica* de la institución.

Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: 'Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal' (25 y 26 de abril de 2013), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 803-824.

- AGUILERA MORALES, E. (2019a), “Conformidad y reparación”, SOLETO MUÑOZ, H. y A. CARRASCOSA MIGUEL (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 291-306.
- AGUILERA MORALES, E. (2019b), “La deriva del ‘principio’ del consenso”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n.º 2, pp. 49-66.
- ANDRADE FERNANDES, F. (2001), *O processo penal como instrumento de política criminal*, Almedina, Coimbra.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2015), *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid.
- ARMENTA DEU, T. (2019), “El principio de oportunidad: manifestaciones e instituciones conexas”, PORTILLA CONTRERAS, G. y F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (dirs.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson Madrid, pp. 187-204.
- ARMENTA DEU, T. (2022), “Formas especiales determinación del procedimiento penal. Terminación por razones de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, pp. 8-35.
- BACHMAIER WINTER, L. (2018), “The European Court of Human Rights on negotiated justice and coercion”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n.º 26, pp. 236-259.
- BALCARCE, F. I. y R. BERRUEZO (2016), *Criminal compliance y personas jurídicas*, B de F, Buenos Aires.
- BARONA VILAR, S. (2017), “Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)”, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 22, pp. 64-91.
- BARONA VILAR, S. (2020), *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARONA VILAR, S. (2021), “El consentimiento en el proceso penal, ¿un oxímoron?”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 31, pp. 208-235.
- BAUMAN, Z. (2022), *Tiempos líquidos. Vivir en época de incertidumbre*, Tusquets Editores, Barcelona.
- BENITO SÁNCHEZ, D. (2020), *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, José María Bosch Editor, Barcelona.
- CACHÓN CADENAS, M. J., CID MOLINÉ, J. (2003), “Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3, pp. 1827-1853.
- CAELLAS CAMPRUBÍ, M. (2021), “El estatuto procesal de la persona jurídica encausada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Compliance Penal*, n.º 4, pp. 1-10.

- CALAZA LÓPEZ, S. (2020), *Confluencia de la jurisdicción y desjudicialización*, Aranzadi, Cizur Menor.
- CALAZA LÓPEZ, S. y J. C. MUINELO COBO (2020), “El principio de oportunidad del siglo XXI: ¿panacea, avance o retroceso?”, CALAZA LÓPEZ, S. y J. C. MUINELO COBO (dirs.), *Principio de oportunidad: Sociedad civil, empresa, doctrina y jurisprudencia*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 1-37.
- CAMPBELL, A. M. (2021), *Money Laundering, Terrorist Financing, and Tax Evasion*, Pallgrave Macmillan, Cham.
- CARO HERRERO, G. (2020), “La conformidad penal y su aplicación en nuestro sistema: funcionamiento y problemática derivada”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 50, pp. 1-30.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (2021), “El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: acusación popular y justicia restaurativa”, CALAZA LÓPEZ, S. y J. C. MUINELO COBO (coords.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: Estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, pp. 89-130.
- CUENCA GARCÍA, M. F. (2020), “La atenuante de reparación del daño como instrumento de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, pp. 941-989.
- DE ALMEIDA MENDONÇA, A. L., NAGLE, L. E. y N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018), *Negociación en casos de corrupción: Fundamentos teóricos y prácticos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DE DIEGO DÍEZ, L. A. (1998), *Alcance de los términos ‘sentencia de estricta conformidad’*, Colex, Madrid.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (1991), “Sobre la conformidad del imputado y la ‘negociación’ de la sentencia en el proceso penal español”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n.º 13, pp. 11-28.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (2008), “La conformidad en el Proceso Penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)”, *Revista Auctoritas Prudentium*, n.º 1, pp. 1-22.
- DÍAZ CABIALE, J. A. y M. LÓPEZ CASTILLO (2022), *Casación penal, recursos extraordinarios y presunción de inocencia tras la reforma de 2015*, Aranzadi, Pamplona.
- DÍAZ TORREJÓN, P. (2021), “¿Por qué no se conforman los culpables?”, CALAZA LÓPEZ, S. y J. C. MUINELO COBO (coords.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: Estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, pp. 167-176.
- DOIG DÍAZ, Y. (2011), “Reflexiones acerca de la justicia negociada en el futuro proceso penal español”, ASENSIO MELLADO, J. M. y O. FUENTES SORIANO (dirs.), *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid, pp. 405-427.
- DOIG DÍAZ, Y. (2015), “La potenciación de la conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 37, pp. 1-29.
- DOIG DÍAZ, Y. (2022), “Eficiencia procesal a costa de la búsqueda de la verdad. Consideraciones críticas”, ASENSIO MELLADO, J. M. y M. FERNÁNDEZ LÓPEZ (dirs.),

- Proceso y daños. Perspectivas de la Justicia en la sociedad del riesgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 154-189.
- FARTO PIAY, T. (2021), “El procedimiento de justicia restaurativa en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 151, pp. 1-14.
- FERNÁNDEZ FUSTES, M. D. (2015), “La conformidad en el borrador de Código de Procedimiento Penal”, MORENO CATENA, V. M. (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: ‘Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal’ (25 y 26 de abril de 2013)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 825-843.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. (2018), “El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20, pp. 1-30.
- FLORES PRADA, I. (2014), “Modelo de investigación, papel del Ministerio Fiscal y derecho de defensa”, GUZMÁN FLUJA, V. C. e I. FLORES PRADA (dirs.), *Justicia penal y derecho de defensa: un estudio hispano-italiano sobre proceso penal y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 107-140.
- FRANCÉS LECUMBERRI, P. (2012), “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, pp. 1-42.
- GADDI, D. (2020), “Materiales para una conformidad restaurativa”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, pp. 991-1041.
- GARCÍA DURÁN, S. y J. C. HERNÁNDEZ OLIVEROS (2021), “La conformidad en el proceso penal, ¿un mal necesario?”, *Diario La Ley*, n.º 9935, pp. 1-14.
- GARCÍA MOSQUERA, M. (2017), “Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales”, *Revista Penal*, n.º 40, pp. 97-110.
- GARRETT, B. L. (2011), *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, Harvard University Press, Cambridge.
- GIL GARCÍA, F. S. (2020), “La terminación anticipada de la causa en el Reglamento de la Fiscalía Europea y su incidencia en el proceso penal español”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 75, pp. 242-260.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2016), *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Civitas, Madrid.
- GIMENO SENDRA, V. (2020), *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- GISBERT POMATA, M. (2021), “La conformidad en los procesos penales y los cambios que plantea el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, CALAZA LÓPEZ, S. y J. C. MUJINELO COBO (coords.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: Estudios y diálogos*, lustel, Madrid, pp. 189-234.
- GOENA VIVES, B. (2013), “La atenuante de colaboración”, SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 229-264.

- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2008), *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, INACIPE, Ciudad de México.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2015), *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas que se avecinan*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2021), “Bases de lo que debería ser una totalmente nueva ley de enjuiciamiento criminal en España”, ACALE SÁNCHEZ, M., MIRANDA RODRIGUES, A. y A. NIETO MARTÍN (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: a ‘jangada de pedra’?*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 119-142.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2022), “La posición constitucional de la persona jurídica acusada en el proceso penal español”, ONTIVEROS ALONSO, M. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.^a edición), Tirant lo Blanch, Ciudad de México, pp. 207-234.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2010), *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ CANO, M. I. (2018), “La Fiscalía Europea. Especial consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”, ARANGÜENA FANEGO, C. y M. DE HOYOS SANCHO (dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados: situación en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 551-574.
- GRANDE SEARA, P. (2011), “El principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores portugués (*processo tutelar educativo*)”. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, pp. 1-41.
- GUARDIOLA LAGO, M. J. (2020), “¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, pp. 529-591.
- GUZMÁN FLUJA, V. C. (2014), “Un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal para el siglo XXI (Nota general y dos apuntes sobre el anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal de 2011)”, GUZMÁN FLUJA, V. C. e I. FLORES PRADA (dirs.), *Justicia penal y derecho de defensa: un estudio hispano-italiano sobre proceso penal y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 19-81.
- GUZMÁN, N. (2018), *La verdad en el proceso penal*, Didot, Buenos Aires.
- HASSEMER, W. (1998), “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, *Jueces para la Democracia*, n.º 4, pp. 8-11.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F. (2022), “Menos procesos, menos proceso”, BARONA VILAR, S. (edit.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 63-92.
- IGARTUA LARAUDOGOITIA, I. (2016), “Significación de la reparación, compensación o restauración en la administración de justicia penal. Retórica y práctica de la jus-

- ticia penal negociada y la justicia penal restaurativa”, *Unión Europea Aranzadi*, n.º 10, pp. 65-84.
- JIMÉNEZ SEGADO, C. y A. ABELLÁN ALBERTOS (2021), “Garantías y principios del juicio oral en los anteproyectos 2020 de eficiencia procesal y de nueva LECrim”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 151, pp. 1-14.
- JORDÁN DÍAZ-RONCERO, M. J. (2022), “Justicia restaurativa vs. Justicia negociada en el ámbito del Proceso Penal: mediación penal frente a Justicia negociada a través de la conformidad. Especial atención a la posibilidad de emplear la mediación penal en violencia de género como mecanismo de Justicia restaurativa”, BARONA VILAR, S. (edit.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 530-549.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y F. GASCÓN INCHAUSTI (2018), “¿Por qué se conforman los inocentes?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, pp. 1-28.
- LECLERC, C. y E. EUVRARD (2019), “Pleading Guilty: A Voluntary or Coerced Decision?”, *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 34, n.º 3, pp. 457-478.
- LIPPKE, R. L. (2022), “Plea Bargaining, Principled Sentencing, and Artificial Intelligence”, RYBERG, J. y J. V. ROBERTS (eds.), *Sentencing and artificial intelligence*, Oxford University Press, New York.
- LÓPEZ YAGÜES, V. (2021), “A un paso de la eclosión de la oportunidad en el proceso penal”, CALAZA LÓPEZ, S. y J. C. MUINELO COBO (coords.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: Estudios y diálogos*, lustel, Madrid, pp. 259-288.
- LORCA NAVARRETE, A. M. (2021), “La conformidad penal ‘low cost’ que prevé el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, así como el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal. Su efcientismo procesal”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 33, n.º 2, pp. 179-183.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I. (2021), “La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”, CALAZA LÓPEZ, S. y J. C. MUINELO COBO (coords.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: Estudios y diálogos*, lustel, Madrid, pp. 289-308.
- LÜTH, F. (2021), “Corporate non-prosecution agreements as transnational human problems: transnational law and the study of domestic criminal justice reforms in a globalised World”, *Transnational Legal Theory*, vol. 12, n.º 2, pp. 315-333.
- MACHADO DE SOUZA, R. y N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022), *Justicia negociada y personas jurídicas. La ‘modernización’ de los sistemas penales en clave norteamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia —en prensa—.
- MAGRO SERVET, V. (2021), “Ante la nueva conformidad penal en el texto de la Ley de medidas de eficiencia procesal”, *Diario La Ley*, n.º 9799.
- MARTÍN DIZ, F. (2022), “Justicia predictiva: inteligencia artificial y algoritmos aplicados al proceso judicial en materia probatoria”, BUENO DE MATA, F. (dir.): *El impacto de las tecnologías disruptivas en el Derecho procesal*, Pamplona, Aranzadi, pp. 131-154.

- MARTÍN PALLÍN, J. A. (2006), “¿Es constitucional la conformidad?”, *Revista del Poder Judicial*, n.º extra 19, pp. 213-236.
- MONTERO AROCA, J. (1997), *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTERO AROCA, J. (2000), *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTERO AROCA, J. (2014), *La paradoja procesal del siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTERO AROCA, J. (2015), “El principio acusatorio entendido como eslogan político”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 1, n.º 1, pp. 66-87.
- MUÑOZ CONDE, F. (1999), “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 1, pp. 63-98.
- MUÑOZ CONDE, F. (2009), “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo”. En: COSTA ANDRADE, M. da, ANTUNES, M. J. y S. AIRES DE SOUSA (coords.): *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 3, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 1013-1040.
- NIETO MARTÍN, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, KUHLEN, L., MONTIEL, J. P. e I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (edits.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 21-50.
- NIEVA FENOLL, J. (2022), “El tránsito de la fe a la tecnología en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n.º 9986, pp. 1-7.
- ORDÓÑEZ PONZ, F. (2021), “Efecto acelerador, efecto resocializador, efecto renuncia: las caras de la conformidad”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, pp. 315-385.
- PETRONELA POPIUC, M. y C. JORDÁ SANZ (2022), “Aspectos de seguridad algorítmica para una paz inteligente”, *Diario La Ley*, n.º 10011, pp. 1-13.
- PRITTWITZ, C. (2021), *Derecho penal y riesgo. Investigaciones sobre la crisis del Derecho penal y la política criminal de la sociedad del riesgo*, Marcial Pons, Madrid.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2004), *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2022), “El alcance de la globalización y el Derecho Penal”, VILLACAMPA ESTIARTE, C. (dir.), *Sociedad global y Derecho Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 211-226.
- REBOLLO VARGAS, R. (2021), “La incorporación de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica: Las previsiones en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020 y el programa PIDECO”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 26, pp. 155-176.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2012), “¿Reformas para garantizar la autonomía del Ministerio Fiscal? Reflexiones a raíz del decaído Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Jueces para la Democracia*, n.º 74, pp. 113-125.

- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. (2021), “¿Con qué fecha se deben firmar las sentencias de conformidad?”, *Diario La Ley*, n.º 9831, pp. 1-4.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (2018), “Notas sobre las conformidades en los procesos penales”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 117, n.º 3, pp. 619-636.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (1997a), *El consenso en el proceso penal español*, J. M. Bosch Editor, Barcelona.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (1997b), *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Universidad de Salamanca, Salamanca.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2015), “La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español”, *La Ley Penal*, n.º 113, pp. 1-30.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2016), “El principio de oportunidad en el nuevo sistema penal: ¿Una opción o una necesidad?”, RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. y A. B. AZZOLINI BINCAZ (eds.), *Los derechos fundamentales a la buena administración y a la tutela judicial efectiva en el ámbito penal. Cuatro ensayos en conmemoración de los 40 años del Instituto Nacional de Ciencias Penales*, INACIPE, Ciudad de México, pp. 105-134.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2018), “Recelo mediático a la pervivencia de la acción popular en el sistema penal español”, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. y F. J. LETURIA INFANTE (dirs.), *Justicia penal pública y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 203-278.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2020), “Hacia la maximización del principio de oportunidad en los procesos penales por hechos de corrupción”, CALAZA LÓPEZ, S. y J. C. MUINELO COBO (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, pp. 397-416.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. y F. RODRÍGUEZ-LÓPEZ (edits.) (2020), *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SAAD-DINIZ, E. (2020), *Ética de los negocios y «compliance». Entre la educación ejecutiva y la interpretación judicial*, Hammurabi, Buenos Aires.
- SCHÜNEMANN, B. (1991), “¿Crisis del procedimiento penal?: (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), AA.VV., *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 49-58.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1996), “Eficiencia y Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, pp. 93-128.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2002), “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho Penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9, pp. 83-101.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2010), “Acuerdos: ¿proceso sin derecho?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, pp. 1-2.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2015), “¿Legalidad penal líquida?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, pp. 1-3.
- SØREIDE, T. y K. VAGLE (2022), “Settlements in corporate bribery cases: an illusion of choice?”, *European Journal of Law and Economics*.

- STOCK, J. (2022), “Judicial Review of Corporate Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements: A Narrow Road to Checking Prosecutorial Discretion”, *Corporate and Business Law Journal*, vol. 3, pp. 212-235.
- TARUFFO, M. (2012), *Uma simples verdade. O Juiz a construção dos fatos*, Marcial Pons, São Paulo.
- VARELA CASTRO, L. (1992), “Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado”, AA.VV., *El procedimiento abreviado (Cuadernos de Derecho Judicial IX)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 185-235.
- VARELA GÓMEZ, B. J. (2021), “Ministerio fiscal y oportunidad en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020”, CASTILLEJO MANZANARES, R. y A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (dirs.), *Debates jurídicos de actualidad*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 167-192.
- VARONA GÓMEZ, D. (2021), “La suspensión de la pena de prisión: ¿Una alternativa a la prisión o un anzuelo para la conformidad?”, MIRÓ LLINARES, F., FUENTES OSORIO, J. L. (dirs.), *El Derecho penal ante lo «empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, pp. 281-302.
- VECINA CIFUENTES, J. y T. VICENTE BALLESTEROS (2018), “Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español”, *Derecho & Sociedad*, n.º 50, pp. 307-323.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B. (2022), “El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, pp. 233-272.

LOS PROCESOS ESPECIALES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. PARTICULAR CONSIDERACIÓN DEL PROCESO POR DELITOS LEVES

Specific Proceedings in the Draft of a new Spanish Code of Criminal Procedure of 2020. Special Assessment of Trials for Minor Offences

Fernando GASCÓN INCHAUSTI

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
fgascon@ucm.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO PRIVADO. III. EL PROCEDIMIENTO CONTRA PERSONAS AFORADAS. 1. Especialidades comunes a todos los procesos contra personas aforadas. 1.1. Reglas de competencia. 1.2. Reglas procedimentales. 2. Reglas especiales para diputados y senadores. 2.1. La detención de un diputado o senador. 2.2. El suplicatorio. 2.3. Especialidades en el enjuiciamiento. 3. Aforamiento y estándares de imputación. IV. EL PROCEDIMIENTO DE DECOMISO AUTÓNOMO. 1. Averiguaciones patrimoniales previas al ejercicio de la acción de decomiso autónomo. 2. Medidas cautelares para asegurar la efectividad del decomiso. 3. Otros ajustes normativos. V. EL JUICIO POR DELITOS LEVES. 1. Ámbito del juicio por delito leve. 2. Juez competente y Ministerio Fiscal. 3. Partes del proceso. 3.1. Legitimación activa. 3.2. Legitimación pasiva. 3.3. Postulación. 4. Desarrollo del procedimiento. 4.1. El rol del fiscal: el decreto de iniciación del procedimiento. 4.2. El rol del juez: la convocatoria del juicio oral. 4.3. Desarrollo del juicio. 4.4. Sentencia y recursos. 5. Régimen de las medidas cautelares personales. 5.1. Catálogo de medidas cautelares. 5.2. Duración máxima de las medidas. 5.3. Régimen procedimental. 6. El enjuiciamiento inmediato de delitos leves. VI. BIBLOGRAFÍA

Resumen: En este trabajo se realiza un análisis crítico de determinados procesos especiales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Se efectúa, en primer término, una presentación general del Libro VIII del Anteproyecto, en la que se identifican también los procesos especiales vigentes que habrían de desaparecer con la nueva regulación o cuya regulación habría de quedar fuera del texto legal. Después, el estudio se centra en el procedimiento por delito privado,

en el procedimiento contra personas aforadas, en el procedimiento de decomiso autónomo y, singularmente, en el juicio por delitos leves.

Abstract: This paper analyses from a critical perspective the proposed regulation of certain specific proceedings in the Draft of a new Spanish Code of Criminal Procedure of 2020. Firstly, a general presentation of Book VIII of the Draft is made, which also identifies the specific proceedings currently in force that would have to disappear with the new regulation or whose regulation would have to be left out of the legal text. Afterwards, the study focuses on the procedure for private offences, the procedure against persons with privileged status, the autonomous confiscation procedure and, especially, the trial for minor offences.

Palabras clave: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020; procesos especiales; proceso por delito privado; proceso contra personas aforadas; aforamiento; procedimiento de decomiso autónomo; juicio por delitos leves.

Keywords: Draft of a new Spanish Code of Criminal Procedure of 2020; specific proceedings; procedure for private offences; procedure against persons with privileged status; autonomous confiscation procedure; trial for minor offences.

ABREVIATURAS

art. / arts: artículo / artículos.

ALECrím: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

CE: Constitución Española.

cfr.: Confrontar

cit.: citado

coord. / coords.: coordinador / coordinadora; coordinadores / coordinadoras.

CP: Código Penal

dir. / dirs.: director/directora; directores / directoras.

esp.: especialmente

i.f.: inciso final

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

p. / pp.: página / páginas

ss.: siguientes

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

v.g.: verbigracia

vol.: volumen

I. INTRODUCCIÓN

El Libro VIII del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado por el Ministerio de Justicia en otoño de 2020 (ALECrim, en lo sucesivo) lleva la rúbrica «De los procedimientos especiales» y comprende los artículos 771 a 872. Se divide, a su vez, en siete títulos, que reflejan cuáles son, para el prelegislador, esos procedimientos especiales:

- Los procedimientos urgentes (arts. 771 a 796).
- El procedimiento por delito privado (arts. 797 a 807).
- El procedimiento contra personas aforadas (arts. 808 a 817).
- El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea (arts. 818 a 835)
- El juicio por delitos leves (arts. 836 a 848).
- El procedimiento de decomiso autónomo (arts. 849 a 867).
- El procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución (arts. 868 a 872).

En las páginas que siguen únicamente se abordará el tratamiento de cuatro de ellos: el procedimiento por delito privado, el procedimiento contra personas aforadas, el procedimiento de decomiso autónomo y el juicio por delitos leves. Los otros tres ya han sido o serán objeto de tratamiento separado en el ciclo de seminarios del que trae origen este trabajo¹.

Aunque no todos ellos vayan a ser objeto de análisis, cabe plantearse si todos los procedimientos regulados en este Libro VIII merecen en rigor ser calificados como «procedimientos» y/o como «especiales». Se impone la respuesta afirmativa para la mayoría de ellos: ambos términos se pueden predicar sin especial dificultad de los procedimientos urgentes, del procedimiento por delito privado, del procedimiento para la actuación de la Fiscalía Europea, del procedimiento de decomiso autónomo y del procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución. En todos ellos existe, en efecto, una regulación específica y lo suficientemente completa de los trámites que han de seguirse, divergente de la ordinaria y a la que ha de acudir por razón de la materia: es la materia

¹ En relación con los procedimientos urgentes, cfr. el trabajo de SERRANO MASIP, M. (en este mismo volumen); para el procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea, cfr. el trabajo de VIDAL FERNÁNDEZ, B. (también en este volumen); por último, y respecto del procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución, cfr. AGUILERA MORALES, M. (2021), “La prisión provisional en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 3, 2021, pp. 399-437, esp. pp. 424-435.

la que aconseja o impone un curso diferente de las actuaciones procesales. Es mucho más cuestionable, en cambio, que el juicio por delitos leves sea realmente un procedimiento *especial*, en la medida en que el único criterio del que depende su aplicabilidad es la gravedad de la pena prevista en abstracto para el delito. En el caso del procedimiento contra personas aforadas, finalmente, resulta excesivo hablar de *procedimiento* en sentido estricto, cuando realmente se establecen unas especialidades procedimentales, como se verá en breve.

Se debe señalar, igualmente, la flagrante ausencia en el ALECrím del procedimiento ante el Tribunal del Jurado —o, si se prefiere, de los procesos penales con jurado—. La Exposición de Motivos, en su apartado XIV, señala las divergencias al respecto entre el Anteproyecto de LECrím de 2011 y la Propuesta de Código procesal penal de 2013, pero no llega a ofrecer una explicación real para omitir su regulación, más allá de la necesidad de tomar previamente «una decisión firme y segura acerca del modelo de jurado y sobre su concreto ámbito competencial» que, siempre según la Exposición, requiere «un debate específico y monográfico». Se nos viene a decir, en definitiva, que no es el momento de acometer la reforma del jurado pero que, cuando ese momento llegue, podrá hacerse sin mayor dificultad, una vez se haya instaurado «un modelo general de proceso de corte acusatorio». Cuando esté ya en marcha el nuevo modelo, por tanto, confía el legislador en que «la regulación procedimental del jurado pued[a] ser fácilmente acometida como pieza separada», es decir, «en el seno de una ley especial, sin afectar en lo más mínimo la configuración estructural del nuevo proceso penal». La del Tribunal del Jurado es, en definitiva, una de las reformas paralelas que ha de llevar consigo la implantación del nuevo modelo de proceso», sigue diciendo la Exposición de Motivos del ALECrím, a la que habrá que llegar tras «un debate autónomo sobre el modelo de tribunal de jurado que resulta más acorde a las características y la fisonomía de la sociedad española del siglo XXI». Se compartan o no las razones, es innegable que una decisión como esta, tomada en el momento de confección del Anteproyecto, no es fácilmente reversible: en otros términos, no resultaría nada sencillo que, a lo largo de un eventual procedimiento legislativo, se pudiera incluir en el texto legal una regulación de los juicios con jurado. Parece, pues, una materia abocada a ser regulada en ley especial, en clara colisión con la voluntad política de «normalizar» la figura del jurado.

Si la ausencia del jurado en el ALECrím no supone desaparición como tales de los procesos penales con jurado, no puede decirse lo mismo de otros dos bloques normativos regulados como especiales en la LECrím vigente.

De un lado, se renuncia por el ALECRim a mantener el proceso por aceptación de decreto —regulado actualmente en los artículos 803 bis a) a 803 bis j) LECrim—². La Exposición de Motivos, en su apartado LXXXVIII, ofrece una doble justificación. En primer término, se subraya el fracaso del modelo introducido en 2015, de «nula aplicación en la práctica forense», que se achaca en parte a su configuración como «un trámite de conformidad no negociada». En segundo lugar, se señala la ausencia de necesidad de regular de manera especial un proceso penal de corte monitorio, cuyas necesidades se ven cubiertas a través de los procedimientos urgentes, en especial el de enjuiciamiento inmediato. Se trata de un diagnóstico a mi juicio acertado, en sus dos dimensiones.

También desaparece el aún vigente «procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación», que integra el Título V del Libro IV de la vigente LECrim (arts. 816 a 823 bis). No es, en rigor, un genuino procedimiento especial, sino la suma de una serie de especialidades procedimentales, algunas de las cuales han perdido todo su sentido en la actualidad. Lo realmente significativo en este ámbito es la necesidad de adoptar medidas urgentes y eficaces para evitar daños graves al honor, la intimidad o la propia imagen de las víctimas, algo que explica la introducción en 2002 de un nuevo artículo 823 bis LECrim, por el que se extendía la previsión a los delitos cometidos a través de medios sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares y se otorgaba a los jueces de instrucción la potestad cautelar de secuestrar la publicación o prohibir la proyección o difusión de forma urgente³. El ALECRim no se ha olvidado de estos extremos, pero los aborda en el artículo 296, al regular las medidas cautelares, que es sin duda la sede apropiada⁴.

² Cfr. LÓPEZ SIMÓ, F. y CAMPANER MUÑOZ, J. (2017), *El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal*, Reus, Madrid; ASENCIO MELLADO, J. M. (2016), *El proceso por aceptación de decreto*, Tirant, Valencia; DOIG DÍAZ, Y. (2017), “El proceso por aceptación de decreto” en FUENTES SORIANO, O. (coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant, Valencia, 2017, pp. 525-551; TOMÉ GARCÍA, J.A. (2018), “Ineficacia del proceso por aceptación de decreto: propuesta de reforma”, en CACHÓN CADENAS, M. y FRANCO ARIAS, J. (dirs.) *Derecho y proceso: Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Vol. 3, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 2455-2478.

³ Cfr. TOMÉ GARCÍA, J.A. (2008), “El secuestro judicial de los soportes de la información en el proceso penal por delitos contra el honor, la intimidad o la propia imagen”, *Revista de Derecho Procesal*, 2008, pp. 503-544.

⁴ En concreto, la norma se inserta en una suerte de “cajón de sastre”, el Capítulo IV, que lleva la expresa rúbrica de “Otras medidas cautelares”, dentro del Título III (“Las medidas cautelares reales”) del Libro II (“De las medidas cautelares”). Es claro que este tipo de medidas cautelares no son medidas “reales” en sentido estricto, pero menos aún son medidas “personales”. La agru-

En concreto, cuando se esté investigando un delito cometido a través de medios sonoros o fotográficos, o con difusión por escrito, radio, televisión, cinematógrafo o por medios electrónicos o informáticos, o relacionados con los mismos, el juez podrá acordar alguna o varias de las siguientes medidas —que tendrán carácter cautelar, si se acuerdan durante el proceso, pero que también podrán adoptarse con carácter definitivo en la sentencia:

- a) el secuestro de la publicación;
- b) la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva;
- c) la interrupción de la prestación del servicio de que se trate o la retirada de datos o contenidos del mismo;
- d) la retirada de páginas web o el bloqueo de acceso a las mismas.

Como puede verse, se trata de medidas en las que se combina la voluntad de proteger a la víctima con la de evitar la consumación del delito o, si ello no es posible, su reiteración o el mantenimiento de sus efectos. Así se deduce de los dos parámetros previstos para determinar si proceden o no las medidas en cuestión: que resulten indispensables para evitar la continuación de la actividad delictiva o para reintegrar a la víctima del delito en el pleno disfrute de sus derechos. La referencia a su carácter «indispensable» pone de relieve lo estricto que ha de ser el juicio ponderativo que debe efectuarse, teniendo en cuenta que estas medidas pueden restringir derechos fundamentales asociados a la libertad de expresión, de información y de empresa.

Debe recordarse, por último, que la LECrim vigente también regula como procedimientos especiales en su Libro IV el procedimiento para la extradición y el procedimiento contra reos ausentes. Esa ubicación sistemática, comprensible dado el incipiente estado de construcción dogmática de nuestro proceso penal en 1882, no habría sido sostenible en un texto moderno, razón por la cual las normas sobre estas materias —en absoluto integrantes de procedimientos especiales en sentido propio— han encontrado o han

pación de esta y otras medidas de contenido igualmente indefinido en el mencionado Capítulo IV no obedece a criterios dogmáticos, sino a la mera conveniencia de otorgarles como base procedimental la regulación de las medidas cautelares reales en sentido estricto (cfr. art. 298 ALECRim), incluida la tramitación de urgencia del artículo 282. En general, cfr. ARANGÜENA FANEGO, C. (2021), “Medidas cautelares reales en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3, 2021, pp. 491-523, esp. pp. 503-504, donde subraya la incoherencia de remitirse al procedimiento para la adopción de medidas cautelares reales, cuando estas medidas ya se insertan en el título dedicado a ellas.

de encontrar acomodo distinto. La regulación de la ausencia de la persona encausada se contiene en los artículos 58 a 60 ALECRim, asociada al estatus del encausado. En cuanto a la extradición activa, la Disposición derogatoria única, en su apartado 1, da a entender que habrá de incluirse en la Ley 4/1985, de extradición pasiva —que, en buena lógica, debería convertirse a su vez en Ley de extradición, a secas—; entre tanto, los artículos 824 a 833 LECrim deberían mantenerse en vigor, aunque para la adopción de medidas cautelares (detención y prisión provisional) en los procedimientos de extradición activa se habría dispuesto una norma especial, el artículo 275 LECrim.

II. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO PRIVADO

El prelegislador procesal penal ha considerado que resulta conveniente mantener como proceso especial el procedimiento por delito privado, que ocupa el Título II del Libro VIII (arts. 797 a 807 ALECRim). Se trata de una decisión coherente con la subsistencia en el Código Penal de esta clase de delitos, aunque en la actualidad únicamente pertenezcan a ella los de calumnia e injuria contra particulares. El artículo 797 ALECRim, en este sentido, limita el ámbito de aplicación de este procedimiento especial a esos dos tipos delictivos, posiblemente en la confianza de que no crecerá la lista de delitos privados en el Código Penal. De hecho, del contenido de la regulación propuesta se deduce que serán estos —y solo estos— los delitos a los que resulta de aplicación el procedimiento en cuestión. Por este motivo, si en algún momento futuro se modificase el Código Penal y se ampliase el elenco de los delitos privados, sería necesario o bien modificar la rúbrica del Título II del Libro VIII, o bien modificar su contenido en lo que resulte necesario para adaptarse a las singularidades que requiriese la persecución de unos nuevos hipotéticos delitos privados. Debe advertirse, además, que los delitos de calumnia e injuria contra particulares no se enjuiciarán siguiendo este cauce procedimental si resultan conexos con otros delitos —públicos o semipúblicos— y no es posible un enjuiciamiento separado «sin dividir la continencia de la causa» (art. 797 i.f. ALECRim). En semejante caso, sin embargo, pienso que seguirían teniendo sentido muchas de las especialidades previstas —singularmente, en relación con la legitimación y las formas especiales de terminación del proceso—, a las que habrá que otorgar encaje en los trámites ordinarios que se estén siguiendo para la investigación y juicio conjuntos de los delitos conexos —asi, v.g., el perdón del ofendido durante el proceso debería determinar el sobreseimiento parcial de la causa,

en lo relativo al delito de injuria o calumnia que forme parte de su objeto por su conexión con otro u otros.

El tratamiento que el ALECRim dispensa a los procesos por delito privado mantiene la esencia de la regulación actualmente vigente en los artículos 804 a 815 LECrim⁵, aunque la traslada a las categorías y a los avances propios del momento actual. El procedimiento por delito privado, tanto ahora como en el modelo del ALECRim, es un proceso que refleja la naturaleza predominantemente privada de los intereses en juego: la legitimación activa se atribuye en exclusiva a la persona ofendida o a sus herederos (art. 798.1 ALECRim)⁶, de modo que no se producirá la intervención del Ministerio Fiscal; el proceso no puede incoarse de oficio y se puede ver condicionado por el poder de disposición de las partes —especialmente, del acusador.

Desde el punto de vista de la articulación procedimental, sin embargo, se advierten cambios importantes. La primera diferencia, muy visible, es la desaparición del intento de conciliación como requisito de procedibilidad (art. 804 LECrim): apunta la Exposición de Motivos (apartado LXXXV), en relación con este extremo, que la posible reconducción del proceso al sistema de justicia restaurativa sirve de forma más adecuada, en el momento presente, para alcanzar el objetivo perseguido por esta exigencia.

En consecuencia, el proceso dará comienzo por medio de querrela⁷, suscrita por abogado y procurador, que habrá de dirigirse al juez de garantías competente y presentarse ante la sección de investigación del tribunal de instancia (arts. 798.2 y 801 ALECRim). Al igual que en la actualidad (art. 805 LECrim), si la querrela lo es por injuria o calumnia vertida en juicio, habrá que presentar la autorización del juez o tribunal ante el que se hubiesen producido (art. 802.2 ALECRim); y si ha quedado registrada la injuria o la calumnia en algún documento o soporte audiovisual, también habrá de

⁵ Cfr., de modo singular, en un contexto sustantivo muy diferente al vigente, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. (1976), *El proceso por delito privado*, Bosch, Barcelona; DEL MORAL GARCÍA, A. (1990), *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, Colex, Madrid; IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. (1993), *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, Dykinson, Madrid; MUERZA ESPARZA, J. (1990), “Notas a la acusación privada”, *Revista de Derecho Procesal*, 1990-2, pp. 261-274. Tras el cambio de Código Penal, cfr. MUERZA ESPARZA, J. (1998), “Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal”, *Tribunales de Justicia*, 1998-1, pp. 21-29.

⁶ No menciona expresamente el precepto al representante legal de la persona ofendida y sería conveniente que lo hiciera, para no generar discordancias en este punto con lo previsto en el artículo 215.1 CP.

⁷ El artículo 802.1 ALECRim se remite en este punto al artículo 123; se trata de un error, pues el contenido de la querrela que resulta relevante es el dispuesto en el artículo 124.

aportarse, si está a disposición del querellante (art. 802.3 ALECrím, que actualiza el contenido del vigente art. 806 LECrím).

La decisión sobre la admisión a trámite de la querrela supone un primer filtro de control material: en efecto, el juez de garantías la rechazará si los hechos narrados no son constitutivos de delito o si no se aporta elemento objetivo alguno que permita atribuir su comisión al querrellado (art. 802.5 ALECrím).

La admisión a trámite de la querrela determinará su traslado a la persona querrellada, que dispondrá de diez días para comparecer en la causa con abogado y procurador. Este traslado no supone emplazamiento alguno para reaccionar frente al contenido de la querrela, sino que sirve más bien para atribuir a la persona querrellada la condición formal de sujeto pasivo del proceso: por eso, el artículo 803.2 ALECrím señala que el acto de traslado tendrá los efectos de la primera comparecencia de la persona investigada.

En el procedimiento por delito privado no se contempla por el ALECrím una fase inicial de investigación. Sin embargo, como forma de superar ciertas situaciones de asimetría informativa, se permite que cualquiera de las partes solicite al juez la práctica de determinadas diligencias que no pueda llevar a cabo por sí misma y que le sean imprescindibles para preparar el juicio oral (art. 804.1 ALECrím). Cabe pensar, a modo de ejemplo, en el acceso a documentos o a soportes de imagen y sonido que estén en poder del querrellado o de terceros; no tanto, sin embargo, en diligencias que sirvan para la identificación del querrellado, pues la regulación propuesta parte de la premisa de que ya está identificado —lo cual deja claro que no se trata, en realidad, de una auténtica fase de investigación que sirva para la determinación del objeto del proceso, sino a lo sumo de una asistencia «de baja intensidad» para preparar la actividad probatoria⁸. Se puede generar con ello, no obstante, un serio problema cuando resulte preciso determinar al autor de la injuria o de la calumnia, singularmente cuando estos delitos se cometen a través de redes sociales y de internet⁹: en estos casos, quizá no quede más remedio que articular una investigación ordinaria, conforme a las reglas generales —no las de este proceso especial— como etapa previa a la formulación de la querrela.

⁸ Advierte el Consejo Fiscal que, siendo el juez que autoriza estas diligencias el mismo que después habrá de juzgar el delito privado, puede quedar comprometida su imparcialidad (Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 7 de julio de 2021, accesible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/9fe276ae-cc62-9f19-d0c3-084201d1392a>, p. 615).

⁹ También lo apunta el Informe del Consejo Fiscal (p. 614).

Durante la tramitación del procedimiento se podrá igualmente solicitar la adopción de medidas cautelares, con la exclusión de la prisión provisional (art. 804.2 ALECRim). Ambos extremos, a mi entender, podrían deducirse de las reglas generales. Dado el contenido de las penas previstas para estos delitos, así como el de la acción civil *ex delicto*, cabe pensar en la adopción de medidas cautelares patrimoniales que, tal vez en este ámbito, podrían supeditarse a la prestación de caución por parte del querellante —exigencia esta a la que habitualmente escapan estas medidas en los procesos penales ordinarios.

En todo caso, la querrela por sí sola parece no ser suficiente para impulsar el avance del proceso. Tras la práctica de las diligencias preparatorias el querellante habrá de presentar un escrito de acusación en cinco días; de no hacerlo, se le tendrá por desistido y se declarará extinguida la acción penal (art. 805.1 y 2 ALECRim). Este escrito será igualmente necesario aunque no se hayan practicado diligencias preparatorias, pues, por su contenido (cfr. art. 124 ALECRim), la querrela no tiene más finalidad que la de convertir a quien la formula en parte acusadora, sin ser vehículo para el ejercicio de la acción penal.

La parte acusada dispondrá entonces de otros cinco días para presentar su escrito de defensa, en el que, con carácter previo a su calificación provisional y a la proposición probatoria, podrá también solicitar el sobreseimiento (art. 805.3 ALECRim). Se desencadenará, en consecuencia, un segundo filtro de control material, dado que el juez de garantías habrá de decidir si ordena la apertura del juicio o el sobreseimiento (art. 805.4 ALECRim). Este segundo filtro —igual que el mencionado en relación con la admisión a trámite de la querrela— es la principal manifestación del principio de oficialidad de este proceso y, en cierto modo, funciona como «recordatorio» de que seguimos estando ante un proceso penal.

El juicio oral, en caso de que se abra, se celebrará ante el órgano competente para el enjuiciamiento con arreglo a las normas ordinarias (art. 806 ALECRim), aunque también con algunas especialidades: a) la incomparecencia injustificada de la persona acusada no impedirá la celebración del juicio; b) las costas se impondrán con arreglo al criterio del vencimiento, de modo que habrá de cargar con ellas la acusación privada si la sentencia es absolutoria, mientras que lo hará la parte acusada que resulte condenada.

Frente a la sentencia se prevé por el artículo 807 ALECRim que cabe interponer recurso de apelación, conforme a las reglas ordinarias. La mención expresa de la apelación genera la duda de si, con ello, se está excluyendo

la casación. Lo razonable es considerar que no, porque las sentencias dictadas en segunda instancia en este procedimiento encajan sin dificultad en la regla general del artículo 742.2 y no las menciona el artículo 742.3 ALE-Crim, que rechaza el recurso de casación para las sentencias de apelación en los juicios por delitos leves —pero no por delitos privados.

Por último, y de forma más general, debe recordarse que el procedimiento por delito privado está fuertemente condicionado por el poder de disposición que tienen las partes sobre el objeto del proceso, que es el reflejo de la disponibilidad que se reconoce a los bienes jurídicos protegidos por los delitos privados. En consecuencia, se establecen varias causas adicionales de terminación del proceso (art. 799 ALE-Crim):

- El perdón por parte del acusador, que extingue la acción penal y determina el sobreseimiento —o la absolución, si tiene lugar durante el juicio¹⁰.
- El abandono de la querrela, que puede incluso ser tácito, cuando la acusación privada deje de cumplimentar cualquier trámite para el que sea requerida por la autoridad judicial o cuando deje injustificadamente de comparecer a cualquier acto en que su intervención sea necesaria.
- El acuerdo de conformidad entre las partes, al que podrá llegarse en aplicación de las reglas generales del Libro I del ALE-Crim¹¹, pero también si las partes acuden a un sistema de justicia restaurativa una vez estando en curso el procedimiento.
- La falta de presentación en plazo del escrito de acusación (art. 805.2 ALE-Crim), en los términos ya analizados.

III. EL PROCEDIMIENTO CONTRA PERSONAS AFORADAS

El Título III del Libro VIII del ALE-Crim (arts. 808 a 817) lleva la rúbrica de «El procedimiento contra personas aforadas» aunque, como ya se ha apuntado antes, en realidad se ciñe a prever una serie de especialidades

¹⁰ En cuanto a los requisitos que han de concurrir para que el perdón extinga la acción penal siguen siendo de validez las reflexiones de DEL MORAL GARCÍA, A. (1990), pp. 414-418.

¹¹ En relación con esta opción, sin embargo, convendría que el artículo 799.5 ALE-Crim precisase el alcance de la reducción de la pena en la forma prevista en el artículo 214 CP a que se refiere y, singularmente, respecto del modo en que habría de operar sobre la pena de inhabilitación especial: respecto de ella no se contempla en el artículo 214 CP la reducción en sentido estricto, sino que el tribunal deje de imponerla; convendría, pues, que se especifique si la exoneración de la pena de inhabilitación es también preceptiva o no en estos casos.

procedimentales cuando el proceso penal se dirige frente a una o varias personas aforadas ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia o ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 808 ALECRim). De hecho, estas especialidades se contemplan tanto respecto del procedimiento ordinario, como en relación con los procesos por delitos privados —esto es, cuando se formule una querrela contra una persona aforada por injuria o calumnia contra particulares.

A pesar de que su desaparición es una cuestión recurrente, el ALECRim da por sentada la subsistencia en el futuro de algunos aforamientos, cuando menos ante los dos órganos judiciales referidos¹². Los únicos que se mencionan expresamente son los que afectan a diputados y senadores, dada su expresa previsión constitucional. Respecto de los demás, el texto del ALECRim es lo suficientemente amplio como para adaptarse a cualquier modificación futura que afecte al artículo 57.1.2º y 3º o al artículo 73.3 LOPJ. Nada se puede deducir, en cambio, acerca de una eventual subsistencia de los aforamientos de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad¹³; en caso de que se mantengan, serán procesos sin especialidades, a salvo de lo que afectara a la competencia objetiva —o, en su caso, a la composición de la sección de enjuiciamiento dentro del tribunal de instancia.

Las especialidades establecidas son de dos tipos, generales y especiales para los casos en que el proceso penal se dirija contra un diputado o un senador.

1. ESPECIALIDADES COMUNES A TODOS LOS PROCESOS CONTRA PERSONAS AFORADAS

En términos generales, el ALECRim considera necesario que existan reglas especiales en relación con dos cuestiones, la competencia y el comienzo del procedimiento.

1.1. Reglas de competencia

Respecto de la *competencia*, las reglas previstas comportan la traslación al nuevo modelo de proceso penal del esquema vigente. En concreto, dentro del Libro I (Disposiciones generales), Título I (Los tribunales del orden

¹² Cfr. GÓMEZ COLOMER, J.L. y ESPARZA LEIBAR, I. (2009), *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

¹³ En los términos del artículo 8.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con la limitación establecida por la STC 55/1990, de 28 de marzo.

penal), Capítulo II (La competencia de los tribunales penales), se incluye una Sección 2ª, con la rúbrica de «Causas con aforados», compuesta por los artículos 35 y 36 ALECRim. En ellos se parte de que la previsión de los aforamientos se realiza en otra sede normativa —la Ley Orgánica del Poder Judicial, principalmente—, pues su existencia se da por supuesta. De hecho, como ya se ha apuntado, solo se toman en consideración aquellos aforamientos ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ y ante la Sala Penal del Tribunal Supremo.

En ambos tribunales, los magistrados que hayan de asumir las funciones de juez de garantías y de juez de la audiencia preliminar serán designados por un turno objetivo (arts. 35.1 y 810.1 y 2 ALECRim), que será activado por el letrado de la A. de J. De los recursos frente a las resoluciones del juez de garantías y del juez de la audiencia preliminar conocerá una Sala de Recursos, compuesta por tres magistrados del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo (arts. 35.2 y 810.3 ALECRim): se opta, por tanto, por asegurar al máximo la recurribilidad de las resoluciones interlocutorias —incluidas, señeramente, las resoluciones acordando medidas cautelares—¹⁴. El juicio oral corresponderá a una sala de enjuiciamiento compuesta como regla por cinco magistrados, que no podrán haber actuado como juez de garantías o juez de la audiencia preliminar, y que tampoco habrán formado parte de la Sala de Recursos (arts. 35.3 y 4, 810.4 y 812.1 ALECRim).

La competencia por razón del aforamiento será siempre preferente. Si entre las varias personas encausadas solo una o alguna, pero no todas, están cubiertas por el aforamiento, este se extenderá a todas ellas, «sin que, en ningún caso, pueda dividirse la causa» (art. 36.2 ALECRim). Si concurren varios aforamientos, la competencia se atribuirá al órgano jerárquicamente superior (art. 36.2 II ALECRim). Queda sin respuesta, en consecuencia, el problema que se suscita cuando los aforamientos conducen a más de un Tribunal Superior de Justicia. El ALECRim no lo resuelve, posiblemente porque resulta muy difícil de imaginar en la práctica, dado que los aforamientos se asocian a los delitos cometidos en el ejercicio de un cargo y, a su vez, el ejercicio del cargo se vincula a una determinada circunscripción. No obstante, como la realidad acaba siempre desbordando las previsiones del legislador, no cabe descartar que deban ser investigados y enjuiciados delitos conexos cometidos por personas aforadas ante Tribunales Superiores

¹⁴ Como recuerda la Exposición de Motivos en su apartado LXXXVI, el ALECRim se separa en este punto del Anteproyecto de 2011, que no había asumido para estos procesos un sistema de doble juez.

de Justicia diferentes; cuando eso suceda, y ante la falta de regla explícita, lo razonable sería encomendar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en tanto que superior común, la solución al eventual conflicto de competencia que se plantease.

El artículo 36.3 ALECRim, por último, parece consagrar el criterio para la perpetuación de la jurisdicción que ya había construido la jurisprudencia¹⁵: el momento relevante para la determinación definitiva del juzgador es el de la apertura del juicio oral¹⁶. En consecuencia, si antes de ese momento «deja de dirigirse el procedimiento contra la persona aforada, se pasarán los autos al tribunal que sea competente». Se trata de una regla extraña, pues tal y como está formulada parece contemplar la situación en que el ámbito subjetivo del proceso se reduce por la exclusión de la persona aforada (estando investigadas de forma conjunta personas aforadas y no aforadas, todas las personas aforadas pierden la condición de investigadas). Lo sensato, sin embargo, es entender que también concurre el fundamento de la regla cuando la persona aforada pierde esa condición antes de la apertura del juicio oral, pues se pone con ello de manifiesto que no es posible el enjuiciamiento conforme a estas reglas especiales de personas en las que ya no concurre esa condición especial.

1.2. Reglas procedimentales

Como ya se ha apuntado, las reglas procedimentales especiales se centran en la fase inicial del proceso, distinguiendo en función de si se trata de la persecución de un delito privado o no.

1º. En general —es decir, cuando no se está persiguiendo un delito privado—, el artículo 809 ALECRim se plantea dos posibles escenarios, en función del modo en que el fiscal haya llegado a tener conocimiento de la existencia de indicios de delito frente a una persona aforada¹⁷.

¹⁵ Véase, en este sentido, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014, sobre efectos de la pérdida de la condición de aforado como consecuencia de la renuncia del imputado y en el que se señala lo siguiente: «En las causas con aforados la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado».

¹⁶ En sentido crítico, cfr. CHOZAS ALONSO, J.M. (2016), “¿Hasta cuándo el “peregrinaje” de las causas judiciales de los aforados?”, en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad: Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Tomo 1, Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 779-806.

¹⁷ El Informe del Consejo Fiscal (p. 615) critica que no se contemple la posibilidad de inicio de oficio del procedimiento contra personas aforada. A mi juicio, sin embargo, nada lo impide. El

Si la *notitia criminis* le llega al fiscal por medio de denuncia o de atestado policial, dictará un decreto acordando el comienzo del procedimiento de investigación, con la única singularidad de que habrá de remitirlo al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia para que se proceda a designar el juez de garantías y puedan desarrollarse los demás trámites con normalidad. De hecho, el fiscal celebrará la primera comparecencia en los términos generales del artículo 557, sin esperar al curso de las actuaciones ante el tribunal a que conduce el aforamiento.

En muchos supuestos, sin embargo, en el marco de una investigación en curso pueden aparecer con posterioridad indicios de delito frente a una persona aforada: en tal caso, el fiscal celebrará con esa persona la primera comparecencia y se remitirán después las actuaciones al tribunal competente en virtud del aforamiento.

Queda claro, con ello, que el aforamiento no cubre la primera comparecencia ni, por tanto, la imputación formal, pues en el nuevo modelo procesal penal esta actuación está en manos estrictamente fiscales¹⁸, no judiciales, y el aforamiento atañe únicamente a la dimensión judicial del proceso, no al resto. No puede decirse, en consecuencia, que forme parte del aforamiento el derecho/deber de que sea la Fiscalía adscrita al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia la que se ocupe de la dirección de la investigación, aunque esa sea la regla general, por pura operatividad. Cuestión distinta es que, a resultas del aforamiento, se produzcan cambios en la Fiscalía y, por ende, en la persona del fiscal o del equipo fiscal que se ocupe de la dirección del procedimiento de investigación, teniendo en cuenta la regla prevista en el artículo 94.2 ALECrIm¹⁹. En caso de que el procedimiento de investigación se hallase inicialmente en manos de una fiscalía distinta, se procederá a la remisión de actuaciones, en los términos dispuestos por el art. 94.6 ALECrIm²⁰. Puede incluso considerarse, en tal caso, que la celebración de la primera comparecencia es una «actuación urgente», que ha

texto propuesto, en este punto, se limita a analizar especialidades, sin que sus omisiones puedan entenderse como prohibiciones o limitaciones.

¹⁸ Como señala con acierto ARMENGOT VILAPLANA, en el modelo propuesto la imputación deja de ser un acto judicial para convertirse en un acto de parte, exento de control judicial. Cfr. ARMENGOT VILAPLANA, A. (2021), “El estatuto de la persona encausada en el Anteproyecto de LECrim”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, N° 3, 2021, pp. 291-329, p. 301.

¹⁹ El artículo 94.2 ALECrIm dispone lo siguiente: «En los procedimientos que se sigan contra una persona aforada, la investigación corresponderá a la fiscalía adscrita al tribunal que resulte competente por razón del aforamiento».

²⁰ El artículo 94.6 ALECrIm se expresa en los siguientes términos: «Se procederá a la remisión de las actuaciones a las fiscalías señaladas en los apartados anteriores cuando comience a conocer

de practicarse para reforzar el derecho de defensa de la persona aforada investigada.

En cualquiera de los dos supuestos, una vez practicada la primera comparecencia, la causa se seguirá tramitando de conformidad con las reglas generales del procedimiento ordinario (art. 811.1 ALECrIm).

En materia de recursos, finalmente, se propone un cambio importante. En efecto, frente a las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en primera instancia en causas contra personas aforadas podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 812.3 ALECrIm). Bajo la regulación vigente, como es sabido, el recurso procedente es el de casación. Pasar de la casación a la apelación comporta ampliar el ámbito del recurso y, especialmente, permitir una revisión sobre el juicio de hecho de la sentencia impugnada. El cambio, por tanto, se produce en beneficio de la posición jurídica del condenado y, si llega a aprobarse, determinará el deber del Tribunal Supremo de asumir un rol al que no está acostumbrado, el de tribunal de segunda instancia.

Lo que se mantiene, siempre en relación con la impugnación, es la irrecurribilidad de la sentencia dictada en primera —y única— instancia por la Sala Penal del Tribunal Supremo: téngase en cuenta que la Sala de Recursos prevista para estas causas tiene limitadas sus funciones a la revisión de las resoluciones interlocutorias dictadas por el juez de garantías y el de la audiencia preliminar, pero no a la sentencia definitiva. Se mantendrán con ello las tensiones que esta situación genera como consecuencia de la colisión en este punto entre el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹.

2º. En el caso más singular de que se impute un delito privado a un aforado, habrán de combinarse las especialidades del Título III con las reglas procedimentales especiales del Título II, para lo cual se señala (i) que la querrela del acusador privado habrá de dirigirse directamente a la Sala competente por razón del aforamiento (art. 809.3 ALECrIm) y (ii) que se dará traslado de la querrela a la persona aforada, para que se continúe el

del asunto otro órgano del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de practicar las actuaciones que resulten urgentes».

²¹ Por todos, cfr. CALDERÓN CUADRADO, M.P. (2008), “Quince años de decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. España y el sometimiento de la sentencia penal condenatoria a un tribunal superior”, en ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORÁN, Á., *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 268-323.

procedimiento por los trámites propios para este tipo de delito (art. 811.2 ALECrím).

2. REGLAS ESPECIALES PARA DIPUTADOS Y SENADORES

Cuando el proceso penal se dirige contra diputados y/o senadores, existen ciertos elementos de su estatuto personal que derivan directamente de la Constitución y a los que debe ofrecerse acomodo suficiente: según el artículo 71.2 CE, «Durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores [...] sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva».

2.1. La detención de un diputado o senador

En consonancia con esta previsión constitucional, el artículo 813 ALECrím reitera la regla en virtud de la cual la detención de un diputado o un senador solo será posible cuando sea sorprendido en delito flagrante. Y añade que, en tal caso, el Ministerio Fiscal habrá de optar entre la puesta en libertad o la solicitud de una medida cautelar: se trata, en realidad, de una nueva reiteración de la regla general en materia de detención (cfr. arts. 191.1, 192.2 y 193.4 ALECrím), aunque la adopción en sí de medidas cautelares frente a un diputado o senador sí que se ve afectada por especialidades, como se verá seguidamente.

2.2. El suplicatorio

En cuanto a la «autorización» de la Cámara respectiva, el ALECrím ha optado por extender la protección del estatuto personal de diputados y senadores y contempla dos situaciones diversas en las que ha de solicitarse la autorización del Congreso de los Diputados o del Senado:

(i) En primer término, es necesario contar con la autorización de la Cámara para poder ejecutar una medida cautelar respecto de un diputado o senador (art. 814 ALECrím). Aunque cabe pensar en las medidas más seriamente limitativas de la libertad —como la prisión provisional—, la previsión cubre todas las medidas personales, aunque su influencia en la libertad ambulatoria sea reducida y, de hecho, no suponga merma o restricción en el ejercicio de sus funciones como parlamentario. La duración en el tiempo de la tramitación del suplicatorio para obtener la autorización puede privar de utilidad a la medida, razón por la cual se permite su ejecución inmediata en casos de urgencia. Pero, a mi juicio, debe subrayarse que, a pesar de la

rúbrica del artículo 814 ALECrím («Autorización para *adoptar* una medida cautelar personal»), cuando se solicita el suplicatorio de la Cámara la medida ya ha sido formalmente adoptada y se está a la espera de su «convalidación» para poder llevarla a efecto. Así se deduce, de un lado, de la regla establecida en el artículo 814.2, según la cual «Denegada la autorización, se alzar^á la medida cautelar acordada» —algo que se prevé para todos los casos, no solo para los de ejecución inmediata— y, de otro, del artículo 816, que manda acompañar al suplicatorio, además de las peticiones del fiscal y de las partes, «la resolución adoptada por la autoridad judicial». Y es lógico que así sea, porque el Congreso y el Senado han de tener claro cuál es la concreta medida cautelar personal que pretende materializarse respecto de uno de sus miembros. Por eso mismo, también la ejecución inmediata —esto es, sin autorización—, que se presenta como excepcional, puede acabar convirtiéndose en la regla si no se adaptan los Reglamentos del Congreso de los Diputados (arts. 11 a 14) y del Senado (art. 22), no solo para que esta especial autorización esté contemplada en ellos, sino también para prever algún tipo de mecanismo acelerado, si se quiere asegurar que el control *a priori* —intrínseco a la noción de autorización— sea la regla y no la excepción.

(ii) Será igualmente necesario obtener autorización de la Cámara —y, por tanto, tramitar el correspondiente suplicatorio— antes de dictar el auto de apertura de juicio oral (art. 815.1). Este es el momento del proceso en el que el ALECrím considera que se debe materializar la referencia que el artículo 71.2 CE hace a «la inculpación y procesamiento». Según el nuevo modelo procesal, en tanto no se acuerde la apertura del juicio oral no existirá una genuina imputación judicial del delito al acusado²², que es lo que en realidad quiere expresarse por la Constitución al referirse, en el marco de referencia procesal penal vigente en 1978, a la inculpación y, sobre todo, al procesamiento. Hasta ese momento es indudable que, tras la primera comparecencia, se adquiere formalmente la condición formal de sujeto pasivo del proceso, es decir, tiene lugar una imputación formal, pero tiene únicamente carácter fiscal, no judicial, razón por la cual, a juicio del ALECrím, no parece revestir la seriedad necesaria como para perturbar el ejercicio de la función representativa y desencadenar el control de la Cámara. Durante la investigación, parece deducirse de la propuesta de regulación, no hace falta más supervisión que la relativa a la adopción de medidas cautelares: solo estas decisiones —que son judiciales, no fiscales— pueden perturbar

²² Cfr. ARMENGOT VILAPLANA, A. (2021), pp. 301 y ss.

el ejercicio individual del cargo y afectar con ello al funcionamiento de la Cámara en su conjunto.

La puesta en práctica de lo previsto en el precepto ofrece una duda adicional, la relativa al momento en que ha de recabarse la autorización de la Cámara: ¿ha de tramitarse el suplicatorio antes de celebrar la fase intermedia y la audiencia preliminar, o solo a su término, si el juez considera que procede la apertura del juicio oral?²³ Es cierto que el primer inciso del artículo 815.1 señala que la autorización se recabará «antes de dictar el auto de apertura del juicio oral». Pienso, sin embargo, que en la práctica debería imponerse la segunda opción, pues carece de sentido forzar la tramitación de un suplicatorio cuando aún no se ha tomado la decisión de abrir el juicio oral; también apunta en este sentido el artículo 816, que exige acompañar al suplicatorio la resolución adoptada por la autoridad judicial —en este caso, la apertura del juicio oral—. Esto significa que el juez de la audiencia preliminar se limitará a señalar, respecto del diputado o senador, que se acuerda la apertura del juicio oral condicionada a la autorización parlamentaria o, si se prefiere, que se acuerda solicitar la autorización a la Cámara correspondiente para poder decretar la apertura del juicio oral: pero, en cualquier caso, el suplicatorio ha de tramitarse concluida la fase intermedia, no como condición para que pueda desarrollarse²⁴.

Por su parte, el artículo 815.2 ALECRim especifica las consecuencias de la denegación de la autorización: la causa se archivará respecto de la persona aforada hasta que sea comunicado al tribunal el cese del aforamiento —es decir, la pérdida de la condición de diputado o senador—. Es evidente, pues, que la Cámara no hace un enjuiciamiento sobre el fondo de la conducta atribuida al diputado o senador, de modo que su negativa a conceder el suplicatorio no se impone al Poder Judicial, pues no extingue ni la responsabilidad penal ni, sobre todo, la acción penal. Se revierte, con ello, la anómala situación provocada por el vigente artículo 677 LECrim que, como es sabido, prevé el sobreseimiento libre en caso de denegación de la auto-

²³ El Informe del Consejo Fiscal (pp. 617-621) se muestra igualmente crítico con la determinación del momento en que debería recabarse la autorización de la Cámara. A su juicio, debería hacerse tras la formulación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal. Las razones que ofrece, sin embargo, no resultan convincentes, pues se sostienen en la estructura procesal penal vigente y no asumen el diverso rol que, en la propuesta del ALECRim, debe tener la actividad previa a la apertura del juicio oral.

²⁴ Cuando el proceso abierto contra un diputado o un senador lo sea por delito privado, debe entenderse que el suplicatorio habrá de solicitarse por el juez de garantías que, en el trámite del artículo 805.4 II ALECRim, en vista de los escritos de acusación y defensa, considere que debe acordar la apertura del juicio oral.

rización para procesar (el vigente artículo 754 LECrim habla únicamente de sobreseimiento, sin precisar su carácter libre o provisional).

En cuanto a la tramitación en sí del suplicatorio, el artículo 816 se limita a señalar que se le acompañarán «con carácter reservado, las peticiones realizadas por el fiscal y las partes y la resolución adoptada por la autoridad judicial». La solicitud se tramitará de manera directa, sin la mediación del Ministerio de Justicia que a día de hoy se contempla en el artículo 756 LECrim. Que las peticiones de las partes y la resolución del tribunal sean reservadas, en cambio, es una exigencia que también se prevé en el vigente artículo 755 LECrim y que persigue preservar la imagen y la presunción de inocencia de la persona afectada. Su mantenimiento de cara al futuro resulta cuestionable: de un lado, por la realidad cotidiana de las filtraciones a los medios de comunicación, que el ALECRim no va a poder evitar; de otro, por las exigencias de transparencia en relación con todo aquello que afecta, entre otras autoridades y servidores públicos, a los diputados y senadores.

2.3. Especialidades en el enjuiciamiento

Se añaden, finalmente, dos especialidades en relación con el juicio oral. De un lado, la sala de enjuiciamiento del Tribunal Supremo se compondrá de siete magistrados, en vez de cinco (art. 817 ALECRim). De otro, se excluye expresamente el enjuiciamiento ante el Tribunal del Jurado de diputados y senadores —pero solo de ellos y de quienes, por conexión, deban ser juzgados con ellos, pues no es una regla general para todos los aforamientos— (art. 815.3 ALECRim), algo que debería determinar una modificación en paralelo de la LOTJ, que en estos casos contempla en la actualidad la regla contraria —con la singularidad, como es sabido, de que entonces el Tribunal del Jurado se constituirá en el ámbito del Tribunal Supremo.

3. AFORAMIENTO Y ESTÁNDARES DE IMPUTACIÓN

Al margen de todo lo anterior, el ALECRim omite cualquier tratamiento al que, a mi juicio, es el genuino *punctum dolens* de los aforamientos: el estándar del que depende la imputación formal de las personas aforadas. En efecto, en los medios de comunicación social el debate está centrado en si los aforamientos constituyen o no un privilegio para las personas afectadas, especialmente cuando se trata de personas con responsabilidades políticas

y de cargos públicos²⁵. Se asocia al debate el hecho de que los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo son designados por el Consejo General del Poder Judicial —un órgano que, a su vez, lleva la etiqueta de estar politizado por el sistema de designación de sus vocales—, mientras que uno de los magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ también es designado por la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma. Se construye así la imagen de tribunales «modelados» por la clase política para asegurarse un trato de favor en caso de persecución penal. Los datos demuestran que semejantes afirmaciones carecen de sustento empírico, pues son muy numerosos los políticos y cargos públicos que acaban siendo condenados por los TSJ o por el TS. En el momento actual, lo que sucede —y puede merecer críticas— es que el estándar para la admisión a trámite de una querrela frente a un aforado en la práctica es más exigente, si se compara con lo que sucede de ordinario. Se trata de algo que puede tener su lógica respecto de ciertos sujetos en relación con ciertos delitos —v.g., miembros del Gobierno, sujetos a constantes querrelas infundadas, o magistrados, a quienes en ocasiones una de las partes intenta apartar del caso por el bias de la admisión a trámite de la querrela por prevaricación—, pero que no la tiene en otros casos.

En el modelo de proceso penal diseñado por el ALECRim esta diferencia de tratamiento cambia de contexto, pues se hará visible, en su caso, cuando el Ministerio Fiscal decida (o no) abrir una investigación frente a una persona aforada o incluir a una persona aforada en el ámbito de una investigación penal ya abierta. Como se trata en ambos casos de una decisión inmune al control judicial, los eventuales reproches mediáticos y sociales se dirigirán frente a la fiscalía —lo cual puede contribuir a rebajar las críticas frente a los aforamientos o, al menos, a centrar cuál debe ser realmente el objeto de esas críticas.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE DECOMISO AUTÓNOMO

El Título VI del ALECRim (arts. 849 a 867) contiene la regulación del procedimiento de decomiso autónomo. La regulación es claramente tributaria de los vigentes artículos 803 ter e) a 803 ter u) LECrim, introducidos por la

²⁵ Un enfoque claramente crítico puede verse en GÓMEZ COLOMER, J. L. (2016), “Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de la institución del aforamiento”, *Teoría y realidad constitucional*, Nº 38, 2016, pp. 239-275.

Ley 41/2015, de 5 de octubre²⁶. Se mantiene, por ello, una concepción del proceso de decomiso autónomo a medio camino entre lo penal y lo civil, cuya muestra más clara es la remisión a las reglas del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se mantiene en el artículo 859 ALECrIm. Ahora bien, a pesar de esta continuidad sustancial, la regulación propuesta resulta mucho más coherente y ordenada que la vigente y, sobre todo, incorpora determinadas novedades: dos de ellas son de gran calado, y afectan a la realización de averiguaciones patrimoniales previas y a la adopción de medidas cautelares; las restantes comportan mejoras, precisiones o correcciones de la regulación actual.

1. AVERIGUACIONES PATRIMONIALES PREVIAS AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DECOMISO AUTÓNOMO

Una de las principales carencias de la regulación actual del proceso de decomiso autónomo es la falta de previsión de mecanismos *ad hoc* para la averiguación de los bienes y derechos susceptibles de decomiso, que no tienen fácil encaje en el marco de un juicio verbal. Como solución, el ALECrIm, bajo la rúbrica de «actuaciones preparatorias», contempla de forma expresa la apertura de una pieza separada para preparar el ejercicio de la pretensión de decomiso autónomo²⁷.

Formalmente, se tratará de una pieza separada del proceso penal principal, aunque este se halle archivado o haya concluido por medio de resolución firme (art. 853 ALECrIm). No se trata, pues, de una actividad que forme parte del proceso de decomiso autónomo en sí, sino que más bien se genera la ficción de que está vinculada al proceso penal cuyo desenlace determinó la necesidad o la conveniencia de acudir a este proceso especial para activar la potestad pública de decomiso de los bienes. Esta vinculación

²⁶ Para cuyo análisis debo remitirme a un trabajo anterior, GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, Enero (2016), pp. 1-71; también RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2017), *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 245-301; CARRILLO DEL TESO, A. (2018), *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant, Valencia, pp. 219-255; CARRILLO DEL TESO, A. (2019), “Garantías vs. eficacia en el procedimiento de decomiso autónomo: Una pugna sin vencedores”, en JIMÉNEZ CONDE, F. y BELLIDO PENADÉS, R. (dirs.), *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 599; FARTO PIAY, T. (2021), *El proceso de decomiso autónomo*, Tirant, Valencia.

²⁷ Esto es, de hecho, lo único que destaca la Exposición de Motivos en su apartado LXXXVIII en relación con los cambios experimentados por este procedimiento especial.

con el proceso penal «principal» solventa, a su vez, la cuestión relativa a la competencia para autorizar los actos de investigación que así lo requieran²⁸ o para adoptar medidas cautelares: corresponderá al juez de garantías del proceso principal (art. 854.2 ALECRim). Aunque sea pieza separada del proceso penal principal, el artículo 854.1 II ALECRim precisa que tendrán participación en ella las personas encausadas y los terceros a los que el decomiso pueda concernir —puede que estos últimos, sin embargo, no hayan sido parte del proceso penal principal—; en cambio, aunque hayan sido parte en el proceso penal principal, no podrán intervenir en esta pieza las acusaciones, pues la legitimación activa para sostener la pretensión de decomiso corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal (art. 856.1 ALECRim).

En cuanto a su contenido, el artículo 853 II ALECRim es muy genérico al referirse a las diligencias de investigación que sean precisas para preparar la demanda, lo que comporta una remisión a las reglas generales sobre práctica de actos de investigación (art. 854.1 I ALECRim). Las diligencias podrá practicarlas el fiscal por sí mismo, pero podrá igualmente encomendárselas a la policía judicial y a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

Una vez finalizada la investigación patrimonial, el fiscal habrá de dictar un decreto en el que declarará concluida la pieza separada y en el que habrá de optar entre presentar la demanda de decomiso o el archivo por falta de elementos suficientes para ejercer la pretensión (art. 855.1 ALECRim). La interposición de la demanda no ha de ser necesariamente simultánea; no obstante, en caso de que no se interponga dentro de los treinta días siguientes, perderán su vigencia las medidas cautelares que eventualmente hubiera acordado el juez de garantías (art. 855.2 ALECRim).

2. MEDIDAS CAUTELARES PARA ASEGURAR LA EFECTIVIDAD DEL DECOMISO

La segunda novedad de especial relevancia que aporta la propuesta regulatoria del ALECRim es la relativa a las medidas cautelares, con el objetivo, también aquí, de colmar las deficiencias normativas vigentes²⁹. En el marco del Libro II, Título III (medidas cautelares reales), se ha introducido un capítulo III con la rúbrica de «Medidas para garantizar la efectividad del decomiso» (arts. 291 a 293). Las reglas, por tanto, están desvinculadas del proceso de decomiso autónomo, pues están pensadas para aplicarse de

²⁸ Me parece importante insistir en que esa autorización no se prevé de forma general, sino solo para aquellas medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales. Por eso, parece excesiva la crítica del Informe del Consejo Fiscal en este punto (cfr. pp. 636-638).

²⁹ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), pp. 50-57.

forma general, también en los casos —que deberían ser la regla— en que la pretensión de decomiso se formula en el marco del proceso penal principal.

La medida cautelar ordinaria o básica para asegurar la eficacia de un eventual pronunciamiento de decomiso es la intervención y depósito de los instrumentos, efectos, ganancias, bienes y derechos que puedan confiscarse (creo que es a esto a lo que se refiere impropiaemente el artículo 291.1 ALECRim con la expresión «depósito de los bienes intervenidos»). Intervención y depósito deben garantizarse a través de alguna medida adicional, entre las que el artículo 291.2 ALECRim menciona las cinco siguientes:

1. Nombrar un depositario judicial que se haga cargo de los bienes intervenidos.
2. Hacer entrega de los bienes a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos —en realidad, una modalidad de lo anterior.
3. Realizar anticipadamente los bienes intervenidos —una opción de naturaleza cautelar, al menos cuando la realización anticipada busque evitar que los bienes pierdan su valor de realización
4. Acordar la intervención o administración judicial de la actividad, empresa o entidad poseedora de los bienes intervenidos.
5. Disponer las anotaciones preventivas que resulten necesarias para asegurar la efectividad del decomiso.

De forma singular, el artículo 292 ALECRim contempla como medida cautelar específica el decomiso provisional. No se define cuál es su contenido, de modo que, por pura interpretación gramatical, cabe entender que debería comportar los mismos efectos que el decomiso definitivo, es decir, el desplazamiento de la titularidad de los bienes al Estado, solo que de forma provisional; si no se acaba decretando el decomiso definitivo, la titularidad debería revertir, pues, a quien la tuviera antes de que la medida fuera efectiva. Se trata, por ello, de una cuestión delicada, dado que cabe la posibilidad de que el bien decomisado provisionalmente se haya deteriorado, haya perdido su valor o se haya transmitido de forma irrevindicable a un tercero, situaciones estas en las que la reversión sería difícil y costosa para el perjudicado. Su adopción, en consecuencia, debería ser excepcional y subsidiaria, pues en la mayoría de los casos debería ser suficiente con la intervención y el depósito.

Sea como fuere, el decomiso provisional sí que se vincula de forma expresa al procedimiento de decomiso autónomo, pues solo podrá solicitarse cuando «por fallecimiento, por rebeldía o por incapacidad absoluta para comparecer en juicio no sea posible iniciar o proseguir un procedimiento

penal que afecte a bienes objeto de un posible decomiso», es decir, cuando concurren las situaciones en que procede acudir al decomiso autónomo por razones de necesidad (art. 850 ALECrím).

En concreto, se permite al fiscal solicitar esta medida del juez o tribunal que estuviera conociendo de la causa en el momento en que se pone de manifiesto la circunstancia que impide el avance del proceso penal, por un plazo de seis meses, y siempre que se expresen las razones que impiden presentar en ese momento la demanda de decomiso autónomo. Cabe suponer que, en la mayoría de los casos, la razón aducida será la necesidad de llevar a cabo medidas adicionales de averiguación patrimonial —la existencia y la titularidad del bien provisionalmente decomisado ya están acreditadas—, especialmente si el cierre del proceso penal se produce en un momento inicial de su desarrollo. El decomiso provisional, además, puede solicitarse directamente en el marco del proceso de decomiso autónomo (art. 855.2 II), posiblemente en la fase previa de averiguación patrimonial.

Finalmente, el prelegislador ha considerado que el Capítulo III del Título III del Libro II es también la sede adecuada para enumerar las funciones que competen a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Tienen todas en común su vinculación con el decomiso, aunque no son todas de naturaleza estrictamente cautelar: a) La localización, recuperación, conservación, administración y realización de los instrumentos, efectos, ganancias y bienes procedentes de delito. b) El uso provisional de los efectos embargados cautelarmente por la Oficina de Recuperación y Gestión de activos o, a través de ella, por cualquier unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada, si fueran bienes de lícito comercio. c) La realización de informes y propuestas en materia de ejecución de embargos y decomisos, de intervención y administración judicial de bienes productivos y sobre las demás medidas cautelares. d) La realización de cualesquiera otras funciones previstas en las leyes y reglamentos.

3. OTROS AJUSTES NORMATIVOS

Debe señalarse, finalmente, que el prelegislador ha aprovechado también para realizar ciertos cambios o ajustes en la regulación del procedimiento de decomiso autónomo, entre los que cabe destacar los siguientes:

- Las reglas de competencia se unifican, se simplifican y se adaptan al modelo de organización judicial sobre el que descansa el ALECrím: en cualquiera de sus modalidades, la competencia corresponderá al tribunal que deba dictar sentencia en el proceso penal principal, sin

- perjuicio de la intervención del juez de garantías respecto de las actuaciones preparatorias del ejercicio de la acción (art. 849 ALECrím).
- Tratándose del decomiso por razones de oportunidad —actualmente en el artículo 803 ter e) 2 a) LECrím—, se aclara el criterio que justifica la facultad del fiscal de reservar el ejercicio de la acción de decomiso para un proceso autónomo³⁰: ha de tratarse —con toda lógica— de la complejidad en la determinación del patrimonio delictivo (art. 851.1 ALECrím).
 - El decomiso autónomo por hallazgo sobrevenido de bienes deja de tratarse como una incidencia en la ejecución del decomiso o que se plantea con posterioridad a su ejecución —así lo contempla actualmente el artículo 803 ter u) LECrím— y se convierte en uno de los tres supuestos contemplados de forma general por el ALECrím (art. 852).
 - En caso de que la pretensión de decomiso se dirija contra una persona con discapacidad, el artículo 857.2 se remite a la nueva regulación introducida en la materia en el propio ALECrím, de modo que deja de ser preciso el recurso a la legislación procesal civil actualmente previsto en el artículo 803 ter k).2 LECrím.
 - Se modifica igualmente el régimen jurídico en caso de incomparecencia de alguno de los demandados (art. 803 ter k) 1 LECrím): se les nombrará abogado de oficio y, sobre todo, se aclara que se otorgará un nuevo plazo de veinte días para la contestación, imprescindible para un adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte de este profesional (arts. 857.1 y 861.1 b) ALECrím).
 - También cambian, finalmente, las previsiones en relación con las consecuencias de la falta de contestación a la demanda: deja de tener un valor equivalente al del allanamiento (según el vigente artículo 803 ter m).2 LECrím), de modo que habrá de interpretarse como una oposición sin más, algo coherente con el carácter sancionador del decomiso. Según la propuesta del artículo 862.2 ALECrím, el tribunal solo habrá de acordar el decomiso de forma directa en caso de que el demandado manifieste que cesa en la oposición a la demanda: es necesario, pues, un acto expreso de conformidad con la pretensión acusatoria, que es lo que, en el fondo, encierra el cese en la oposición.

³⁰ Cfr. lo que se señala al respecto en GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), pp. 34-37.

V. EL JUICIO POR DELITOS LEVES

Aunque no sea dogmáticamente adecuado, el prelegislador ha optado por incluir el juicio por delitos leves en el catálogo de los procesos especiales del Libro VIII, dedicándole el Título V, que comprende los artículos 836 a 848, dividido a su vez en cuatro capítulos: “Disposiciones generales” (Capítulo I), “Actuaciones previas al juicio” (Capítulo II), “Preparación del juicio por delito leve” (Capítulo III) y “El juicio por delito leve” (Capítulo IV).

La regulación propuesta es clara heredera de la regulación vigente³¹ en muchos aspectos: ausencia de una fase de investigación y, por tanto, intervención de un único órgano judicial; carácter no preceptivo de la intervención de abogado y procurador; concentración de la actividad procesal en un acto oral, el juicio; y presencia atenuada del Ministerio Fiscal en el acto del juicio, entre otros. La estructura normativa mejora, además, de forma considerable: si la regulación vigente se halla en buena medida desdibujada tras la reforma operada por la Ley 38/2002, que introdujo los entonces llamados «juicios rápidos de faltas», el ALECrIm ha optado por diseñar una estructura procedimental de los juicios por delito leve más fácilmente inteligible para el operador jurídico. El único extremo que queda fuera del Título V es la utilización del procedimiento especial para el enjuiciamiento inmediato (una de las dos modalidades de procedimiento urgente), prevista también para los delitos leves, en cuyo caso se aplican las especialidades contempladas en el artículo 796 ALECrIm. Esta regla también podría haberse desplazado al Título V del Libro VIII, para ofrecer una regulación completa del enjuiciamiento por delitos leves, pues se trata de una modalidad especial para enjuiciar delitos leves a la que, si se dan ciertos requisitos, puede acudir el fiscal desde un principio, como alternativa al desarrollo ordinario de un juicio por delito leve. Finalmente, y como novedad especialmente significativa, se incorpora una regulación de la adopción de medidas cautelares personales.

La Exposición de Motivos (aptdo. LXXXVII), en cualquier caso, da a entender que el juicio por delitos leves no debería utilizarse más allá de lo mínimamente imprescindible. Ante la constatación de la existencia de un delito leve, el fiscal debería ante todo hacer uso de los mecanismos de oportunidad para archivar la causa. Y es que, según el prelegislador, «[u]n número no despreciable de las infracciones que se enjuician como posibles delitos leves se caracteriza por su manifiesta carencia de relevancia». Esta

³¹ Para una visión general, cfr. MUERZA ESPARZA, J. (2016), “Cuestiones procesales sobre los delitos leves”, en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (dirs.), *Derecho, Justicia, Universidad: Liber amicorum de Andrés de la Oliva*, Vol. 2, cit., pp. 2229-2250.

apreciación, de ser correcta, debería mover al legislador a impulsar una reforma penal sustantiva, realmente conforme con el principio de intervención mínima.

1. ÁMBITO DEL JUICIO POR DELITO LEVE

El ámbito del juicio por delito leve se establece en el artículo 836 I ALE-Crim, aunque bajo la rúbrica de «órgano competente»: se aplicará únicamente al «enjuiciamiento de los delitos leves que no sean conexos con otros delitos de distinta naturaleza». Queda claro, pues, que por los cauces de este procedimiento solo se puede enjuiciar delitos leves, pero que no todos los delitos leves se enjuiciarán por ellos: si son conexos con un delito no leve, se investigarán y se juzgarán en el marco de un procedimiento ordinario. Además, y en aplicación de las reglas generales sobre conexión³², sí que será posible que varios delitos leves conexos se enjuicien en el marco de un único juicio por delitos leves.

2. JUEZ COMPETENTE Y MINISTERIO FISCAL

Dado que en el juicio por delitos leves no existe una fase inicial de investigación, no es necesario designar un juez de garantías ni un juez de la audiencia preliminar: la actividad judicial se concentra íntegra en la sección de enjuiciamiento del tribunal de instancia, aunque constituida para estos procedimientos con un solo magistrado (art. 836 II ALE-Crim). En caso de que fueran conexos varios delitos leves habrían de aplicarse las reglas generales del artículo 41.1. En cuanto a la competencia territorial, y nuevamente con arreglo a los criterios generales, se determinará en virtud del lugar de comisión del delito.

La ausencia de una fase de investigación tiene también consecuencias respecto del papel del Ministerio Fiscal: aunque no dirija investigación alguna, le corresponde al fiscal efectuar la calificación inicial de los hechos como delito leve, lo que a su vez le llevará —si descarta el archivo por oportunidad— a promover la incoación del juicio por delito leve.

³² Recuérdese que, según el artículo 39.3 ALE-Crim, los delitos conexos se enjuiciarán en un solo proceso, a no ser que concurra alguna de las excepciones establecidas en el artículo 40.

3. PARTES DEL PROCESO

3.1. *Legitimación activa*

Al margen del papel que pueda desempeñar el Ministerio Fiscal, el ALE-Crim considera que la víctima del delito es una suerte de parte activa «natural»: el artículo 844.1 establece, en este sentido, que la víctima será siempre parte en el juicio por delito leve. En consecuencia, se la debe citar en todo caso para que comparezca como parte en el acto del juicio oral (arts. 837.2 y 843.2 ALECrím). Su ausencia injustificada, además, no suspenderá la celebración del juicio si consta que ha sido citada correctamente, salvo que el juez, a instancia de parte, considere necesaria su presencia. Esta regla, establecida en el artículo 844.1 II, resulta absolutamente chocante, pues se aplica tanto a la persona denunciada como a la víctima, a pesar de que sus roles no son simétricos. Es evidente que la ausencia injustificada de la víctima, cuando no ha denunciado el delito leve, no tiene por qué afectar al desarrollo del juicio, si el fiscal está presente para sostener la acusación. Pero, en cambio, si es ella quien ha denunciado y se trata de un delito leve semipúblico, la ausencia injustificada de la víctima, si no acudió el fiscal, debe conducir sin más a la absolucón, como aclara el artículo 844.2 ALECrím: y es que i) sería ilógico que se acordara solo la suspensión, ofreciéndole a la víctima una nueva oportunidad de acusar, a pesar del desaprovechamiento injustificado de la primera; y ii) en ausencia de acusador, no hay manera de que el juez pueda acordar el desarrollo del juicio ni condenar al denunciado.

Me parece que, en realidad, el prelegislador no permite que quede claro cuál es el papel de la víctima en el proceso por delito leve hasta que llegue el momento del juicio: solo entonces se verá si, efectivamente, quiere sostener la acusación en juicio o no. Hasta entonces se la trata como parte «por defecto» —si se quiere, «por si acaso»— y se la cita para que acuda provista de las pruebas que quiera utilizar. Pero se trata de una decisión que priva a la víctima de una opción intermedia, la de limitarse a ser testigo —si lo es y en la medida en que lo sea—. Cabe pensar, además, en la posibilidad de que la víctima prefiera personarse únicamente como actor civil, algo que no deja de ser conforme con la previsión general del artículo 131.1 ALECrím. Y es igualmente posible que esa voluntad de reclamar únicamente la reparación del daño y/o la indemnización del perjuicio se ponga de manifiesto en el momento del juicio oral: si se trata de un caso en el que el fiscal no esté presente, se habrá convertido entonces el juicio por delito leve en un puro proceso civil, a no ser que el juez, en vista de las circunstancias, se limite a archivar la causa y remita a la víctima a la vía civil.

Por otro lado, y si se tiene en cuenta el ámbito en que el ALECRim permite que se desenvuelva la acusación popular (cfr. art. 122), no parece posible que pueda personarse en un juicio por delito leve un acusador popular³³.

Tampoco se puede descartar, por último, que pretenda incorporarse al juicio por delito leve la compañía aseguradora que se haya subrogado en la acción civil de la víctima, en los términos en que esta práctica se ha venido admitiendo por la jurisprudencia³⁴. Serán de aplicación, en todo caso, las reglas generales, pues no existe previsión específica para este ámbito procedimental³⁵.

3.2. Legitimación pasiva

El ALECRim identifica al sujeto pasivo del juicio por delito leve con la persona denunciada, aunque lo cierto es que no en todos los juicios por delito leve habrá mediado una denuncia: se trata, pues, de una expresión imprecisa en su formulación, cuyo contenido, no obstante, es sencillo de determinar.

Nada se indica, sin embargo, en relación con la posible presencia en el juicio por delito leve de otros sujetos pasivos, los responsables civiles distintos del encausado. Se trata de un fenómeno muy frecuente, especialmente cuando se trata de delitos leves en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. La aplicación de las normas generales (arts. 130 a 136 ALECRim) debe conducir a la respuesta afirmativa y, por eso, aunque no se los mencione expresamente en el articulado, los responsables civiles directos y subsidiarios deberían ser incluidos en el decreto de incoación

³³ En relación con el régimen de la acusación popular en el ALECRim, cfr. MARTÍN PASTOR, J. (2021), "Las partes acusadoras en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal", *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, N° 3, 2021, pp. 330-367, esp. pp. 357 y ss.

³⁴ El Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el 30 de enero de 2007 el siguiente acuerdo en relación con la legitimación en el proceso penal de la entidad aseguradora: «Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado». Este acuerdo, por tanto, aclara que la aseguradora, por subrogación, podrá actuar como actor civil en el proceso penal frente al responsable penal. Sin embargo, no aclara, si podrá dirigirse también frente a la aseguradora del responsable penal: ahora bien, si se admite su legitimación por haberse subrogado en la posición del perjudicado, lo lógico es pensar que también podrá dirigirse contra la aseguradora del responsable penal

³⁵ Cfr., sobre esta cuestión, JUAN SÁNCHEZ, R. (2021), "El estatuto de la víctima y las partes civiles en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020", *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, N° 3, 2021, pp. 338-368, esp. p. 394 y pp. 396-397.

del procedimiento, deberían ser convocados al juicio oral y deberían poder participar en él de forma activa para la defensa de su posición jurídica.

3.3. Postulación

En términos iguales a los actualmente vigentes, se propone en el ALE-Crim que la postulación para los juicios por delitos leves sea, como regla, potestativa (art. 837.1)³⁶. La única excepción afecta a los delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo supere los seis meses³⁷, para los que se aplicarán las reglas generales (art. 837.2).

4. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

4.1. El rol del fiscal: el decreto de iniciación del procedimiento

Son tres las opciones que, a tenor del artículo 553 ALE-Crim, se le abren al fiscal cuando tiene conocimiento de un delito leve, bien por medio de denuncia o atestado, bien tras comprobar que el objeto de un proceso ordinario en curso lo integra exclusivamente un delito leve (art. 839):

- Puede derivar el asunto a justicia restaurativa.
- Puede acordar el archivo por motivos de oportunidad —opción esta que se expresa sin disimulo como la preferida por la Exposición de Motivos del ALE-Crim. Se generalizan, con ello, los términos en que la reforma de 2015 dio entrada a esta posibilidad³⁸.
- Puede dictar decreto de incoación del procedimiento por juicio leve.

El contenido del decreto (art. 840 ALE-Crim) viene condicionado por la ausencia de investigación propiamente dicha, de ahí que deba ceñirse a identificar el objeto del proceso: sujetos (denunciante, víctima y denuncia-

³⁶ En relación con las dudas y dificultades que suscita la situación vigente —similar a la propuesta en el ALE-Crim—, cfr. GARCÍA MOLINA, P. (2017), “La defensa letrada en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves”, en FUENTES SORIANO, O. (coord.), *El proceso penal*, cit., pp. 575-583.

³⁷ Esto es lo que sucede con aquellos delitos penados con multa de entre tres y seis meses (el límite inferior es pena leve, pero el máximo los supera; si ese máximo alcanza el umbral de los seis meses, operaría la excepción del artículo 837.2 ALE-Crim). Así ocurriría, v.g., con el delito leve de usurpación del artículo 245.2 CP.

³⁸ Cfr. TOMÉ GARCÍA, J. A. (2016), “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad introducidas tras las reformas de la Ley de enjuiciamiento criminal de 2015”, en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (dirs.), *Derecho, Justicia, Universidad: Liber amicorum de Andrés de la Oliva*, Vol. 2, cit., pp. 3105-3122; MARTÍN PASTOR, J. (2017), “La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español”, en FUENTES SORIANO, O. (Coord.), *El proceso penal*, cit., pp. 65-79.

do), exposición de los hechos y calificación provisional. El decreto, además, funciona a modo de escrito de acusación del fiscal —aunque no deba incluir una petición de pena—, de ahí que deba acompañarse de la proposición de prueba para el juicio oral (indicando peritos y testigos que deban citarse). Será también el momento en que el fiscal solicitará, en su caso, la adopción o el mantenimiento de medidas cautelares, en los términos que se verán más adelante.

La ausencia de previsión de una fase de investigación previa puede determinar, al igual que sucede hoy en día, que no quede más remedio que llegar a la incoación del procedimiento por delito leve tras una primera investigación ordinaria³⁹, que permita al fiscal «calificar provisionalmente los hechos, averiguar la identidad de la persona denunciada o preparar el acto del juicio con la emisión de informes médicos forenses sobre sanidad de lesiones o informes periciales de tasación de efectos hurtados»⁴⁰.

4.2. El rol del juez: la convocatoria del juicio oral

El juez competente —recuérdese, un miembro de la sección de enjuiciamiento del tribunal de instancia, actuando de manera unipersonal— habrá de efectuar un primer control material sobre el decreto del fiscal, tras el cual podrá optar entre convocar a las partes al juicio oral, en los diez días siguientes, si entiende que el hecho es constitutivo de delito leve, o bien revocar el decreto y ordenar que se lleve a cabo una investigación ordinaria, si entiende que hay apariencia de delito, pero no leve (art. 842.1 ALECRim). Aunque no se diga expresamente, en aplicación de las reglas generales debe ser igualmente posible que el juez acuerde el archivo y el sobreseimiento, si considera que el hecho no es constitutivo de delito.

La decisión del juez será recurrible en reforma, con arreglo a las normas generales.

Una vez firme el auto ordenando la celebración del juicio, se señalará fecha para su celebración y se practicarán las citaciones que procedan (art. 843 ALECRim): de un lado, las pedidas por el Ministerio Fiscal en el decreto de iniciación del procedimiento; de otro, las dirigidas a quienes figuren en el decreto como víctimas y denunciadas. A estas últimas personas, además, se las advertirá de que han de acudir al juicio con las pruebas de que intenten valerse y se les concederá un plazo de tres días para pedir la citación

³⁹ Cfr. SANTOS MARTÍNEZ, A., “La instrucción de los delitos leves”, en FUENTES SORIANO, O. (coord.), *El proceso penal*, cit., pp. 563-573.

⁴⁰ Son los términos del Informe del Consejo Fiscal, p.627.

judicial de aquellos testigos o peritos a los que no puedan presentar por sí mismas.

Aunque no se diga expresamente y los plazos ordinariamente previstos para ello no lo faciliten, debería ser posible acudir también en el marco del juicio por delito leve a la terminación del proceso por conformidad. Bastaría, a tal fin, con aplicar las disposiciones generales del ALECRim (arts. 164 y ss.), si acaso con alguna modulación singular: v.g., ante la posible ausencia de abogado defensor, no sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 166, aunque convendría que el juez, en tal caso, asumiera una supervisión más activa⁴¹.

4.3. Desarrollo del juicio

El desarrollo del juicio oral presupone la presencia en él de los sujetos a quienes compete sostener la acusación y oponerse a ella.

En relación con la víctima, ya se ha apuntado antes que el prelegislador le otorga por defecto la consideración de parte acusadora y manda, en consecuencia, que se la cite al juicio en condición de tal. Su ausencia injustificada, tratándose de delitos leves públicos, no debería impedir la celebración del juicio, pues deberá estar presente en todo caso el fiscal; no obstante, en caso de que el testimonio de la víctima fuera determinante, podrá el fiscal solicitar —y el juez acordar— una suspensión del juicio. Si se trata de un juicio por delito leve cuya persecución requiera denuncia de la persona ofendida, en cambio, la incomparecencia injustificada de esta dará lugar, sin más trámite, a que se dicte sentencia absolutoria (art. 844.2 ALECRim). Tal y como está formulada la propuesta de regulación, debe entenderse que la consecuencia ha de aplicarse en todo caso, es decir, incluso aunque hubiera comparecido un fiscal dispuesto a sostener la acusación —pues la norma no hace esa distinción—; esto, a su vez, determina la atribución a la víctima de un poder de disposición más amplio sobre el proceso, que requiere el sostenimiento expreso de la denuncia por su parte en el acto del juicio oral.

El sujeto pasivo será igualmente citado al juicio, en términos y con consecuencias similares a las actualmente vigentes. Así, en primer término, su

⁴¹ El Informe del Consejo Fiscal (p. 626), al valorar las diversas opciones que, según el artículo 839 ALECRim, se le abren al fiscal cuando tiene conocimiento de un hecho constitutivo de delito leve, echa en falta la previsión, como vía alternativa adicional, de la conformidad, en los supuestos de reconocimiento de los hechos por parte del sujeto pasivo. De forma llamativa, parece sugerirse, en el fondo, un esquema similar al del vigente proceso por aceptación decreto, cuya supresión propone el ALECRim —con razones más que fundadas, según se ha visto antes.

ausencia injustificada tampoco determinará la suspensión del juicio, siempre que conste su correcta citación, salvo que el juez, a instancia de parte, considere necesaria su presencia. Igualmente, si reside fuera de la demarcación del órgano judicial, el artículo 844.1 II ALECrIm le ofrece las mismas posibilidades que ya tiene hoy en día: i) dirigir un escrito al juez alegando lo que estime conveniente en su defensa; ii) apoderar a un abogado o a un procurador para que presente en el juicio las alegaciones y las pruebas de descargo que quiera utilizar⁴². Debe advertirse, en todo caso, que el cambio en el modelo de organización judicial sobre el que descansa el ALECrIm puede tener incidencia en el ejercicio de estas facultades, pues la demarcación del tribunal de instancia será posiblemente más amplia que la de los actuales partidos judiciales.

En cuanto a la presencia del Ministerio Fiscal, pervive también el sistema vigente, que le permite dejar de intervenir en determinados supuestos. En efecto, solo es necesaria su intervención cuando se trate de delitos leves de carácter público y cuando, no siéndolo, el Ministerio Fiscal haya solicitado la adopción o el mantenimiento de alguna medida cautelar personal (art. 845.1 I ALECrIm). En los demás casos, «el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, atendiendo al interés público y a la trascendencia social del asunto, los fiscales tienen la obligación de asistir» (art. 845.1 II ALECrIm). En definitiva, será posible que se celebren juicios por delito leve a los que acudan únicamente denunciante y denunciado, sin asistencia letrada⁴³.

El desarrollo en sí del acto del juicio se ordena de manera parcialmente diferente a lo que venía siendo usual. Los actos previstos en el artículo 846 ALECrIm, teniendo en cuenta el orden de su realización, son los siguientes:

1º. Lectura del decreto de iniciación del procedimiento, aunque el Ministerio Fiscal no esté presente.

⁴² Sobre esto, GASCÓN INCHAUSTI, F. (2003), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre* (con AGUILERA MORALES, M.), Civitas, Madrid, pp. 209-210.

⁴³ Debe advertirse, no obstante, que el ámbito en el que el Fiscal General puede impartir instrucciones sobre presencia o ausencia del fiscal en el acto del juicio se ciñe a los casos de delitos leves semipúblicos en que el Ministerio Fiscal no haya solicitado medidas cautelares personales. Ha de notarse, pues, que se mantiene la situación vigente —art. 969.2 LECrim—, con la salvedad de los casos en que el fiscal haya solicitado medidas cautelares —porque no se contempla en la actualidad—. No alcanza a comprenderse, por ello, la crítica del Informe del Consejo Fiscal, para quien la regulación propuesta parece restringir el ámbito sobre el que pueden proyectarse las eventuales instrucciones del Fiscal General (pp. 630-631): la razón, posiblemente, se halle en que las instrucciones y circulares emitidas hasta la fecha desbordan los límites legalmente establecidos y se aplican a todos los procesos por delito leve.

2°. Proposición de pruebas por parte de sujetos distintos del Ministerio Fiscal.

3°. Decisión del juez sobre la prueba propuesta, que se realizará de forma oral, frente a la que no cabe recurso, sin perjuicio de que se pueda formular una protesta *in voce* que, a su vez, permitirá plantear la cuestión al recurrir la sentencia.

4°. Práctica de la prueba conforme a las reglas generales. En los casos en que las partes no estén asistidas de abogado, se prevé que puedan «formular preguntas a través del juez» (art. 846.3 II ALECRim). Se trata de una expresión poco precisa: es razonable, en efecto, que el juez pueda ayudar a las partes a plantear sus preguntas de forma adecuada, especialmente cuando el objeto del proceso es sencillo y resulta posible determinar cuál es la finalidad perseguida con el interrogatorio de la parte contraria o de algún testigo; pero, desde luego, no es base suficiente para que el juez asuma la dirección de la práctica probatoria, a pesar de que en muchos casos pueda ser lo más sensato y eficiente, dados los intereses en presencia y las concretas circunstancias del caso. De hecho, cuando se trate de la declaración de la persona acusada, el encaje en este punto de las reglas generales establecidas en los artículos 674 y 675 ALECRim debe hacerse con extremo cuidado: ha de recordarse, en efecto, que el acusado solo declarará si así lo solicita su defensa. En un juicio por delito leve, en el que la persona acusada comparece sin asistencia letrada, es razonable entender que sea el juez quien le plantee la posibilidad de hacerlo, advirtiéndole de los riesgos. Pero sería en todo caso preferible que se incorporase en este punto alguna previsión normativa expresa, para evitar que el acusado se viera privado de su derecho a no declarar.

5°. Turno final de calificación jurídica y de formulación de pretensiones. Una vez practicada la prueba, las partes habrán de formular la calificación de los hechos y habrán de concretar sus pretensiones de condena o defensivas. Si se formulan pretensiones de condena, será preciso determinar la pena cuya imposición se solicita, la responsabilidad civil y las costas del proceso. Esta exigencia, como puede imaginarse, será problemática cuando las partes no actúen asistidas de abogado —sobre todo, las partes acusadoras. El decreto del fiscal de incoación del procedimiento, sin duda, tendrá cierta utilidad en este sentido, pero: a) solo respecto de la calificación, no en cuanto a la concreción de las pretensiones; y b) adolece de una limitación importante, pues se formula antes de la práctica de la prueba, lo que puede reducir su utilidad. En la actualidad, el artículo 969.2 i.f. LECrim trata de resolver la cuestión estableciendo que «la declaración del denunciante en el

juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena». El texto propuesto no incluye una previsión equivalente a esta⁴⁴, pero en la práctica cabría esperar que fuera el propio juez el que, en términos similares a los expuestos en relación con la prueba, «asistiera» de algún modo a las partes no representadas a la hora de calificar los hechos y formular sus pretensiones. Aunque resulte chocante, debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha declarado que este papel más activo del juez en los procesos por infracciones penales de pequeña entidad resulta conforme con las exigencias del principio acusatorio, pues a su juicio no le priva de imparcialidad⁴⁵.

6º. Última palabra del denunciado. El acto del juicio terminará otorgándole a la persona denunciada el derecho a la última palabra: se reconoce con

⁴⁴ Y eso es justamente lo que sugiere el Informe del Consejo Fiscal en este punto: la incorporación de una previsión adicional, muy similar a la vigente: «Si, no asistiendo el fiscal al juicio, la parte acusadora no comparece asistida de letrado, su afirmación en el juicio de los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena» (p. 631). En general, respecto de esta cuestión, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F. (2003), pp. 206-208; CASTILLEJO MANZANARES, R. (2004), *Los nuevos procesos penales (III). El juicio de faltas*, Tirant, Valencia, pp. 133-142.

⁴⁵ En concreto, el Tribunal Constitucional se pronunció en dos ocasiones en relación con la versión inicial del precepto —introducida en 1992— que establecía lo siguiente: «si el denunciante no califica el hecho denunciado o no señala la pena con que deba ser castigado se entenderá que remite ambos extremos al criterio del Juez, salvo que el Fiscal formule por escrito sus pretensiones». En la STC 56/1994, de 24 de febrero, proclamó que «la remisión al criterio del Juez cuando el juicio de faltas comience por una denuncia que identificado suficientemente el hecho denunciado no lo califica penalmente, o no pide una concreta pena para el mismo, no puede significar que se le atribuya una función acusadora, ni tampoco que tenga que formular y anticipar su criterio acerca de dichos extremos. Se trata, simplemente, de que para orientar el debate, informe a las partes del precepto o preceptos donde están tipificados los hechos que se denuncian y, genéricamente, de las penas que en aquéllos se prevén. Dada la simplicidad de los tipos penales previstos, la claridad y el estrecho y predeterminado margen legal que abarcan las penas correspondientes, así como el corto número de infracciones a las que alcanza el precepto cuestionado, no cabe en modo alguno la conclusión de que aquella simple información previa al debate pueda privar, subjetiva ni objetivamente, de imparcialidad al Juez ni menos aún que sea capaz de restarle objetividad en el juicio o condicionarlo al dictar Sentencia. El Juez no habría concretado con aquella información una pretensión punitiva o al menos solamente una, sino ilustrado a ambas partes de la trascendencia posible de los hechos según la definición formulada en la Ley; lo cual difiere sustancialmente de la función acusadora aunque complete de modo genérico la exigencia de que la calificación de los hechos figure ya en el comienzo del juicio para conocimiento de ambas partes y su futura actuación en orden a la prueba y defensa. No puede olvidarse, en este aspecto, la especial configuración del juicio de faltas, su informalidad y, sobre todo, su concentración, así como la necesidad en muchos casos de una cierta actitud del juez orientadora de la actividad procesal de las partes a la que tradicionalmente se ha visto sometido en este tipo de procesos. El precepto, pues, no vulnera tampoco el derecho al Juez imparcial del art. 24.2 del texto constitucional.» (F.J. 7). La STC 115/1994, de 14 de abril, en la que el Tribunal hubo de volver a ocuparse de la misma cuestión, se remitió sin más a la anterior.

ello la trascendencia de este acto procesal, que se incorpora a las piezas del enjuiciamiento por delito leve.

4.4. Sentencia y recursos

El prelegislador (art. 847 ALECrim) manifiesta una preferencia por que el juez dicte sentencia oralmente en el acto del juicio: en ese caso, se preguntará a las partes por su intención de recurrir y, si manifiestan expresamente su voluntad de no hacerlo, se declarará la firmeza. El juez puede igualmente optar por dictar su sentencia por escrito, para lo que dispondrá de tres días: se trata, en todo caso, de una decisión discrecional para el juez, que no ha de justificar su preferencia por una u otra modalidad.

La sentencia será recurrible en apelación ante la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, con dos especialidades, deducibles del propio artículo 848 y de la remisión que en él se hace a la apelación de sentencias en los procedimientos urgentes (art. 791): i) el plazo para interponer el recurso será de cinco días desde su notificación, en vez de los diez ordinarios (art. 734.1 ALECrim), igual que el plazo para formular alegaciones (art. 735.2 ALECrim); ii) para la resolución de este tipo de recursos, la Sala de Apelación se constituirá con un solo magistrado. Aunque no se diga expresamente, la remisión en lo demás al régimen general de la apelación da a entender que en esta etapa sí que será necesaria la asistencia letrada, dada la mayor tecnicidad que caracteriza a los recursos⁴⁶.

Frente a la sentencia que se dicte no cabe recurso de casación (art. 742.3 ALECrim); en consecuencia, el Tribunal Supremo solo podrá fijar doctrina en relación con los delitos leves en caso de que sean enjuiciados conjuntamente con delitos no leves.

5. RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

El ALECrim ha optado por regular de forma clara y directa la adopción de medidas cautelares personales en el marco del juicio por delitos leves. Se trata, a mi juicio, de un acierto, pues la escasa entidad penal de este tipo de infracciones hace que resulte necesario concretar, con la máxima precisión posible, cuáles son los ajustes que merecen las normas generales

⁴⁶ El Informe del Consejo Fiscal, de hecho, sugiere que se aclare este extremo (p. 632). En relación con esta cuestión, cfr. CALDERÓN CUADRADO, M.P. y BELLIDO PENADÉS, R. (1998), *Juicio de faltas, postulación procesal y asistencia jurídica gratuita*, RGD, Valencia, pp. 144 y ss.; CASTILLO MANZANARES, R. (2004), pp. 152-154.

en este punto, en especial si se tienen en cuenta las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad —para las que la gravedad de la conducta perseguida es en todo caso un factor de la máxima relevancia.

5.1. Catálogo de medidas cautelares

Según lo que se propone en el artículo 838 ALECrím, en los juicios por delitos leves no ha de ser posible la adopción de cualquier medida cautelar.

De entrada, se excluye de forma absoluta la adopción de la prisión provisional, que habría de considerarse en todo caso una medida desproporcionada: los términos en que se formula la prohibición obligan a entender que no se excluye solo su adopción a título inicial y principal, sino también en caso de que se produjera el incumplimiento de alguna de las medidas cuya adopción sí es posible en el marco de este procedimiento (v.g., una orden de alejamiento).

En concreto, las únicas medidas cautelares posibles serán las previstas en los artículos 223 a 227 ALECrím: la prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio; la prohibición de salida de territorio español y de la Unión Europea; la prohibición de aproximación o comunicación; la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; y, finalmente, la prohibición de residir en determinados lugares. Su admisibilidad, además, está condicionada a que sean «imprescindibles para la protección de bienes jurídicos de la víctima o de terceros o para evitar la continuación de la actividad delictiva». Se excluye, por tanto, su adopción para combatir el riesgo de fuga, algo completamente lógico, pero que obliga a cuestionar hasta qué punto serán viables las dos primeras medidas del catálogo —la prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio y la prohibición de salida de territorio español y de la UE⁴⁷—, que en realidad solo parecen aptas para evitar que el encausado se sustraiga a la acción de la justicia. El Consejo Fiscal, por su parte, reprocha en su informe la ausencia de otras posibles medidas cautelares, especialmente del desalojo en los supuestos de delito leve de usurpación, cuya solicitud recomienda la Fiscalía General del Estado a los fiscales⁴⁸.

En cuanto a la detención, nada se dice en el Título V del Libro VIII, pero se mantiene el espíritu del actual artículo 495 LECrím en el artículo 190.2 ALECrím, que consiente la detención por delito leve «cuando la persona

⁴⁷ El informe del Consejo Fiscal critica esta última medida, pero no por su falta de adecuación al fin establecido, sino en tanto que desproporcionada en su contenido (p. 628).

⁴⁸ Informe del Consejo Fiscal, pp. 628-629.

carezca de domicilio conocido y no dé garantías suficientes a juicio de la autoridad o agente que la practique». A estas alturas de la evolución de la ciencia jurídica procesal cabría esperar del prelegislador una redacción más precisa, pues la identificación de lo que ha de considerarse como «garantías suficientes» no deja de ser problemática, ni a la hora de determinar el tipo de garantía (en la actualidad la LECrim, recuérdese, habla de «fianza») ni, sobre todo, a la hora de precisar qué es lo que ha de quedar garantizado: cabe suponer que se trataría de la comparecencia cuando fuera citado para el juicio⁴⁹, pero es algo que realmente una detención no puede asegurar, porque ni está claro en el momento de la detención que vaya a haber juicio ni, menos aún, que vaya a celebrarse dentro del periodo máximo de duración de la detención —y, huelga recordarlo, no es posible «elevar» la detención a prisión, aunque se aprecie riesgo de fuga.

5.2. Duración máxima de las medidas

En teoría, las medidas cautelares que se adopten no pueden durar más de tres meses (art. 838.1 III ALECRim): se asume, pues, que la duración del procedimiento puede acabar prolongándose en la práctica más allá de lo previsto legalmente. Y es que, al margen de situaciones patológicas o de casos en que la sobrecarga de los tribunales impida cumplir con las previsiones legales en materia de plazos, es posible que se llegue al procedimiento por delito leve como resultado de una transformación del procedimiento ordinario. En este último caso, si las medidas han estado en vigor menos de tres meses, el fiscal podrá solicitar al juez su mantenimiento. El juez habrá de resolver en un plazo máximo de diez días a contar desde el decreto de iniciación, periodo durante el cual las medidas mantendrán provisionalmente su vigencia. Si el juez no se pronuncia en esos diez días, las medidas se entenderán automáticamente alzadas. Si el juez se pronuncia, acordará lo que considere oportuno, ratificándolas, modificándolas o alzándolas. Si las ratifica, no obstante, no se establece por cuánto tiempo: se trata de un silencio que debería evitarse en una versión definitiva de la ley, pues genera la duda de si el plazo de los tres meses es absoluto y cubre tanto el tiempo en que el proceso fue ordinario como aquel en que ya es formalmente un juicio por delito leve o si, por el contrario, se abre entonces un nuevo plazo de tres

⁴⁹ Así lo asume directamente ASENIO MELLADO, J. M. (2021), “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Parte general de las medidas cautelares. La detención”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, N° 3, 2021, pp. 226-255, p. 237.

meses, que serían aquellos en los que la medida cautelar está en vigor en el marco de un juicio por delito leve.

5.3. Régimen procedimental

El ALECRim ha previsto unas reglas procedimentales específicas para la adopción de estas medidas cautelares, que tienen en cuenta las singularidades del juicio por delito leve y que afectan, de manera especial, al tiempo y a la manera de solicitar las medidas cautelares:

1º. Se las puede solicitar el Ministerio Fiscal al juez en el decreto de iniciación del procedimiento por delito leve (art. 840.2 ALECRim).

2º. También las puede solicitar el denunciante, ya sea por escrito en la denuncia o de palabra, indicándoselo a la policía judicial, para que lo consigne en el atestado, expresando las razones aducidas por el solicitante y las concretas medidas que se interesen (art. 841.1 ALECRim). Al recibir la denuncia o el atestado, el fiscal valorará si la considera «imprescindible» y, en su caso, se la solicitará él mismo al juez en el decreto de iniciación del procedimiento. El fiscal, en tal caso, actúa en cierta medida en interés de la persona denunciante, a quien evita la carga de intervenir por sí misma en la causa para solicitar las medidas cautelares. En definitiva, la solicitud del fiscal en el decreto de iniciación puede obedecer a su propia iniciativa o a la petición formulada por la persona denunciante al tiempo de interponer la denuncia.

3º. Es posible, igualmente, que la víctima y/o el denunciante insten del juez la adopción de medidas cautelares en un momento posterior: en tal caso, habrán de personarse en la causa por medio de abogado (art. 841.1 II ALECRim).

4º. Cabe también, según se ha apuntado antes, que las medidas en cuestión ya se hubieran adoptado en el seno de un procedimiento ordinario, que posteriormente se transforma en procedimiento por delito leve. En tal caso, será el fiscal quien podrá interesar su mantenimiento en el decreto de iniciación del procedimiento por delito leve —decreto que, en estos casos, es más bien un decreto instando del juez la transformación del procedimiento. Esta solicitud solo es posible —también se acaba de ver— si las medidas hubieran estado en vigor por menos de tres meses y habrá de ser resuelta en diez días, pues de lo contrario se producirá su alzamiento automático. En estos casos de transformación procedimental, y aunque no se diga expresamente, se deduce del listado cerrado de medidas admisibles que habrá de producirse igualmente el alzamiento automático de cualesquiera otras

medidas cautelares que ni siquiera sean posibles en el marco del juicio por delito leve.

El juez competente para pronunciarse sobre las medidas cautelares es el juez competente para el enjuiciamiento del delito leve: será una sola, por tanto, la autoridad judicial que intervenga en este procedimiento, a todos los efectos. El juez competente, de ordinario, recibe la solicitud de adopción o de mantenimiento de las medidas cuando se le traslada el decreto del fiscal de iniciación del procedimiento por delito leve⁵⁰. La tramitación admite entonces dos modalidades (art. 842.2 ALECrím):

1ª. Se celebrará una audiencia con las partes, si es posible antes de la celebración del juicio.

2ª. Si el juez aprecia que la decisión es urgente, se pronunciará sobre la medida solicitada en el propio auto en el que admite a trámite el desarrollo del procedimiento por delito leve y convocará a las partes al juicio oral. La apreciación de la urgencia, a mi juicio, ha de leerse como el reverso de la posibilidad de celebración de una vista antes del acto del juicio —pues de lo contrario habría una laguna regulatoria carente de sentido. Y, esto a su vez, permite anticipar que, si se cumplen los plazos legales para la convocatoria y celebración del juicio, las medidas cautelares se acordarán en muchos casos sin haber dado audiencia al sujeto pasivo.

Frente a las decisiones del juez cabrá recurso de reforma de conformidad con las reglas generales sobre recursos en materia cautelar del propio texto legal.

6. EL ENJUICIAMIENTO INMEDIATO DE DELITOS LEVES

Dentro del Título I del Libro VIII, dedicado a los procedimientos urgentes, se ha previsto que uno de sus cauces, el procedimiento para el enjuiciamiento inmediato, se utilice para el enjuiciamiento de delitos leves. Las sub-especialidades que han de seguirse en estos casos se establecen en el artículo 796 ALECrím.

Antes que nada, debe señalarse que el fiscal siempre puede optar, desde un inicio, por la vía del enjuiciamiento inmediato, en vez de por usar el cauce

⁵⁰ Según se ha apuntado antes, se contempla también la posibilidad de que la víctima o la persona denunciante soliciten la adopción de medidas cautelares en un momento posterior. Aunque no hay previsión explícita acerca del desarrollo procedimental en tal caso, resulta lógico adaptar a esta situación lo previsto en el artículo 842.2 ALECrím: el juez deberá resolver previa celebración de una audiencia contradictoria, a no ser que no resulte posible antes de la fecha prevista para el juicio, en cuyo caso habrá de resolver directamente.

del procedimiento «ordinario» por delito leve⁵¹. También se puede llegar al cauce del enjuiciamiento inmediato tras una investigación ordinaria o una investigación urgente de la que se deduzca que el hecho punible es un delito leve.

El enjuiciamiento inmediato de delitos leves se puede estructurar de una forma muy simple. Una vez haya incoado diligencias urgentes, el fiscal puede renunciar a llevar a cabo actuación alguna —ni siquiera la primera comparecencia— y solicitar directamente del juez de guardia la incoación del procedimiento para el enjuiciamiento inmediato y le remitirá igualmente el decreto de iniciación del procedimiento por delito leve: se trata, pues, de una actuación en la que se mezcla el procedimiento para el enjuiciamiento inmediato con el procedimiento por delito leve. El juez de guardia, a su vez, verificará que se trata de un delito leve y, en tal caso, incoará el procedimiento de enjuiciamiento inmediato, convocando sin más trámite al juicio oral ante el tribunal de enjuiciamiento que esté en funciones de guardia. El juicio habrá de señalarse para que se celebre dentro de las 72 horas siguientes y se practicarán las notificaciones oportunas. Al recibir la citación las partes podrán pedir la citación de los testigos y peritos cuyo interrogatorio les interese. El juicio oral se desarrollará conforme a las reglas propias del procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves.

VI. BIBLOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M. (2021), “La prisión provisional en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 3, 2021, pp. 399-437.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2021), “Medidas cautelares reales en el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3, 2021, pp. 491-523.
- ARMENGOT VILAPLANA, A. (2021), “El estatuto de la persona encausada en el Anteproyecto de LECrim”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Nº 3, 2021, pp. 291-329.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (2016), *El proceso por aceptación de decreto*, Tirant, Valencia.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (2021), “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Parte general de las medidas cautelares. La detención”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Nº 3, 2021, pp. 226-255.

⁵¹ Lo aclara el apartado LXXXIV de la Exposición de Motivos del ALECRim.

- CALDERÓN CUADRADO, M.P. y BELLIDO PENADÉS, R. (1998), *Juicio de faltas, postulación procesal y asistencia jurídica gratuita*, RGD, Valencia.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P. (2008), “Quince años de decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. España y el sometimiento de la sentencia penal condenatoria a un tribunal superior”, en ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORÁN, Á., *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 268-323.
- CARRILLO DEL TESO, A. (2018), *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant, Valencia.
- CARRILLO DEL TESO, A. (2019), “Garantías vs. eficacia en el procedimiento de decomiso autónomo: Una pugna sin vencedores”, en JIMÉNEZ CONDE, F. y BELLIDO PENADÉS, R. (dirs.), *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?*, Tirant, Valencia, 2019, pp. 589-599.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (2004), *Los nuevos procesos penales (III). El juicio de faltas*, Tirant, Valencia.
- CHOZAS ALONSO, J.M. (2016), “¿Hasta cuándo el “peregrinaje” de las causas judiciales de los aforados?”, en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad: Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Ramón Areces, Madrid, Tomo 1, 2016, pp. 779-806.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (1990), *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, Colex, Madrid.
- DOIG DÍAZ, Y. (2017), “El proceso por aceptación de decreto” en FUENTES SORIANO, O. (coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant, Valencia, 2017, pp. 525-551.
- FARTO PIAY, T. (2021), *El proceso de decomiso autónomo*, Tirant, Valencia.
- GARCÍA MOLINA, P. (2017), “La defensa letrada en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves”, en FUENTES SORIANO, O. (coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant, Valencia, 2017, pp. 575-583.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M. (2003), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Civitas, Madrid.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, Enero (2016), pp. 1-71.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. y ESPARZA LEIBAR, I. (2009), *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Tirant, Valencia.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2016), “Privilegios procesales inconstitucionales e innecesarios en la España democrática del siglo XXI: el sorprendente mantenimiento de

- la institución del aforamiento”, *Teoría y realidad constitucional*, Nº 38, 2016, pp. 239-275.
- IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. (1993), *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, Dykinson, Madrid.
- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 7 de julio de 2021, accesible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/9fe276aec62-9f19-d0c3-084201d1392a>.
- JUAN SÁNCHEZ, R. (2021), “El estatuto de la víctima y las partes civiles en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Nº 3, 2021, pp. 338-368.
- LÓPEZ SIMÓ, F. y CAMPANER MUÑOZ, J. (2017), *El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal*, Reus, Madrid.
- MARTÍN PASTOR, J. (2017), “La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español”, en FUENTES SORIANO, O.(coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant, Valencia, 2017, pp. 65-79.
- MARTÍN PASTOR, J. (2021), “Las partes acusadoras en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Nº 3, 2021, pp. 330-367.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. (1976), *El proceso por delito privado*, Bosch, Barcelona.
- MUERZA ESPARZA, J. (1990), “Notas a la acusación privada”, *Revista de Derecho Procesal*, 1990-2, pp. 261-274.
- MUERZA ESPARZA, J. (1998), “Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el nuevo Código Penal”, *Tribunales de Justicia*, 1998-1, pp. 21-29.
- MUERZA ESPARZA, J. (2016), “Cuestiones procesales sobre los delitos leves”, en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (dirs.), *Derecho, Justicia, Universidad: Liber amicorum de Andrés de la Oliva*, Ramón Areces, Madrid, 2016, Vol. 2, pp. 2229-2250.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2017), *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, Cizur Menor.
- SANTOS MARTÍNEZ, A., “La instrucción de los delitos leves”, en FUENTES SORIANO, O., *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant, Valencia, 2017, pp. 563-573.
- TOMÉ GARCÍA, J.A. (2008), “El secuestro judicial de los soportes de la información en el proceso penal por delitos contra el honor, la intimidad o la propia imagen”, *Revista de Derecho Procesal*, 2008, pp. 503-544.
- TOMÉ GARCÍA, J. A. (2016), “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad introducidas tras las reformas de la Ley de enjuiciamiento criminal de 2015”, en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (dirs.), *Derecho, Justicia, Univer-*

sidad: Liber amicorum de Andrés de la Oliva, Ramón Areces, Madrid, 2016, Vol. 2, pp. 3105-3122.

TOMÉ GARCÍA, J.A. (2018), “Ineficacia del proceso por aceptación de decreto: propuesta de reforma”, en CACHÓN CADENAS, M. y FRANCO ARIAS, J. (dirs.) *Derecho y proceso: Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Vol. 3, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 2455-2478.

LOS PROCEDIMIENTOS URGENTES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

The urgent proceedings in the Criminal Procedure Draft Bill of 2020

Mercedes SERRANO MASIP

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Lleida

merche.serrano@udl.cat

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS URGENTES EN EL ALECRIM. 1. Disposiciones generales o comunes: 1.1. Ámbito de aplicación. 1.2. Actuaciones de la Policía Judicial. 1.3. Diligencias de investigación urgente a cargo del Ministerio Fiscal. 2. Procedimiento de enjuiciamiento rápido. 3. Procedimiento de enjuiciamiento inmediato. III. IDEAS QUE INSPIRAN LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS URGENTES EN EL ALECRIM. IV. DIFERENCIAS MÁS RELEVANTES RESPECTO DE LA NORMATIVA VIGENTE QUE DISCIPLINA EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS. V. ALGUNAS CUESTIONES PARA FINALIZAR

Resumen: Con la regulación de los procedimientos urgentes, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 pretende conseguir una justicia acelerada respecto de infracciones penales menos graves cuya investigación se prevea rápida. Se opta por concentrar la fase de investigación y la intermedia durante el servicio de guardia. Además, en los supuestos de comisión de ciertos delitos, caracterizados por la objetividad de sus elementos típicos, se intensifica la agilidad mediante la celebración inmediata del juicio oral. Los objetivos principales de este trabajo consisten en exponer los aspectos claves de los procedimientos urgentes, observar las diferencias más relevantes con el vigente procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y valorar algunas de dichas diferencias.

Abstract: With the regulation of urgent procedures, the Draft Bill on Criminal Procedure of 2020 aims to achieve accelerated justice with respect to less serious criminal offenses whose investigation is expected quickly. It is decided to concentrate the investigation and the intermediate phases within the guard duty. In addition, in the cases of commission of certain crimes characterized by the objectivity of their elements as statutorily defined, agility is intensified by the immediate holding of the trial. The main objectives of this paper consist of exposing the crucial aspects of the new proposed urgent procedures, observing the most relevant differences with the current speedy trial established under the applicable Criminal Procedural Law and assessing some of them.

Palabras clave: Policía Judicial; investigación por el Ministerio Fiscal; Juez de guardia; enjuiciamiento rápido; enjuiciamiento inmediato.

Keywords: Judicial Police Unit; investigative activities by Public Prosecutor; Duty Court; speedy trial; immediate trial.

ABREVIATURAS

Art.: Artículo

CE: Constitución Española

Cfr.: Confrontar

L: Ley

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

MF: Ministerio Fiscal

nº: número

op. cit.: obra citada

pp.: páginas

RD: Real Decreto

RD-L: Real Decreto-ley

ss.: siguientes

Vid.: Véase

I. INTRODUCCIÓN

Con el fin de abordar, de la manera más ágil posible, el análisis de los denominados procedimientos urgentes en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (en adelante, el ALECrim), se ha optado por configurar este estudio según el orden siguiente: en primer lugar, se expondrá su regulación; en segundo término, se ha estimado conveniente detenerse en las ideas rectoras que inspiran su régimen jurídico; en tercer lugar, se indicarán las diferencias más relevantes que presenta aquel régimen respecto de la normativa que disciplina el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en la vigente LECrim y, finalmente, se efectuará una valoración de los extremos que se estiman más significativos de la normativa proyectada.

El objetivo que nos hemos marcado, consistente en lograr una agilidad expositiva, responde al hecho de que, como ya se ha avanzado, a través de

los procedimientos urgentes, el ALECRim pretende mantener en el sistema que instaura un tipo de proceso especial cuya nota esencial es la celeridad con la que una causa penal ha de llegar a la celebración de la fase de juicio oral y cuyas directrices coinciden en lo fundamental con las que informan la regulación del actual procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos¹.

En definitiva, mediante el procedimiento urgente el ALECRim aspira a continuar velando por una justicia penal acelerada o inmediata, respecto de infracciones penales menos graves que sean susceptibles de una investigación rápida. Sus caracteres básicos son, de un lado, la concentración en el servicio de guardia de la fase de investigación, así como de la preparatoria del juicio oral, y, de otro, la previsión de un lapso de tiempo muy reducido entre la apertura formal de la fase de juicio oral y la efectiva celebración de la vista, estando ambos rasgos condicionados por la debida observancia de los derechos y garantías procesales reconocidos por el propio ALECRim a las partes del proceso penal.

II. LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS URGENTES EN EL ALECRIM

Los denominados procedimientos urgentes se hallan regulados en el Título I del Libro VIII (“Procedimientos especiales”) del ALECRim, en concreto en los arts. 771 a 796. Dicho Título se halla estructurado en tres capítulos: en el primero se incluyen las disposiciones generales y en el segundo y tercer capítulos se prevén las dos modalidades de procedimiento urgente: el procedimiento de enjuiciamiento rápido y el de enjuiciamiento inmediato.

El examen de sus contenidos se acomodará a dicho orden, pero antes de iniciarlo resulta interesante reparar en que el ALECRim otorga a los procedimientos urgentes la categoría de proceso penal especial, pues, así figura en

¹ Sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos se ocupan todos los manuales de Derecho Procesal Penal, así como trabajos monográficos, que se han convertido en obras de referencia. Entre estos últimos, cabe citar, los de VEGAS TORRES, J., *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Madrid, 2003; GIMENO SENDRA, V. y LÓPEZ COIG, J. C., *Los nuevos juicios rápidos y de faltas. (Con doctrina, jurisprudencia y formularios)*, 2ª ed., Madrid, 2004, pp. 5-270; MUERZA ESPARZA, J., *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, Cizur Menor, 2003, pp. 165-190; AGUILERA MORALES, M., “El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, con F. Gascón Inchausti, Madrid, 2003, pp. 213 a 414 y FLORES PRADA, I. y GONZÁLEZ CANO, I., *Los nuevos procesos penales (II). El juicio rápido*, Valencia, 2004.

el título del Libro VIII. Sin embargo, no va más allá de tal anotación, lo que conlleva que se adviertan, al menos, dos vacíos que casi podrían tacharse de incomprensibles. El primero es que no queda claramente delimitado cuál es el proceso penal ordinario, aun cuando leyendo el índice del ALECRim es razonable entender, pues nada aclara la Exposición de Motivos, que se halla configurado por los trámites previstos en los Libros IV a VI (Procedimiento de investigación, Fase intermedia y Juicio oral, respectivamente) y el segundo vacío es el relativo a la justificación del motivo por el cual los procedimientos urgentes, y los restantes agrupados en el Libro VIII, son procedimientos especiales.

Ante el silencio de los redactores del ALECRim, deberemos asumir que la naturaleza especial de los procedimientos urgentes deriva, por una parte, del hecho de que su ámbito de aplicación no viene dado exclusivamente por un criterio cuantitativo, como es la gravedad de la pena prevista en abstracto por la norma penal, sino además por otros criterios o circunstancias que han de concurrir, tanto de índole material, como son el género de delito y la identificación de la persona a la que se atribuyen los hechos, cuanto procesal, como son el modo de incoación de la investigación y su sustanciación con arreglo a unos trámites establecidos de forma completa y diferente de los establecidos para el proceso penal ordinario².

1. DISPOSICIONES GENERALES O COMUNES

Las disposiciones generales se estructuran en tres secciones y abarcan el ámbito de aplicación de los procedimientos urgentes, las actuaciones de la Policía Judicial y la investigación urgente que es dirigida por el MF.

1.1. *Ámbito de aplicación*

El ámbito de aplicación de los procedimientos urgentes viene determinado, en primer lugar, por la gravedad de la pena de los delitos que son investigados y enjuiciados, disponiendo el art. 771.1 que son los castigados “con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cuales

² Estos son los criterios empleados por la doctrina para calificar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos de proceso especial, cfr. entre otros, GIMENO SENDRA, V. y LÓPEZ COIG, J. C., *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*, op. cit., pp. 11 y 12; AGUILERA MORALES, M., “El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, op. cit., pp. 232 a 235 y FLORES PRADA, I., *Los nuevos procesos penales (II). El juicio rápido*, op. cit., pp. 51-57.

quiera otras penas bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía”³.

Y de otro lado, por unos requisitos o criterios, la mayoría de los cuales, deben concurrir: han de tratarse de delitos flagrantes o susceptibles de investigación concentrada en el servicio de guardia (género de delito); las actuaciones se han de iniciar por atestado policial (modo de incoación del procedimiento) y la Policía Judicial ha de haber detenido a una persona o aun sin detenerla la ha de haber citado para comparecer ante el MF por constar denunciada en el atestado⁴. En el supuesto de que la iniciativa de la detención proceda de la policía, deberá ser puesta inmediatamente en conocimiento del MF que ha de asumir su control incluso antes de que se le entregue el atestado policial⁵.

Ahora bien, este ámbito de aplicación general se amplía a través de dos vías:

³ El art. 771.1 ALECrIm conserva la redacción del actual art. 795.1 LECrim. Por lo que respecta a la gravedad de la pena, cabe traer a colación que la jurisprudencia ha sostenido que el punto de referencia, en orden a determinar el procedimiento adecuado y la competencia objetiva, es la abstractamente señalada al delito objeto del procedimiento (tanto del tipo básico como de los subtipos agravados y atenuados), sin tener en cuenta la que pudiera ser solicitada en atención al grado de perfeccionamiento, la participación del investigado o las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Es la solución que otorga un mayor grado de seguridad y es más respetuosa con el principio del Juez predeterminado por la ley (Vid. STS, Sala Penal, núm. 157/1998, de 5 de febrero, ECLI:ES:TS:1998:721 y las sentencias en ella citadas). En cuanto a las no privativas de libertad, el ALECrIm mantiene la fórmula “cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía”. Teniendo en cuenta que esta fórmula fue tachada de una mala copia de lo dispuesto en el art. 14.3 LECrim y que generó incertidumbres acerca de cuál debía ser su sentido, debería ser corregida por el ALECrIm. No obstante, debe reconocerse que el asunto no tiene excesivo relieve puesto que todas las interpretaciones que de aquella fórmula se han hecho coinciden en señalar que se refiere a la pena de multa basándose en que esta pena se mide por el sistema de días-multa; cfr. al respecto, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “Del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, en *Las reformas del procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*, (coord. A. J. Pérez-Cruz Martín), Granada, 2003, pp. 248 a 251; VEGAS TORRES, J., *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, op. cit., pp. 18 a 20 y AGUILERA MORALES, M., “El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, op. cit., pp. 243 a 246.

⁴ Con arreglo a los arts. 541 y 542 ALECrIm, cuando la Policía Judicial haya identificado al presunto responsable de la infracción penal, debe comunicar al MF, por medio de atestado, el resultado de su actividad investigadora.

⁵ En el sistema del ALECrIm, se distingue entre detención preventiva y detención para la ejecución de actos y resoluciones. La detención preventiva puede tener lugar a iniciativa de la Policía Judicial o por orden del MF, pero no por orden judicial. Cfr. ASENSIO MELLADO, J.M., “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Parte general de las medidas cautelares. La detención”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3, 2021, pp. 237 y 238.

- La primera, consiste en otorgar al MF la facultad de incoar la investigación urgente sin que sea preciso que la *notitia criminis* le llegue a través de un atestado policial en el que conste que se ha citado a la persona denunciada para que comparezca en el servicio de guardia de la fiscalía. Ello significa que la incoación del procedimiento por atestado policial es un requisito alternativo puesto que el MF podrá incoar la investigación urgente de oficio cuando se le presente una denuncia (art. 525) o, incluso, en los casos en los que la Policía Judicial le entregue un atestado sin haber citado para comparecencia al denunciado no detenido por entender que no procede la tramitación del procedimiento urgente. De modo que el MF, en los supuestos señalados puede ordenar la detención o la citación urgente de la persona denunciada siempre que se trate de un delito comprendido en el ámbito de aplicación de los procedimientos urgentes y sea susceptible de investigación concentrada en el servicio de guardia (art. 771.3)⁶.
- La segunda vía estriba en permitir que se investiguen y enjuicien a través de los cauces del procedimiento urgente delitos conexos con los que, por razón de la entidad de la pena, son los propios del procedimiento urgente⁷. Debe advertirse que a estos delitos conexos no se les impone ningún límite penológico, aunque sí han de darse todas las circunstancias o requisitos que establece la ley para que pueda incoarse el procedimiento (género de delito y modo de incoación). Esta es la conclusión que se extrae del tenor del art. 771.4 ya que, al limitar las circunstancias que han de reunir los delitos conexos a las previstas en los apartados 2 y 3, excluye la relativa a la gravedad de la pena del delito conexo.

Finalmente, con vistas a concretar el ámbito de aplicación, se establece que no cabe tramitar procedimiento urgente si se acuerda el secreto de las actuaciones⁸.

Completando las anteriores normas, el art. 772 define en su primer apartado la flagrancia en la comisión de un delito sin incorporar ninguna novedad en cuanto a los elementos que la jurisprudencia exige para poder calificar un delito como flagrante, esto es, la inmediatez de la acción delictiva, la

⁶ El hecho de que pueda iniciarse la investigación urgente por el MF sin que exista un previo atestado policial puede responder a que se asuma que el MF es capaz de "aportar una investigación tan completa, o más incluso, que la realizada autónomamente por la Policía Judicial", vid. FLORES PRADA, I., *Los nuevos procesos penales (II). El juicio rápido*, op. cit., pp. 62-66.

⁷ Las hipótesis legales de conexión están establecidas en el art. 39 ALECRim.

⁸ El secreto de las actuaciones está regulado en los arts. 578 y ss. ALECRim.

inmediatez de la actividad personal y la necesidad de urgente intervención policial por el riesgo de desaparición de los efectos del delito⁹. En su segundo apartado, aclara la noción de investigación concentrada, indicando que se da cuando todas las diligencias necesarias para esclarecer el hecho y sus circunstancias, así como para averiguar las personas que lo han perpetrado, pueden practicarse antes que finalice el servicio de guardia.

Junto a las normas que delimitan el ámbito de los procedimientos urgentes, son incluidos en la misma sección tres preceptos que versan sobre otras materias. El primero de ellos contiene una breve referencia a las formas de terminación del procedimiento urgente distintas de la que estriba en la emisión de una sentencia tras la celebración del juicio oral; de modo que señala que el procedimiento puede finalizar por conformidad, por razones de oportunidad o mediante el sistema de justicia restaurativa (art. 773.1).

El segundo declara que, en lo no expresamente previsto para los procedimientos urgentes, resulta de aplicación supletoria de las normas reguladoras del procedimiento ordinario (art. 773.2).

Y el último de los preceptos, que se separa de lo que en rigor consistiría en acotar el ámbito de aplicación de los procedimientos urgentes, regula determinados extremos relativos al órgano judicial, personal juzgador y no juzgador que intervienen en los procedimientos urgentes (art. 774). Con arreglo al mismo, el órgano judicial que tramitará los procedimientos urgentes es el Tribunal de Instancia que se estructura en dos secciones: la de investigación y la de enjuiciamiento y en cada una de ellas ha de organizarse un servicio de guardia. Por lo que respecta al servicio de guardia de la sección de investigación, deberá contar con un fiscal de guardia y un juez de guardia que actuará como Juez de Garantías, Juez de la Audiencia Preliminar y Juez de la Conformidad. A su vez, deberá organizarse un servicio de guardia en la sección de enjuiciamiento por si debe celebrarse el juicio oral durante la guardia en la modalidad de procedimiento urgente de enjuiciamiento inmediato¹⁰.

1.2. Actuaciones de la Policía Judicial

En el art. 775, el ALECrIm establece un elenco de diligencias urgentes que se estima son las que han de permitir la elaboración del atestado poli-

⁹ Vid. STS, Sala de lo Penal, núm. 423/2016, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2145) y las sentencias que en ella se citan.

¹⁰ El enjuiciamiento inmediato ha de tener lugar dentro de las setenta y dos horas siguientes a la presentación de los escritos de acusación y defensa (art. 794.5).

cial, la incoación del procedimiento urgente y hacer posible la investigación concentrada. Se llevarán a cabo en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, cuyo plazo máximo es de setenta y dos horas (art. 191.1).

Las actuaciones expresamente atribuidas a la Policía Judicial consisten en:

- Requerir la presencia de facultativos o personal sanitario para atender a la persona ofendida a los que solicitarán copia del informe relativo a la asistencia prestada para su unión al atestado policial.
- Solicitar la presencia del médico forense, cuando la persona que deba ser reconocida no pueda desplazarse al servicio de guardia
- Informar a la persona a la que se atribuya el hecho, aun en el caso de no haber sido detenida, del derecho de comparecer ante el fiscal de guardia asistida de abogado. Se le advertirá acerca de que, si no procede a la designación de letrado, se procederá a recabar del Colegio de Abogados la designación de uno de oficio.
- Citar para comparecer ante el fiscal de guardia a la persona denunciada en el atestado policial no detenida, así como a los testigos apercibiéndoles de las consecuencias de su incomparecencia; también deberá citar la Policía Judicial a las entidades aseguradoras a las que se refiere el art. 117 CP en el caso de que estén identificadas.
- Gestionar la tasación inmediata de los objetos que no puedan remitirse al servicio de guardia.
- Remitir a los organismos competentes las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Si estos organismos (Instituto de Toxicología, Instituto de Medicina Legal o Laboratorio correspondiente) no pudieran enviar el resultado al servicio de guardia antes del día y hora en que debieran comparecer ante el mismo las personas citadas, la Policía Judicial podrá practicar por sí el correspondiente análisis, con cumplimiento de lo dispuesto en la ley, que “deberá ser ratificado en el acto del juicio”. En cuanto a este deber de ratificación, debe advertirse que no se adecúa al régimen general del ALECrIm previsto respecto de la prueba científica, según el cual los dictámenes periciales de laboratorios oficiales emitidos durante la investigación no habrán de ser ratificados en juicio, a no ser que se haya impugnado de forma concreta su contenido y se haya propuesto la declaración de sus autores indicando las razones que la hagan imprescindible (arts. 484 y 678).

- Practicar los controles de alcoholemia y sustancias tóxicas de conformidad con lo dispuesto en el propio ALECrím y en la legislación de seguridad vial¹¹.

No habiendo detenido, la Policía Judicial debe efectuar las citaciones de manera coordinada con el servicio de guardia (art. 776.1). Y en lo atinente a la forma de las citaciones, solamente se alude a que si lo requiere la urgencia podrán hacerse por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido mediante diligencia (art. 776.2).

Expuestos los dos preceptos que prevén las específicas intervenciones que ha de realizar la Policía Judicial una vez decide que a la conducta cometida le es aplicable el procedimiento urgente, cabe indicar que se trata de unas actuaciones que no forman parte del procedimiento de investigación del MF, de modo que la Policía Judicial las ejecuta por propia autoridad. No son las únicas que habrá practicado puesto que, a los efectos de averiguar los hechos, identificar al delincuente y poder decidir sobre la procedencia del procedimiento urgente, la Policía Judicial ya habrá llevado a cabo algunas de las funciones que se le encomiendan en sede de procedimiento ordinario¹². Pese a ser diligencias heterogéneas, en lo atinente a su contenido y sus destinatarios, aquellas intervenciones comparten la finalidad de hacer posible que tanto el MF como el juez de guardia logren materializar sus atribuciones, esto es, concluir la investigación y acordar la apertura del juicio oral, respectivamente, antes de que finalice el servicio de guardia.

Aunque es en el último epígrafe de este trabajo donde van a ser evaluados los extremos que se estiman clave de la regulación que se propone de los procedimientos urgentes, no resulta inapropiado en este momento efectuar algunas consideraciones sobre los dos preceptos del ALECrím analizados. En síntesis, todas ellas derivan del hecho de ser los arts. 775 y 776 ALECrím una copia casi exacta del art. 796 LECrím cuyas normas no han variado, sustancialmente, desde que por la L 38/2002, de 24 de octubre se incorpora a la LECrím el juicio rápido¹³. Como es sabido, el contenido del art. 796 LECrím ha sido objeto de precisiones que podrían haber sido tomadas en cuenta y tener su reflejo en el ALECrím; pero el prelegislador no lo ha

¹¹ Arts. 340 a 344 ALECrím y arts. 20 a 28 Reglamento General de Circulación aprobado por RD 1428/2003, de 21 de noviembre.

¹² En particular, la Policía Judicial habrá realizado alguna de las actuaciones contempladas en los arts. 538 y 539 ALECrím.

¹³ El art. 796 LECrím ha sido reformado, en dos extremos puntuales, por la LO 15/2003, de 25 de noviembre y la LO 5/2010, de 22 de junio.

entendido así. Me refiero a algunas lagunas e imprecisiones que han generado un notable grado de inseguridad jurídica y que era sencillo superarlas completando la correspondiente proposición legal, por ejemplo: el conjunto de derechos, además de la asistencia letrada, respecto de los que la Policía Judicial debe informar al encausado no detenido; las consecuencias de la incomparecencia injustificada de la persona denunciada no detenida y de los testigos; el carácter obligatorio o facultativo de la citación como testigos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad que hubieran intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo; la necesaria mención del deber de la Policía Judicial de informar sobre sus derechos a las personas ofendidas y perjudicadas por la conducta delictiva; la citación para que comparezcan en el servicio de guardia no solo a las entidades aseguradoras a las que alude el art. 117 CP sino, en general, a los terceros responsables civiles; y la determinación del régimen jurídico al que han de ajustarse las citaciones efectuadas por la Policía Judicial concretando los medios de comunicación a utilizar con carácter general y en situaciones urgentes¹⁴.

Las últimas disposiciones generales versan sobre la investigación urgente que ha de realizar el MF.

1.3. Diligencias de investigación urgente a cargo del Ministerio Fiscal

Pese a otorgarse a los procedimientos urgentes la categoría de proceso especial su estructura se adecúa a la del procedimiento ordinario. Ello significa que también en ellos cabe distinguir tres fases: investigación, juicio de acusación y juicio oral. Ahora bien, mientras los actos procesales insertos en estas dos últimas fases difieren en función de si se tramita el procedimiento de enjuiciamiento rápido o el de enjuiciamiento inmediato, la fase de investigación es común para ambos tipos de procedimiento urgente.

Dicha fase común se inicia con el decreto de investigación urgente que dicta el fiscal¹⁵ una vez haya recibido el atestado policial o, cuando teniendo

¹⁴ Aborda en profundidad las lagunas e imprecisiones del art. 796 LECrim VEGAS TORRES, J., *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, op. cit., pp. 78 y ss.

¹⁵ El decreto del fiscal debe fijar, con la precisión de los datos que tenga hasta ese momento, la identidad de la persona investigada y la de las personas ofendidas y perjudicadas, los hechos objeto de investigación y la calificación jurídica de los mismos (art. 550). Este decreto es inimpugnable (cfr. arts. 552 y 585.1).

noticia de la comisión de un hecho delictivo por otro medio, estima que corresponde tramitar la investigación urgente (art. 553)¹⁶.

Una vez dictado el decreto, el fiscal practicará de oficio las diligencias de investigación relacionadas en el art. 777 siempre que decida que son pertinentes. Estas diligencias son las siguientes:

- Recabar por el medio más rápido los antecedentes penales de la persona detenida o investigada.
- Reclamar, de no haberlos recibido, los informes periciales solicitados por la Policía Judicial.
- Ordenar al médico forense que examine a las personas que hayan comparecido y emita el correspondiente informe pericial.
- Mandar que se proceda a la tasación pericial de bienes u objetos aprehendidos o intervenidos.
- Tomar declaración a los testigos citados por la Policía Judicial.
- Informar a las víctimas de los derechos que les asisten, cuando no lo haya hecho ya la Policía Judicial.
- Practicar el reconocimiento en rueda de la persona investigada.
- Ordenar la citación, incluso verbal, de las personas a las que considere necesario oír, y
- Ordenar la práctica de cualquier diligencia que pueda llevarse a cabo dentro del plazo del servicio de guardia¹⁷.

En todo caso, el fiscal procederá a practicar, lo antes posible y en la forma prevenida legalmente, la primera comparecencia con la persona investigada, asistida de letrado, para comunicarle que la investigación se dirige contra ella¹⁸. En ella, el fiscal le ilustrará acerca de sus derechos¹⁹, le informará

¹⁶ Al ser el MF el director de la investigación, los redactores del ALECRim han entendido que ha de ser el único destinatario directo de la *notitia criminis*. El Juez pasa a desempeñar, exclusivamente, funciones de garantía, quedando excluido de la persecución del delito, lo que comporta que no haya de recibir directamente ni los atestados policiales ni las denuncias (vid. Exposición de Motivos ALECRim LI y art. 525).

¹⁷ Una de tales diligencias puede ser la citación de la persona denunciada ya que el MF puede incoar el procedimiento de investigación urgente sin necesidad de previo atestado policial o sin que en el atestado policial conste que ha sido citada aquella persona (art. 771.3).

¹⁸ El letrado designado por la defensa ostenta también la habilitación legal para la representación de su defendido en todas las actuaciones que se realicen ante el fiscal o el juez de guardia (art. 779.1)

¹⁹ En el art. 318 se enuncian los derechos de la persona investigada especialmente relacionados con su primera declaración ante el fiscal y que, junto a la asistencia letrada, son los siguientes: a entrevistarse reservadamente con su abogado antes y después de declarar; a guardar silencio; a no declarar contra sí misma y no declararse culpable; a ser asistida por un intérprete de forma

de manera clara y precisa de los hechos que se le atribuyen y de cómo los califica jurídicamente aun de manera provisional; asimismo, le preguntará si desea prestar declaración en ese momento²⁰. No en sede de procedimientos urgentes, sino en el Libro II, dedicado a las diligencias de investigación, se prevé la posibilidad de que la persona investigada reconozca, ante el fiscal, su participación en los hechos investigados. En este supuesto, la persona investigada, con asistencia letrada, deberá comparecer ante el Juez de Garantías para que reitere el reconocimiento de hechos en la forma dispuesta para el aseguramiento de fuentes de prueba, pudiendo dar lugar su confesión al dictado de una sentencia de conformidad (art. 322).

Todas las diligencias han de tener lugar dentro del plazo del servicio de guardia (art. 780).

En el curso de la investigación urgente, el fiscal puede solicitar al juez de guardia: la realización de aquellos actos de investigación que, estando sujetos a autorización judicial, puedan practicarse de inmediato y sean compatibles con la publicidad del procedimiento²¹; el aseguramiento de una fuente de prueba; así como, la adopción de medidas cautelares frente a la persona investigada y al responsable civil.

Por el contrario, durante la investigación urgente, la defensa y las acusaciones personadas solo podrán dirigirse al juez de guardia para solicitar el aseguramiento de fuentes de prueba. No obstante, la víctima podrá solicitar la adopción de medidas de protección imprescindibles para su seguridad (art. 778.2).

Una de las manifestaciones del derecho de defensa en esta fase es la concesión a la persona investigada de la facultad de aportar elementos de descargo o de solicitar al fiscal que practique aquellas diligencias de investi-

gratuita cuando no comprenda o hable la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación procesal o cuando se trate de personas sordas, con dificultad auditiva o con dificultades en el lenguaje; a que su declaración conste de manera fidedigna pudiendo dictarla por sí misma si lo prefiere y a declarar cuantas veces quiera, atendiendo al desarrollo de las diligencias y a la necesidad de efectuar precisiones, añadidos o rectificaciones.

²⁰ En los arts. 317 a 322 y 557 se prevén los extremos fundamentales que conforman la primera comparecencia con la persona investigada. Dichos extremos son examinados con detalle por MUERZA ESPARZA, J., "La estructura y fases del proceso en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal", *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3, 2021, pp. 196 a 198 y ARMENGOT VILAPLANA, A., "El estatuto de la persona encausada en el Anteproyecto de LEGRIM", *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3, 2021, pp. 303 y 304.

²¹ Por ejemplo, acceso a la información albergada en instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo (art. 425).

gación que puedan llevarse a cabo durante la guardia²². Además, con apoyo en el carácter supletorio del art. 555.1, cabe entender que la persona investigada puede solicitar al Juez de Garantías, durante todo el procedimiento de investigación, el sobreseimiento por carecer los hechos que se le atribuyen de manifiesta relevancia penal.

La investigación urgente ha de concluir practicadas las diligencias imprescindibles y antes de la finalización del servicio de guardia, pues, en caso contrario el procedimiento urgente se transforma en ordinario. El fiscal dictará decreto de conclusión de la investigación urgente, adoptando alguna de las decisiones siguientes:

- Transformar el procedimiento urgente en ordinario, cuando entienda que son necesarias nuevas diligencias que no pueden practicarse durante el servicio de guardia.
- Solicitar al juez de guardia la apertura del procedimiento de enjuiciamiento rápido.
- Solicitar al juez de guardia la apertura del procedimiento de enjuiciamiento inmediato.

Ninguna de las tres decisiones anteriores es impugnabile.

Además, el fiscal puede adoptar una cuarta decisión que es “el archivo del procedimiento por los motivos y con sujeción al régimen previsto para el procedimiento ordinario” (art. 780.3). Cabe que dicha norma se refiera al archivo por razones de oportunidad. La apreciación de los supuestos de archivo es una facultad discrecional del fiscal que puede entender que la imposición de una pena resulta innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su razón de ser, porque, por ejemplo, la incidencia del hecho punible sobre el bien jurídico protegido resulte mínima o insignificante debido al tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o por las circunstancias en que aquella se produjo (art. 175.1.a). No obstante, la eficacia del archivo está sometida al control judicial de los elementos reglados, expresamente previstos, que limitan el ejercicio de aquella facultad discrecional (arts. 90, 175. 2 y 3 y 180).

Pero también cabe que el archivo al que alude el art. 780.3 sea el que puede adoptar el fiscal cuando estima que no concurren elementos suficientes para ejercitar la acción penal. Ello puede suceder si considera que se da

²² La denegación por el fiscal de la práctica de las diligencias propuestas no será susceptible de impugnación alguna. No obstante, la persona acusada puede reiterar su solicitud ante el juez de guardia una vez abierta la fase de juicio de acusación en el procedimiento de enjuiciamiento rápido (art. 783).

alguna de las circunstancias del art. 586; por ejemplo, cuando resulte de la investigación que la persona investigada no ha participado en el hecho que ha dado lugar a la incoación del procedimiento.

Una vez expuestas las disposiciones generales y comunes aplicables a los procedimientos urgentes, es el momento de pasar a analizar cada una de las dos modalidades procedimentales que prevé el ALECRim a las que da el nombre de enjuiciamiento rápido y enjuiciamiento inmediato, respectivamente. En una primera aproximación, cabe afirmar que el diferente calificativo, rápido o inmediato, no responde, solamente, al distinto plazo de tiempo que fija la norma para la celebración de la vista del juicio oral desde que se acuerda su apertura, sino que la distinción clave radica en que en el enjuiciamiento inmediato la celebración de la vista ha de tener lugar durante el servicio de guardia.

2. PROCEDIMIENTO DE ENJUICIAMIENTO RÁPIDO

Junto con el decreto de solicitud de la apertura del procedimiento de enjuiciamiento rápido, el fiscal remitirá al juez de guardia el escrito de acusación en el que se ejercita la acción penal y solicita la apertura del juicio oral. Este escrito únicamente debe contener la calificación provisional de los hechos y la proposición de la práctica de medios de prueba. De ahí que deba entenderse que se exime al fiscal de incorporar al escrito el fundamento de la acusación, esto es, no deberá indicar de forma clara y precisa los indicios racionales de criminalidad que resulten de la investigación y justifiquen la acusación²³.

Si el delito, o delitos, caen en el ámbito de aplicación de los procedimientos urgentes, el juez de guardia incoará procedimiento de enjuiciamiento rápido y convocará al MF, a las acusaciones personadas, a la persona investigada y a su defensa a una comparecencia inmediata²⁴. En caso contrario,

²³ El contenido y las peticiones del escrito de acusación para el procedimiento ordinario se establecen en los arts. 604 a 607. Aunque según el tenor literal del art. 604 la acción penal, o mejor los elementos que la identifican, debe plasmarse en 3 escritos separados (el primero, en el que se identifica a la persona contra la que se dirige la acción penal y se solicita la apertura del juicio oral ante el tribunal competente para el enjuiciamiento; el segundo, en el que son calificados provisionalmente los hechos y se propone la practica de medios de prueba y, el tercero, en el que se fundamenta la acusación), cuando se tramita procedimiento de enjuiciamiento rápido parece que basta con que, tanto el MF como el resto de acusaciones, presenten un único escrito de acusación conteniendo la calificación provisional y la proposición de prueba (art. 781.2).

²⁴ A mi entender, la razón de ser de la comparecencia son la salvaguarda del principio de igualdad, del derecho de defensa, de la contradicción, así como poner de manifiesto que el juez de guardia está llevando a cabo su potestad jurisdiccional en el marco del art. 117.3 CE.

devolverá la causa al fiscal para que continúe su tramitación según las reglas del procedimiento ordinario.

La primera finalidad de la comparecencia es la de permitir al juez de guardia resolver sobre la suficiencia de las diligencias practicadas en la investigación urgente para poder formular acusación (art. 783). De hecho, la primera actuación del juez de guardia en la comparecencia consiste en oír a las partes acerca de la necesidad de practicar diligencias adicionales a las realizadas por el fiscal en la investigación urgente²⁵. La resolución que adopte al respecto es decisiva para la continuación de la comparecencia y, en definitiva, del procedimiento de enjuiciamiento rápido, ya que se le atribuye el poder de revocar el decreto del fiscal y ordenar bien que se practique de inmediato una diligencia adicional necesaria bien que se transformen las actuaciones en procedimiento ordinario de investigación por resultar imprescindibles nuevas diligencias que no pueden llevarse a cabo en el servicio de guardia²⁶.

Acordada la continuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido, se pone de manifiesto que la segunda finalidad de la comparecencia es la de permitir a la acusación particular, si se hubiera personado, ejercitar la acción penal presentando de inmediato escrito de acusación o formulándola oralmente²⁷. En el supuesto de que no acuse se la tendrá por desistida; es decir, no podrá ejercitar con posterioridad la acción penal ni tan siquiera adhiriéndose a la ejercitada por el fiscal. Esta fase de la comparecencia centrada en la formulación de la acusación, finaliza con el trámite mediante el

²⁵ El control judicial sobre la suficiencia de la investigación cuya dirección fuera atribuida, en exclusiva, al MF ha sido analizado y valorado por AGUILERA MORALES, M., *Las diligencias de investigación del fiscal*, Cizur Menor, 2015, pp. 38 a 41 y FUENTES SORIANO, O., “Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, en *La reforma del proceso penal*, (dirs. J.M^a Asencio Mellado y O. Fuentes Soriano), Madrid, 2011, pp. 207 y 208.

²⁶ Pese a no preverlo de forma expresa el art. 783, la revocación del decreto de conclusión de la investigación urgente ha de adoptar la forma de auto emitido oralmente (art. 157). En cuanto a si dicho resolución puede ser recurrida por el fiscal cabe afirmar que no, pues, el art. 783 guarda silencio sobre el particular y la regla general en el ALECrim dispone que “solo podrá interponerse recurso de reforma contra autos en los casos expresamente establecidos en la presente ley” (art. 718).

²⁷ Ni en las disposiciones generales de los procedimientos urgentes ni en las reguladoras del procedimiento de enjuiciamiento rápido se prohíbe que se persone la acusación popular. De modo que, si la misma cumple con las exigencias legales de índole subjetiva, objetiva, de tiempo y forma (arts. 120 a 125), y se adapta a las singularidades que la tramitación de esos procedimientos presenta, debería admitirse su personación. Vid. respecto de la admisión del ejercicio de la acción penal por la acusación popular en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, los argumentos a favor de VEGAS TORRES, J., *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, op. cit., pp. 60 a 63.

que se concede la oportunidad al MF y a las partes personadas de exponer, oralmente, el fundamento de la acusación e interesar la adopción de medidas cautelares o la ratificación de las ya acordadas (art. 784.1 y 2).

La tercera finalidad de la comparecencia consiste en que pueda emitirse la decisión judicial sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. Con el fin de que tal decisión sea suficientemente motivada, el juez de guardia debe dar la palabra a la defensa para que pueda solicitar el sobreseimiento por cualquier motivo (art. 784.3)²⁸. No obstante, no es fácil comprender por qué, tras otorgar a la defensa una facultad alegatoria tan amplia, el juez de guardia solamente puede dictar auto de sobreseimiento por no estar la acusación suficientemente fundada (art. 785.1.b), lo que significa, según aclaración legal, que “atendidos los medios lícitos de prueba que la parte acusadora pretenda utilizar en el acto del juicio oral, la acción sea manifiestamente improsperable” (art. 623.1)²⁹.

Si el juez de guardia estima que la acusación está suficientemente fundada acordará oralmente la apertura del juicio oral ante la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia. No obstante, aun continuará la comparecencia para dar cumplimiento a su cuarta finalidad consistente en que la parte acusada pueda formular su defensa bien de forma oral bien por escrito³⁰. Dicha parte, al igual que las acusaciones, ve limitadas sus alegaciones

²⁸ Con arreglo al art. 622, el sobreseimiento procede “cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que haya servido de fundamento a la acusación formulada, cuando el hecho no sea constitutivo de infracción penal, cuando la infracción penal haya prescrito o cuando haya recaído una resolución con efectos de cosa juzgada”; “también procederá el sobreseimiento cuando la acusación no esté suficientemente fundamentada o cuando se haya causado un perjuicio irreparable para la defensa por haberse retrasado indebidamente la celebración de la primer comparecencia”.

²⁹ Cuando una acción penal puede estimarse “improsperable”, lo explica el propio art. 623 en su segundo apartado, indicando, a título ejemplificativo, tres supuestos: el único fundamento de la acusación es la declaración de una persona coacusada sin elementos de corroboración, la acusación solamente se fundamenta en un testimonio de referencia no corroborado por otros elementos objetivos y la atribución del hecho delictivo a la persona acusada se basa en su identificación visual sin ningún elemento de corroboración. Cabría entender que este motivo de sobreseimiento, que conduce a la declaración de la improsperabilidad de la acción penal con solo leer los medios de prueba que se proponen en los escritos de acusación, constituye un instrumento más que utiliza una tendencia que se percibe en el proceso penal y que busca el incremento a toda costa de la eficiencia. Vid. sobre el particular, ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambio*, Madrid, 2021, pp. 58 y 59 y CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Madrid, 2010, pp. 90-97.

³⁰ La parte acusada puede pedir que se le conceda un plazo para la presentación del escrito de defensa que, en todo caso, el juez de guardia fijará dentro de los cinco días siguientes (art. 786.2).

a la calificación provisional de los hechos y a la proposición de prueba (art. 786.3). Ello supone que no podrá impugnar la acusación³¹.

La última finalidad de la comparecencia es la de proceder, tras un debate contradictorio, a la incorporación de los testimonios al expediente para el juicio oral (art. 787). En primer lugar, debe señalarse que, de oficio y en el auto de apertura, el juez de guardia ordenará que se deduzca testimonio del citado auto y de las calificaciones provisionales de las partes; el testimonio de las calificaciones no podrá incluir los escritos de fundamentación e impugnación de la acusación. Y, en segundo lugar, el juez de guardia ha de dar audiencia a las partes y decidir, siguiendo las directrices legales, cuál ha de ser el restante contenido del expediente al que tendrá acceso el magistrado, o magistrados, de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia que resolverá sobre la admisión de la prueba propuesta, presidirá la vista del juicio oral y dictará sentencia. Con arreglo a lo previsto en el art. 629.2, si cualquiera de las partes lo pide, se incluirá en el expediente el testimonio de las actas de las diligencias de aseguramiento de prueba y de las diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en juicio oral, así como los documentos e informes que hayan sido propuestos como prueba documental³².

En la fecha más próxima posible a la del señalamiento ha de tener lugar la celebración de la vista y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes (art. 788.1). Hecho el señalamiento, se citará a las partes para la celebración del juicio que se desarrollará de conformidad con lo previsto para el procedimiento ordinario. La sentencia deberá ser dictada dentro de los tres días siguientes a la celebración de la vista. Pone fin a la regulación del procedimiento del enjuiciamiento rápido, el precepto relativo a la impugnación de la sentencia indicando que contra la misma cabe interponer recurso de apelación que se sujetará a las disposiciones generales con la especialidad del plazo para interponerlo que es de cinco días, siguientes a la notificación de la sentencia, en lugar de diez días (art. 791).

³¹ De conformidad con el art. 609, la acusación puede ser impugnada por dos motivos: el carácter ilícito de la prueba propuesta por la acusación y la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento.

³² Las disposiciones del art. 629 van a impedir que el juez enjuiciador pueda consultar de forma indiscriminada las actuaciones de la investigación que constan por escrito. En relación con el acceso a los autos de la instrucción por el órgano jurisdiccional sentenciador y el riesgo de menoscabo del derecho al juez no prevenido, vid. BACHMAIER WINTER, L., "Acusatorio *versus* inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal", en *Proceso penal y sistemas acusatorios*, (coord. L. Bachmaier Winter), Madrid, 2008, pp. 40 y 41.

3. PROCEDIMIENTO DE ENJUICIAMIENTO INMEDIATO

La regulación de la segunda modalidad de procedimiento urgente que consiste en prever un enjuiciamiento inmediato, esto es, la celebración de la vista del juicio oral por la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia durante la guardia, es una de las novedades a destacar del sistema previsto por el ALECRim. Por tanto, a los mecanismos que cabe tachar de tradicionales en nuestro sistema de justicia penal de aceleración del proceso, centrados en favorecer que tanto la fase de investigación como la intermedia se desarrollen durante el servicio de guardia³³, se añade el que facilita que también en ese período pueda tener lugar el enjuiciamiento y el dictado de la sentencia.

A la especialidad relativa a la sustanciación, se añade la referente a su ámbito de aplicación que es más reducido que el previsto para el enjuiciamiento rápido. En efecto, el enjuiciamiento inmediato solo puede tener lugar, en principio, respecto de determinados supuestos de delito menos grave flagrante que son los siguientes:

- Ciertos delitos contra la seguridad vial (art. 379 CP: conducir vehículo de motor con exceso de velocidad; conducir bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas; art. 383 CP: negativa someterse a las pruebas legalmente establecidas para comprobación tasas de alcoholemia y presencia de drogas tóxicas y art. 384 CP: conducción sin permiso).
- Ciertos delitos de hurto (art. 234.1 y 3 CP y art. 244.1 CP: hurto tipo básico y robo y hurto del uso de vehículos).
- Delito de daños (art. 263.1 CP: tipo básico).

Según se recoge en la Exposición de Motivos del ALECRim, la selección de los anteriores delitos responde a dos factores: “su baja penalidad” y “la objetividad de sus elementos típicos”.

No obstante, el ALECRim expande el ámbito de aplicación del enjuiciamiento inmediato, en primer lugar, permitiendo que comprenda también el de los delitos leves conexos con los anteriores. Y, en segundo término, autorizando que se ventilen por los trámites del enjuiciamiento inmediato las causas seguidas por delitos distintos de los mencionados siempre que

³³ Vid. ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid, 2012, pp. 142 y ss., donde expone y analiza distintos medios aplicados por diferentes sistemas de justicia penal con vistas a imprimir celeridad a los procedimientos.

sean leves y flagrantes, cuya investigación urgente haya finalizado durante la guardia y el MF decida formular acusación (art. 792.2).

El procedimiento de enjuiciamiento inmediato presenta, como se indicará, algunas particularidades respecto del de enjuiciamiento rápido. No obstante, no se aprecian diferencias en las primeras actuaciones. Así, remitido por el fiscal el decreto de conclusión de la investigación urgente, en el que solicita al juez de guardia la apertura del procedimiento de enjuiciamiento inmediato por delito, y al que deberá acompañar el escrito de acusación con el contenido ya indicado, la primera actuación que lleva a cabo el juez de guardia, una vez ha comprobado que el hecho delictivo cae en el ámbito de aplicación del enjuiciamiento inmediato, es convocar a las partes personadas a una comparecencia con el fin de poder emitir un juicio sobre la suficiencia de la investigación urgente realizada por el MF y decidir si incoa procedimiento de enjuiciamiento inmediato (art. 793).

Incoado el procedimiento, el juez de guardia ha de conceder la palabra a las partes acusadoras personadas para que presenten escrito de acusación o la formulen oralmente (art. 794). A continuación, ha de dar la palabra a la persona acusada para que presente en el acto escrito de defensa o la formule oralmente. Como está previsto para el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, los escritos de acusación y de defensa incorporarán, únicamente, las calificaciones provisionales y la proposición de prueba. Sin tener que efectuar un juicio sobre la fundamentación de la acusación y sin estar tampoco previsto que deba pronunciarse sobre una petición de sobreseimiento, el juez de guardia pone fin a la comparecencia cumpliendo el trámite relativo a la formación del expediente para el juicio oral.

En consecuencia, cabe advertir que, a diferencia de lo establecido en el enjuiciamiento rápido, en la comparecencia del enjuiciamiento inmediato, las partes no gozan de las facultades procesales referentes a la fundamentación de la acusación, ni pueden solicitar la adopción de medidas cautelares, ni la defensa puede pedir el sobreseimiento del proceso.

Finalizada la comparecencia, tiene lugar la convocatoria para la celebración del juicio dentro de las setenta y dos horas siguientes ante la sección de enjuiciamiento en funciones de guardia del Tribunal de Instancia (art. 794). Las pruebas se propondrán al inicio del juicio que ha de desarrollarse según las normas generales del procedimiento ordinario. Contra la sentencia cabrá recurso de apelación que habrá de interponerse en el plazo de cinco días (art. 795).

El último de los preceptos ubicados en el Capítulo destinado a la regulación del enjuiciamiento inmediato establece algunas especialidades procedimentales para el supuesto de que los hechos sean constitutivos exclusivamente de un delito leve (art. 796). Su razón de ser no es otra que coordinar la sustanciación del procedimiento urgente, en su modalidad de enjuiciamiento inmediato, con los del procedimiento especial de delitos leves para facilitar que este último se tramite con la máxima aceleración posible. Así, se prevén las actuaciones siguientes:

- El fiscal inicia la investigación urgente, pero sin más trámite y sin necesidad de practicar la primera comparecencia con la persona encausada para el traslado de los cargos, solicita mediante decreto al juez de guardia que incoe procedimiento de enjuiciamiento inmediato.
- El fiscal da traslado de todas las actuaciones al juez de guardia.
- El juez de guardia ha de examinar si la calificación jurídica de los hechos delictivos es correcta, esto es, si se trata de un delito leve.
- Si es correcta la calificación, incoa procedimiento de enjuiciamiento inmediato convocando a las partes a juicio oral dentro de las setenta y dos horas siguientes ante la sección de enjuiciamiento, en funciones de guardia, del Tribunal de Instancia ordenando la citación de las personas indicadas en el decreto del fiscal.
- El juicio oral, la sentencia y su impugnación se adecuarán a lo previsto para el juicio por delito leve (arts. 846 a 848).

III. IDEAS QUE INSPIRAN LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS URGENTES EN EL ALECRIM

A lo largo de la Exposición de Motivos del ALECRim se apuntan, entre otras, tres ideas que estimo clave sobre las que se sostiene la regulación de los procedimientos urgentes y que son: el acierto del precedente, la adecuación a los principios rectores del proceso penal y el fortalecimiento de los derechos y las garantías procesales de la persona investigada.

Comienza el apartado LXXXIV de la Exposición de Motivos afirmando que mediante los “procedimientos urgentes” se quiere mantener la “esencia institucional” del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, pues, ha demostrado gran utilidad práctica en la modernización y agilización de la justicia penal. De ahí que entienda deban ser conservadas las innovaciones incorporadas a la LECrim de 1882 que han demostrado su eficacia. Y, por tanto, aunque no lo diga de forma expresa reconoce los

logros en materia de justicia inmediata de la L 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim que incorporó a nuestro sistema procesal penal el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas.

En la línea de profundizar en esos logros, en primer lugar, como ha sido expuesto amplía las causas penales a las que será aplicable el enjuiciamiento urgente al no limitar, a través de una lista, los delitos que van a ser investigados y enjuiciados a través de sus trámites; y, en segundo lugar, opta por aplicar un mecanismo de “máxima aceleración” que consiste en prever la celebración del juicio oral dentro del servicio de guardia, en un plazo de setenta y dos horas desde la convocatoria, para un elenco determinado de delitos menos graves y leves conexos.

Puede concluirse, en definitiva, que algunos de los mecanismos en los que confía el ALECrím en orden a lograr la prontitud de la respuesta procesal frente al delito, ya se aplican en el sistema vigente de la LECrim, y consisten en:

- la atribución a la Policía Judicial de funciones que van más allá de las de investigar los hechos cometidos y descubrir al delincuente;
- la tramitación, durante el servicio de guardia, de la investigación y la preparación para juicio oral;
- la previsión de un corto plazo de tiempo entre la apertura formal del juicio oral y la efectiva celebración de las sesiones y
- la celebración del juicio oral durante el servicio de guardia.

Una segunda idea inspiradora estriba en subrayar que la regulación de los procedimientos urgentes se adecúa a los principios que informan el proceso penal. En la Exposición de Motivos se hace un especial énfasis en que los procedimientos penales han de configurarse con todas las garantías que corresponden a un juicio equitativo. Con la salvedad de la fase de investigación que no es jurisdiccional, el ALECrím vela por que, en la fase intermedia de los procedimientos urgentes -aquella en la que el juez de guardia lleva a cabo el juicio de suficiencia de la investigación y el de acusación- y en la fase de juicio oral, se conceda a las partes la oportunidad de intervenir en régimen de igualdad, manteniendo la exigible contradicción (LXXI).

En el contexto del proceso celebrado con todas las garantías, la Exposición de Motivos del ALECrím expone cómo afronta la regulación de la vertiente objetiva de la imparcialidad judicial. El método elegido consiste en limitar la actuación del personal juzgador que interviene en las distintas fases jurisdiccionales, principalmente, del Juez de Garantías cuya actuación

en la fase de investigación se halla muy acotada (VIII y IX). Es decir, es situado en una posición pasiva desde la que resuelve las distintas peticiones que le son formuladas sin alinearse con ninguno de los intereses en juego. Tal pasividad marca, en positivo, la diferencia con lo que sucede en la normativa vigente prevista en la LECrim, que es ponderada negativamente, pues, al ser el Juez de Instrucción el director de la investigación representa el interés público en el esclarecimiento de los hechos punibles y, a la vez, se le impone el deber de asegurar cautelarmente la futura exigencia de responsabilidades. Sin embargo, en la Exposición de Motivos no se cuestiona que en los procedimientos urgentes las competencias del Juez de Garantías, del Juez de la Audiencia Preliminar que emite el juicio de acusación y Juez de la Conformidad coincidan en un mismo magistrado.

Finalmente, debe indicarse que en los procedimientos urgentes se refleja la impronta del principio acusatorio. Para la Exposición de Motivos, dicho principio constituye la base en la que se apoya la decisión consistente en disociar las tareas heterogéneas de dirigir la investigación del delito y de garantizar los derechos fundamentales de las personas investigadas (III).

Y, como se ha avanzado, la tercera idea que influye en la regulación de los procedimientos urgentes no es otra que la de reforzar los derechos y las garantías procesales de la persona investigada. En particular, debe mencionarse la atención que se presta al derecho de defensa con previsiones específicas respecto de algunas de sus vertientes, por ejemplo, el derecho de acceso a las actuaciones, el derecho a la designación de abogado, el derecho a conocer los cargos y la acusación y el derecho a la participación activa aportando elementos de descargo, por lo que es acertado excluir del ámbito de aplicación de los procedimientos urgentes aquellas causas en que se acuerde el secreto de las actuaciones.

Junto a esas ideas rectoras, el diseño de los procedimientos urgentes obedece, sin lugar a dudas, a radicales transformaciones en la organización jurisdiccional y en el modelo de proceso penal anunciadas y operadas por el ALECRim. En lo que respecta al objeto de este trabajo, deben ser mencionadas las siguientes: el cambio radical en la composición de los órganos judiciales y en el concepto de competencia judicial; la atribución al MF de la dirección del procedimiento de investigación de acuerdo con unos específicos fueros personales y territoriales; la sistematización de los tipos de procedimientos penales distinguiendo entre el procedimiento ordinario y un conjunto bastante heterogéneo de procedimientos especiales y, finalmente, el no concebir la conformidad “premiada” en los procedimientos urgentes como un factor que promueve la celeridad procesal.

IV. DIFERENCIAS MÁS RELEVANTES RESPECTO DE LA NORMATIVA VIGENTE QUE DISCIPLINA EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS

Las transformaciones que se acaban de enunciar son, a mi entender, la causa de las diferencias más relevantes que presenta la regulación de los procedimientos urgentes en el ALECrím respecto de la normativa actual que disciplina el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. De modo sintético, cabe efectuar una relación de las mismas.

– *Diferencias que derivan del nuevo modelo orgánico* en la instancia: mediante el que se pretende superar el “concepto de juzgado como órgano unipersonal”. Se afirma en la Exposición de Motivos que la sustitución de los órganos judiciales unipersonales por la colegiación en el Tribunal de Instancia va a facilitar la implantación del nuevo modelo de división de las funciones judiciales, las cuales, como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, se dividen en funciones de garantías, juicio de acusación y enjuiciamiento (XII).

Por otro lado, la atribución en exclusiva al MF de la dirección del procedimiento de investigación oficial y la dependencia funcional de la Policía Judicial del MF en régimen de monopolio (XXI), también comporta importantes novedades en la tramitación de los procedimientos urgentes.

– *Diferencias en lo atinente a la tipología de procedimientos*: las dos modalidades de procedimientos urgentes del ALECrím se califican de especiales, pero en ellas cabe observar que algunos extremos que integran su regulación están previstos en los vigentes procedimiento abreviado, juicio rápido y juicio sobre delitos leves; lo que no debe resultar extraño ya que aglutinan parte de sus respectivos ámbitos de aplicación.

– *Diferencias de técnica legislativa*: el juicio rápido en vigor es un procedimiento autónomo, especial, que se halla regulado de forma unitaria y detallada, siendo contadas las remisiones al procedimiento de referencia que es el abreviado. En cambio, la regulación de los procedimientos urgentes en el ALECrím no es completa lo que dificulta su comprensión. Y ello no solo por el reenvío a concretas instituciones procesales, por ejemplo, la conformidad o el archivo, sino porque no se contemplan los momentos procesales en los que tales instituciones han de ser aplicadas.

– *Diferencias con respecto a su ámbito objetivo de aplicación*: se suprime respecto del procedimiento de enjuiciamiento rápido el listado tasado de delitos como criterio alternativo a la flagrancia y a la instrucción concentra-

da; y se elimina también, la imposición consistente en que el procedimiento urgente solo pueda incoarse mediante atestado policial³⁴.

A su vez, la conexión de delitos no se utiliza para excluir del ámbito de aplicación del enjuiciamiento rápido delitos que aisladamente considerados quedarían incluidos en su ámbito como sucede en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos³⁵, sino para permitir que sean investigados y enjuiciados a través de sus cauces delitos que quedan fuera de su ámbito por razón de la gravedad de la pena. Se emplea una fórmula similar a la del art. 5.2 LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

– *Diferencias atinentes a la concentración de las actuaciones*: la convocatoria para la celebración de la comparecencia ante el juez de guardia no la lleva a cabo el MF sino el propio juez de guardia una vez ha resuelto que el delito objeto de acusación ha de ser enjuiciado a través de los cauces del procedimiento de enjuiciamiento rápido o del enjuiciamiento inmediato. El uso de las palabras “remitirá” y “convocará” da a entender que no hay una unidad de acto o concentración de las actuaciones entre la conclusión del procedimiento de investigación por el MF y la preparación del juicio oral ante el juez de guardia. Por el contrario, uno de los rasgos fundamentales del juicio rápido es la concentración de la instrucción judicial y la fase intermedia³⁶.

– *Diferencias en la tramitación*: al juez de guardia se le atribuye la competencia consistente en decidir si la investigación urgente realizada por el MF es suficiente o no. Si estima que no lo es no se produce de plano un cambio de procedimiento, sino que el juez de guardia puede acordar la práctica inmediata de una diligencia adicional necesaria solicitada por alguna de las partes personadas³⁷.

³⁴ La previsión de otros modos posibles de iniciarse el procedimiento urgente puede ocasionar su transformación en ordinario al no poder llevarse a cabo, por ejemplo, la admisión de la denuncia y la práctica de diligencias de investigación durante el servicio de guardia. Vid. en relación con el juicio rápido regulado en la LECrim MUERZA ESPARZA, J., *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, op. cit., pp. 168 y 169.

³⁵ Vid. VEGAS TORRES, J., *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, op. cit., pp. 43 a 48 y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, Tomo II, Barcelona, 2003, p. 1088.

³⁶ Cfr. entre otros, FLORES PRADA, I., *Los nuevos procesos penales (II). El juicio rápido*, op. cit., pp. 48 y 49.

³⁷ Cfr. lo dispuesto en el art. 798.2.2 LECrim con lo previsto en los arts. 783.2.a y 793.2.a ALECrIm. Sobre el particular, cabe entender que, como se puso hace tiempo de relieve, “la fractura juez de garantías-fiscal investigador, debilita la posición acusadora de éste y puede perjudicar seriamente sus tesis y estrategias”, TORRES-DULCE LIFANTE, E., “La reforma de la instrucción en el proceso

– *Diferencias acerca de la procedencia del sobreseimiento*: son notables, pues, se trata de una institución singularmente afectada por el nuevo modelo de proceso penal que instaura el ALECrím. Teniendo en cuenta que en el mismo se asigna la dirección del procedimiento de investigación al MF, le corresponde a este órgano decretar su conclusión y archivo, si considera que no concurren elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal. Las circunstancias en las que debe motivar su decisión se relacionan en el art. 586. Pues bien, tales circunstancias son superiores en número y alcance a las previstas en el art. 779.1 LECrím con base en las cuales el Juez de Instrucción en servicio de guardia puede acordar el archivo de las actuaciones en el juicio rápido.

Las diferencias no solo se plasman en la fase de investigación sino también en la fase intermedia. En efecto, como prevé el art. 800.1 LECrím, en el juicio rápido las partes acusadoras pueden solicitar el sobreseimiento por cualquiera de los motivos de los arts. 637 y 641 LECrím. Sin embargo, en el procedimiento de enjuiciamiento rápido del ALECrím, el sobreseimiento solo puede ser acordado por el juez de guardia en el trámite del juicio de acusación si ha mediado petición de la parte pasiva y concurre el motivo que radica en ser la acción penal “manifiestamente improsperable” (arts. 785.1 y 623).

– *Diferencias en lo relativo a la conformidad*: no hay ninguna norma en sede de procedimientos urgentes que determine cómo se inserta en ellos la conformidad; esto es, hay un olvido absoluto acerca de cómo ha de desempeñar el juez de guardia su rol de Juez de la Conformidad y cómo han de trasladarle las partes su solicitud de conclusión consensuada del proceso. Tampoco se ha establecido una conformidad “premiada” o específica cuando se sustancian esos procedimientos. Debe aplicarse el régimen general³⁸. De ahí que, en lo atinente a la atenuación de la pena, el MF tenga un margen de reducción que puede utilizar en el contexto de una solución consensuada. Como dispone el art. 170.5, en los supuestos de conformidad, que han de abarcar los hechos punibles, la calificación jurídica y la pena acordada con las acusaciones, el MF podrá solicitar la imposición de la pena inferior

penal y el fiscal investigador”, en *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, con E. Bacigalupo, V. Gimeno Sendra y V. Moreno Catena, Cizur Menor, 2005, p. 83.

³⁸ Aun cuando la conformidad “premiada” del art. 801 LECrím constituye un factor importante para lograr la celeridad en la sustanciación del juicio rápido, debe reconocerse que la previsión en la LECrím de distintos regímenes de conformidades, que varían en función del tipo de proceso a tramitar, es un argumento a favor de una reforma que los unifique. Vid. en este sentido, GIMENO SENDRA, V. y LÓPEZ COIG, J. C., *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*, op. cit., pp. 212 y 213.

en grado a la prevista legalmente. Asimismo, las partes pueden estar de acuerdo en aplicar el beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad.

En el marco de la conformidad, las diferencias entre la regulación vigente del juicio rápido y de los proyectados procedimientos urgentes abarcan también la competencia para ejecutar las sentencias que homologan el acuerdo alcanzado por las partes. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 169.2 ALECRim “la competencia del Juez de la Conformidad no se extiende a la ejecución de la sentencia dictada, que corresponderá al órgano competente para el enjuiciamiento del hecho de acuerdo con las reglas generales”. Por el contrario, la regulación actual del juicio rápido concede a los Juzgados de Instrucción competencia compartida con los Juzgados de lo Penal en orden a ejecutar las sentencias de conformidad (art. 801.4 LECrim). Aunque es probable que la medida por la que opta el ALECRim obedezca a la estricta división de funciones establecida entre el personal juzgador de las distintas secciones de los Tribunales de Instancia, debería tenerse en cuenta que la distribución de competencias ejecutivas entre distintos órganos jurisdiccionales es un extremo que permite que el juicio rápido cumpla la función para la que fue creado, esto es, la sustanciación durante el servicio de guardia de la mayor parte de actos procesales que lo integran, incluyendo el inicio de la ejecución de la sentencia de conformidad³⁹.

V. ALGUNAS CUESTIONES PARA FINALIZAR

He destinado el último apartado de este análisis, ciertamente, no exhaustivo de los procedimientos urgentes regulados en el ALECRim para valorar algunas de las medidas en el adoptadas y sobre las que no me he pronunciado en los epígrafes precedentes. Entiendo que es oportuno hacerlo al hilo de la publicación del Informe del Consejo Fiscal sobre dicho Anteproyecto⁴⁰ y del Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de justicia⁴¹.

³⁹ Vid. sobre el tema LARA LÓPEZ, A., “A vueltas con la ejecución de sentencias de conformidad en el juicio rápido”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 34, 2014, pp. 6 y 7 y GONZÁLEZ CANO, I., *Los nuevos procesos penales (II). El juicio rápido*, op. cit., pp. 284 y 285.

⁴⁰ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, de 7 de julio de 2021.

⁴¹ Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de justicia por el que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, de 2 de noviembre de 2021.

La primera valoración se ciñe al ámbito objetivo del procedimiento urgente para el enjuiciamiento inmediato. Del tenor literal de lo dispuesto en el art. 792.1 ALECrIm se infiere que quedan excluidos de su ámbito de aplicación los delitos de violencia de género y doméstica. Dicha exclusión es censurada en el Informe del Consejo Fiscal puesto que, a su parecer, la debida tutela judicial a la víctima se logra cuando el juicio oral se celebra con prontitud tras la denuncia⁴².

A mi entender, la exclusión mencionada es una decisión correcta del ALECrIm ya que en materia de violencia de género y doméstica la experiencia forense y los datos estadísticos muestran que no procede tramitar con urgencia el juicio con el único objetivo de obtener una sentencia condenatoria o absolutoria; en cambio, sí es imprescindible activar todos los mecanismos establecidos legalmente en orden a otorgar una rápida protección a las víctimas⁴³.

Otra valoración del Consejo Fiscal con la que, en cambio, sí coincido es triba en proponer la supresión de la norma del ALECrIm según la cual debe tenerse por desistida a la acusación particular si, una vez incoado el proce-

⁴² Pese a no poder equipararse el juicio rápido vigente al proyectado procedimiento de enjuiciamiento inmediato, debe reconocerse que de la investigación y el enjuiciamiento de delitos de violencia de género a través de aquel juicio se derivan aspectos que son valorados positivamente, por ejemplo, el incremento de denuncias, la disminución de la revictimización y de la intensidad de la sensación de impunidad que suele generar en la ciudadanía la lentitud de la respuesta estatal ante dicha delincuencia, el aumento de la confianza en la justicia y la mayor facilidad en orden a proteger a la víctima; cfr. al respecto MUERZA ESPARZA, J., *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, op. cit., pp. 247 y 248; DEL POZO PÉREZ, M., “Ventajas e inconvenientes de los juicios rápidos para la lucha contra la violencia de género”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, (dir. M. de Hoyos Sancho), Valladolid, 2009, pp. 629-643 y HOYOS MORENO, J. J., “Juicios rápidos y violencia de género”, en *Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género*, Deusto, 2020, pp. 187 y 188.

⁴³ Así lo razoné en el estudio que realicé sobre “La instrucción y el enjuiciamiento de delitos de violencia de género a través del juicio rápido”, en *Violencia de género y sistema de justicia penal*, (coord. C. Villacampa Estiarte), Valencia, 2008, pp. 381 y 382. Por lo que respecta a los datos suministrados por los Informes Trimestrales sobre Violencia de Género del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, del Consejo General del Poder Judicial, también dejan claro la complejidad de los asuntos de estos tipos de violencia, pues, por ejemplo, muestran que en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer las Diligencias Previas superan casi en un 50% a las Diligencias Urgentes y que la forma de terminación más frecuente de las actuaciones ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son los sobreseimientos provisionales (Informe del 2º Trimestre de 2021). Datos similares se recogen en el Boletín de Información Estadística. Consejo General del Poder Judicial. Datos de Justicia, nº 80, enero 2021, *Quince años de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en los órganos judiciales*, en el que se plasman los datos obtenidos desde 2006 hasta el primer semestre de 2020.

dimiento urgente, no ejerce la acción penal en la comparecencia ante el juez de guardia (art. 784.). Invoca el Consejo Fiscal la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de igualdad ya que a la defensa sí se le concede un plazo para presentar su escrito de defensa. Pero es que además es una norma totalmente opuesta a las recientes modificaciones legislativas efectuadas sobre la personación de la acusación particular. Así, en el art. 20.7 de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, añadido por el RD-L 9/2018, de 3 de agosto, se faculta a las víctimas a personarse en cualquier momento del procedimiento sin que, con motivo de su personación, puedan retrotraerse ni reiterarse las actuaciones ya practicadas con anterioridad ni pueda menoscabarse el derecho de defensa de la persona acusada. Y, en la misma línea, ha sido reformado el art. 109 bis.1 LECrim por la LO 8/2021, de 4 de junio, permitiendo a las víctimas personarse una vez transcurrido el trámite para la calificación del delito y ejercitar la acción penal, aun cuando adhiriéndose al escrito de acusación formulado por cualquiera de las acusaciones.

Por otro lado, estimo que no se debe dejar de cuestionar si queda suficientemente determinado el juez que ha de intervenir en la investigación ejerciendo las funciones de Juez de Garantías o el juez que ha de actuar como Juez de la Audiencia Preliminar o el juez que ha de dictar sentencia con las referencias que lleva a cabo el ALECrím a las secciones de investigación y de enjuiciamiento del Tribunal de Instancia. Es cierto que el art. 774.1 ALECrím deja para futuros reglamentos lo relativo a la organización material, el funcionamiento y los aspectos accesorios de los servicios de guardia de aquellas secciones. Sin embargo, en primer lugar, debe advertirse que en el art. 774.1 ALECrím no se expresa con claridad dónde se integra el servicio de guardia. Y es que si bien comienza señalando que se establecerá un servicio de guardia en la sección de investigación del Tribunal de Instancia, esto es, será un servicio prestado en el seno de un órgano jurisdiccional, cuando aborda la composición del servicio de guardia dispone que estará integrado por un fiscal de guardia y un juez de guardia. Lo que crea la incertidumbre no tanto acerca de las funciones que cada uno de ellos ha de desempeñar, pero sí puede generar la duda relativa a si el fiscal forma parte del órgano jurisdiccional.

Y, en segundo lugar, tampoco el Anteproyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de justicia proporciona la exigible seguridad jurídica en lo referente a la adscripción funcional de los jueces en cada una de las secciones del Tribunal de Instancia. Si como se razona en el del Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre dicho Ante-

proyecto de Ley Orgánica, los auténticos órganos jurisdiccionales no son los Tribunales de Instancia sino las secciones, debería preverse un régimen jurídico completo de la adscripción funcional del personal juzgador en las correspondientes secciones estableciendo tanto los supuestos de movilidad como las garantías suficientes para la inamovilidad judicial. Y de acuerdo con dicho Informe el régimen que crea el prelegislador, en la nueva redacción que propone del art. 84.4 LOPJ, es inconcluso. A lo que debe añadirse que también han de ser contempladas las vías que garanticen la independencia interna, puesto que, pese a estar adscritos en una determinada sección el Juez de Garantías, el Juez de la Audiencia Preliminar, el Juez de la Conformidad y el Juez que dicte sentencia deberán emitir sus resoluciones de forma unipersonal y no colegiadamente.

Para acabar, he de señalar el acierto del ALECRim consistente en prever un juicio por delitos leves, que podría calificarse de rápido al celebrarse durante el servicio de guardia, y que se origina en el procedimiento urgente de enjuiciamiento inmediato. No debía ser desatendida tal posibilidad puesto que, como explica el Consejo Fiscal en su Informe sobre el ALECRim, cabe que se incoen diligencias urgentes pese a que los hechos cometidos sean constitutivos de un delito leve.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M. (2015), *Las diligencias de investigación del fiscal*, Cizur Menor.
- ÁLVAREZ ALARCON, A. (2003), “Del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos” en *Las reformas del procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*, (coord. A. J. Pérez-Cruz Martín), Granada.
- ARMENGOT VILAPLANA, A. (2021), “El estatuto de la persona encausada en el Anteproyecto de LECRIM”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3.
- ARMENTA DEU, T. (2012), *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid.
- (2021), *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Madrid.
- ASENCIO MELLADO, J. M^a (2021), “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Parte general de las medidas cautelares. La detención”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3.
- BACHMAIER WINTER, L. (coord. 2008), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid.

- BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y TORRES-DULCE LI-FANTE, E. (2005), *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Cizur Menor.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (2010), *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Madrid.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2003), *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, Barcelona.
- FLORES PRADA, I. y GONZÁLEZ CANO, I. (2004), *Los nuevos procesos penales (II). El juicio rápido*, Valencia.
- FUENTES SORIANO, O. (2011), “Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, en *La reforma del proceso penal*, (dirs. J. M^a Asencio Mellado y O. Fuentes Soriano), Madrid.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. y AGUILERA MORALES, M. (2003), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Madrid.
- GIMENO SENDRA, V. y LÓPEZ COIG, J. C. (2004), *Los nuevos juicios rápidos y de faltas. (Con doctrina, jurisprudencia y formularios)*, 2^a ed., Madrid.
- HOYOS MORENO, J. J. (2020), “Juicios rápidos y violencia de género”, en *Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género*, Deusto.
- LARA LÓPEZ, A. M^a (2014), “A vueltas con la ejecución de sentencias de conformidad en el juicio rápido”, *Revista General de Derecho Procesal*, n^o 34.
- MUERZA ESPARZA, J. (2003), *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, Cizur Menor.
- (2021), “La estructura y fases del proceso en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n^o 3.
- DEL POZO PÉREZ, M. (2009), “Ventajas e inconvenientes de los juicios rápidos para la lucha contra la violencia de género”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, (dir. M. de Hoyos Sancho), Valladolid.
- SERRANO MASIP, M. (2008), “La instrucción y el enjuiciamiento de delitos de violencia de género a través del juicio rápido”, en *Violencia de género y sistema de justicia penal*, (coord. C. Villacampa Estiarte), Valencia.
- VEGAS TORRES, J. (2003), *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Madrid.

LA REGULACIÓN DE LOS *RECURSOS* EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020. *DISPOSICIONES GENERALES, RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LOS RECURSOS CONTRA AUTOS*¹

The regulation of remedies in the preliminary draft of the criminal procedure law 2020. General provisions, remedies against decisions of the “Letrado de la Administración de Justicia” and remedies against court orders

José Manuel CHOZAS ALONSO

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
jmchozas@ucm.es

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES O CIRCUNDANTES; II. LIBRO VII ALECRIM 2020. LOS RECURSOS; III. CONCLUSIONES; IV. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El pasado 24 de noviembre de 2020 el Consejo de Ministros aprobó un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que pretende convertirse, primero, en un Proyecto de Ley y, posteriormente, en la tan ansiada nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras los fallidos intentos de 2011 y 2013. El Libro VII del Anteproyecto («los recursos y la revisión de sentencias firmes») se compone de cinco títulos relativos a: Título I (disposiciones generales); Título II (recursos contra las resoluciones de los *letrados de la administración de justicia*); Título III (recursos contra autos); Título IV (recursos contra las sentencias); y Título V (la revisión de sentencias firmes). El presente trabajo aborda el estudio de los tres primeros Títulos

¹ Este artículo tuvo su origen en el 9º Seminario sobre el Anteproyecto de LECRIM 2020 (Palma de Mallorca, 23 de septiembre de 2021: “*Recursos y revisión de sentencias firmes*”), organizado por videoconferencia por el Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares (bajo el auspicio de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas); y se enmarca en el I+D PID2020-115578GB-I00, co-dirigido por Julio Banacloche Palao y por Álvaro Gutiérrez Berlinches, titulado “*El futuro proceso penal y el art. 24 CE: derecho de defensa en la instrucción, presunción de inocencia y juicio de acusación, y participación ciudadana (acusaciones y jurado)*”.

del citado Libro: *las disposiciones generales, los recursos contra las resoluciones de los letrados de la administración de justicia y los recursos contra autos*.

Abstract: On November 24, 2020, the Spanish Council of Ministers passed a Preliminary Draft Law on Criminal Procedure that intends to become, first, a Draft Law and, later, the long-awaited new Criminal Procedural Law, after the failed attempts of 2011 and 2013. Book VII of the Draft Bill (“appeals and review of final judgments”) is made up of five titles related to: Title I (general provisions); Title II (remedies against the resolutions of Registrars -called “Letrados de la Administración de Justicia”-); Title III (remedies against court orders); Title IV (remedies against judgements); and Title V (the review of final judgments). This paper deals with the study of the first three Titles of the aforementioned Book: the general provisions, the remedies against the decisions of the “Letrados de la Administración de Justicia” and the remedies against court orders.

Palabras clave: recursos, derecho a recurrir, recursos contra los Letrados de la Administración de Justicia, recursos contra autos (reforma, apelación y queja).

Keywords: remedies, right to appeal, remedies against decisions taken by the “Letrados de la Administración de Justicia” (Registrars), remedies against court orders (“reforma”, “apelación” and “queja”).

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ALECRIM 2011: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011

ALECRIM 2020: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

AN: Audiencia Nacional

Art.(s): artículo(s)

CE: Constitución española.

BCPP 2013: Borrador de Código Procesal Penal de 2013

EM: Exposición de motivos.

LAJ(S): Letrado(s) de la Administración de Justicia.

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

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LOTG: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Pág.(s): página(s).

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Vid.: Véase.

I. CUESTIONES PRELIMINARES O CIRCUNDANTES

El Libro VII del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 (ALECRIM 2020) concentra la regulación general de los “recursos” bajo un mismo epígrafe, excepción hecha de una serie de normas relativas a la impugnación de resoluciones concretas (vid. por ejemplo, *declinatoria*, art. 47) que pueden encontrarse a lo largo de todo el articulado. Pero, además de esas normas dispersas sobre específicas impugnaciones, para entender en su plenitud el esquema diseñado por el prelegislador, debemos conectar esta regulación del Libro VII con otros conjuntos normativos del mismo Anteproyecto, que podríamos denominar como “preliminares” o “circundantes”. A saber:

1. REGULACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE UN PROCESO EQUITATIVO (ARTS. 18 A 24)

En el Capítulo V del Título Preliminar se prevén una serie de garantías inherentes a un proceso equitativo relativas a la predeterminación legal, la independencia y la imparcialidad de los jueces y magistrados (arts. 18 —garantías del órgano judicial- y 19 —imparcialidad objetiva-); garantías probatorias y exclusión de la prueba ilícita (arts. 20 y 21); prohibición del doble enjuiciamiento (art. 22); derecho a la doble instancia penal (art. 23); y la prohibición de *reformatio in peius* (art. 24).

Es de destacar que este art. 24, que consagra la prohibición de reforma peyorativa como garantía que la situación jurídica del recurrente no puede empeorar como consecuencia única de la interposición de su propio recurso, se repite innecesariamente en el art. 703 ALECRIM 2020, como tendremos ocasión de comprobar².

2. REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL DE LOS TRIBUNALES PENALES (ARTS. 28 A 36)

En el Capítulo II del Título I (arts. 28 a 34) se determina “la competencia de los tribunales penales”. Las reglas generales sobre competencia se plasman en los arts. 28 a 34, siendo especialmente importante, a nuestros efectos, el art. 33, puesto que regula la competencia *funcional* para conocer de los “recursos”. Esta regulación supone un cambio muy importante respecto a la actual estructura jurisdiccional que pivota, por un lado, sobre la

² Vid. *infra*, epígrafe II.2.2.

creación de los *tribunales de instancia*³ que sustituyen a la organización de los juzgados y tribunales existente en la actualidad, al considerar el prelegislador que la colegiación más eficaz y, por otro, en la creación de secciones especializadas para conocer de los recursos, tanto en los propios tribunales de instancia como en los TSJ, AN, y en el TS⁴.

La Sección 2ª del Capítulo II regula la competencia de los órganos judiciales en las “causas con aforados” (arts. 35 y 36). De los recursos de reforma y apelación (frente a resoluciones interlocutorias) que procedan contra las resoluciones dictadas por el Juez de Garantías o el Juez de la Audiencia Preliminar, conocerá una Sala especial, llamada “de Recursos”, formada por tres magistrados. La Sala de lo Penal del TS conocerá de los recursos de apelación frente a las sentencias dictadas en la instancia por el TSJ (contra las sentencias de la Sala II del TS, cuando los aforados lo son ante el Alto Tribunal, sigue sin preverse recurso alguno).

Llama la atención que en el ALECRIM 2020 se excluyan, expresa y deliberadamente, las normas competenciales relativas al procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

³ Vid. “Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/MAIN.pdf>

⁴ “Artículo 33 ALECRIM 2020. Competencia para los recursos.

1. La sección de reforma de los Tribunales de Instancia, compuesta por tres magistrados, será competente para conocer de los recursos de reforma contra las resoluciones susceptibles de impugnación dictadas por el Juez de Garantías, el Juez de la Audiencia Preliminar y el juez o tribunal encargado del enjuiciamiento y de la ejecución.

2. La sección de reforma de la Audiencia Nacional, compuesta por tres magistrados, será competente para conocer de los recursos de reforma contra las resoluciones susceptibles de impugnación dictadas por el Juez de Garantías, el Juez de la Audiencia Preliminar y el órgano de enjuiciamiento y de la ejecución de dicho tribunal.

3. La Sala de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia será competente para resolver los recursos de apelación contra los autos de sobreseimiento y las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales de Instancia de su circunscripción.

4. La Sala de Apelación de la Audiencia Nacional conocerá de los recursos de apelación contra los autos de sobreseimiento y las sentencias dictadas por las secciones penales de dicho tribunal.

5. En los supuestos establecidos por la ley, la Sala de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional serán competentes para conocer de los recursos de apelación contra los autos dictados para la ejecución de la sentencia.

6. Para conocer de los recursos de casación y el juicio de revisión será exclusivamente competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

3. REGULACIÓN DEL CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES (ARTS. 42 A 48)

La EM del ALECRIM 2020 aborda en su apartado XV los criterios que van a regir la regulación de las cuestiones de competencia, acomodando la anterior normativa (hasta ahora vigente) a las nuevas necesidades que plantea la atribución de la dirección de la fase investigadora al Ministerio Fiscal.

De acuerdo con estas ideas previas, el Capítulo III del Título I del ALECRIM 2020 regula conjuntamente el control de los presupuestos procesales de la jurisdicción y de la competencia (arts. 42 a 47) y las cuestiones de competencia.

Como es lógico, reviste una especial trascendencia la facultad jurisdiccional del control de oficio de su propia jurisdicción y competencia, en cualquier momento del proceso (art. 42 ALECRIM 2020):

“Artículo 42 Examen de oficio de la jurisdicción y la competencia

1. No tendrán validez y carecerán de efecto alguno los pactos o actuaciones de las partes que tengan por objeto alterar las reglas legales de atribución de jurisdicción y competencia en el proceso penal.

2. Los juzgados y tribunales examinarán de oficio su propia jurisdicción y competencia en cualquier momento del procedimiento.

3. Las decisiones sobre jurisdicción y competencia que resulten del examen de oficio se adoptarán previa audiencia del Ministerio Fiscal y demás partes personadas, por plazo común de diez días.

Los efectos de estas decisiones y su régimen de recursos serán los establecidos en este capítulo”.

4. REGULACIÓN DEL SERVICIO DE GUARDIA Y LA COMPETENCIA DEL JUEZ DE GUARDIA (EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS URGENTES: ART. 774) Y REGULACIÓN DEL JUEZ DE LA CONFORMIDAD (EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO INMEDIATO: ARTS. 169 Y 792)

El art. 774, al regular el Servicio de Guardia, establece que éste estará compuesto por un Fiscal de guardia al que corresponderá dirigir la investigación y un juez de guardia que asumirá las funciones que esta ley atribuye al Juez de Garantías y al Juez de la Audiencia Preliminar. En caso de conformidad, el Juez de Guardia actuará como Juez de la conformidad.

Por su parte, el art. 169 establece la competencia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Instancia de la circunscripción en que el delito se haya cometido. Para el ejercicio de esta función se constituirá dicha Sección siempre con un único magistrado, que se llamará Juez de la Conformidad. Y

el art. 792 prevé varios casos en los que estaría permitido el enjuiciamiento inmediato del hecho por el Juez de la Conformidad.

5. REGULACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE IMPUGNAR LOS “DECRETOS” DEL FISCAL DURANTE LA FASE DE INVESTIGACIÓN (ARTS. 19 Y 585)

A pesar de los silencios clamorosos del ALECRIM 2020, entendemos que, al igual que sucede con las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, todas las resoluciones dictadas por los Fiscales deben ser susceptibles de control judicial, generalizándose la posibilidad de recurrir inmediatamente a dicha figura, para que la nueva regulación sobre esta materia respete la doctrina del Tribunal Constitucional y del TJUE en esta materia. Ni LAJS ni Fiscales, a diferencia de los Jueces y Magistrados, gozan de la nota estatutaria de “independencia” exigida para administrar justicia (art. 117 CE).

Por eso tanto el art. 19 como el art. 585 ALECRIM 2020 prevén que los decretos dictados por el Fiscal durante el procedimiento podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías. Pero sobre este asunto volveremos más adelante⁵.

II. LIBRO VII ALECRIM 2020. LOS RECURSOS

1. REFLEXIONES PREVIAS⁶

Este Libro VII («los recursos y la revisión de sentencias firmes») se compone de cinco títulos relativos a: Título I (disposiciones generales); Título II (recursos contra las resoluciones de los letrados de la administración de justicia); Título III (recursos contra autos); Título IV (recursos contra

⁵ Vid. infra, epígrafe II.2.2.

⁶ En el momento en el que se escriben estas líneas, la prensa está informando que el Gobierno de España tiene la intención de crear, antes de que finalice el mes de octubre de 2021, un “Grupo de Trabajo Interinstitucional” que se encargará de revisar de nuevo el ALECRIM 2020, a la luz del Informe del Consejo Fiscal. Al parecer, este “Grupo” estará formado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), la Fiscalía General del Estado (FGE), el Ministerio del Interior, el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), el Consejo General de Procuradores de España (CGPE) y expertos de la Universidad española. Esperemos que este nuevo parón en la tramitación del texto prelegislativo sirva para mejorar el texto actual, no al contrario. Aunque no podemos ser muy optimistas al respecto.

las sentencias)⁷; y Título V (la revisión de sentencias firmes). Yo me voy a encargar de los tres primeros.

No obstante, antes de entrar en el comentario específico de cada una de las partes que componen los tres primeros Títulos del Libro VII, objeto de este modesto estudio, quisiera expresar algunas reflexiones, de carácter general, que nos ha suscitado la lectura de esta parte del ALECRIM 2020.

En primer lugar, nos produce cierta desazón comprobar que, quizás por las prisas, se han “aprovechado” párrafos completos de la EM del ALECRIM 2011, sin ni siquiera corregir posibles defectos de redacción, máxime cuando el prelegislador está tratando la materia de “sistema de recursos” jurisdiccionales. Así, por ejemplo, en el frontispicio del §LXXX de la E.M. ALECRIM 2020, se dice, al igual que decía su fuente inspiradora (§LXXVI de la E.M. ALECRIM 2011), “En materia de recursos, son tres los *presupuestos fundamentales* de la presente reforma. Por una parte, el nuevo texto pretende modernizar... Por otra...”, cuando, en realidad, lo que se quieren resaltar son los “objetivos” o las “finalidades” que pretende alcanzar la reforma legislativa. Nos estamos acostumbrando a que la calidad de las nuevas leyes y la redacción de sus exposiciones de motivos sean cada vez más “de andar por casa”. Será muy difícil superar la excelencia de la E.M. de la LECRIM de 1882, que ahora se pretende derogar, pero habrá que hacer, al menos, un esfuerzo de mejora en la redacción⁸.

Por otra parte, se nos exige, con cierta falta de delicadeza, que la exégesis del texto que se nos propone se realice a través de dos singulares “actos de fe”: primero, porque todo el nuevo sistema procesal penal, incluido el sistema de recursos, parte de la base de la atribución de la dirección de la *instrucción* criminal al Ministerio Fiscal, pero *sin que conozcamos* ningún Borrador de nuevo Estatuto orgánico del MF que, necesariamente, debe acompañar al nacimiento de una LECRIM como la que se propone (algunos estamos muy pendientes de la regulación de la responsabilidad jurídica —en todas sus vertientes- del MF en su nuevo papel de “director”); y en segundo lugar, también *desconocemos* la letra pequeña de los proyectados Juzgados de Instancia (con planta y estructura sin definir nítidamente, sin

⁷ Vid. TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, “El recurso de apelación contra sentencias en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, pendiente de publicarse en el número 5, (2022), de la *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (Revista APDPUE).

⁸ Otro ejemplo de precipitado “corta y pega”, esta vez del BCPP de 2013, lo encontramos en el segundo párrafo del §LXXX E.M. 2020, donde se dice que se regulan “los efectos generales que lleva aparejada la interposición o la estimación de un recurso” (supuestamente, en los artículos 701-706), cuando luego no es así.

que sepamos cuáles van a ser las funciones atribuidas a sus Presidentes, ni cómo van a ser nombrados éstos; en definitiva, a algunos nos angustia la duda acerca de si se van a crear verdaderos órganos jurisdiccionales predefinidos por la ley, es decir, respetuosos con el art. 24.2 CE).

Finalmente, también advertimos algunas carencias técnicas; *ad exemplum*: a) no se distingue claramente en el texto los preceptos que regulan la competencia objetiva y cuáles la competencia funcional; b) no se regulan, con una mínima sistemática, los efectos de la interposición de los recursos, ni los motivos de inadmisión (salvo la interposición fuera de plazo, art. 701.2); c) no se establece el órgano que debe decidir sobre la inadmisión (arts. 712 y 715); d) se reitera innecesariamente la prohibición de la *reformatio in peius* (arts. 24 y 703).

2. LIBRO VII. TÍTULO I. CAPÍTULO I. REGLAS GENERALES SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO AL RECURSO (ARTS. 701 A 706).

Esta regulación positiva se inicia con la enunciación de las *reglas generalmente aplicables a los diversos medios de impugnación*, fundamentalmente las relativas al *derecho a recurrir* (art. 701) y *a desistir del propio recurso* (art. 705), el *gravamen* exigible para impugnar una resolución -requisito del que se exceptúa la legitimación excepcional conferida al Ministerio Fiscal *en interés de la persona condenada-* (art. 702), la prohibición de empeoramiento de la situación del recurrente con ocasión de su propio recurso (prohibición de la *reformatio in peius*, art. 703, a lo que se hizo expresa referencia en el art. 24 ALECRIM, con motivo de las garantías generales de un proceso equitativo), y la posibilidad de recurrir con carácter supeditado (art. 704).

Asimismo, siguiendo las previsiones de la vigente LECRIM, en relación con la apelación y la casación (arts. 790 y 855 LECRIM), el pre legislador regula expresamente la preceptiva solicitud de integración de las sentencias (art. 706) —incidente de aclaración de sentencias de los artículos 161 LECRIM y 267 LOPJ).

En este primer capítulo, a nuestro juicio, cabe resaltar los siguientes aspectos:

1^a) En primer lugar, llama la atención que en la regulación del “derecho a recurrir” (art. 701) no se haga mención a la posibilidad de recurrir las decisiones de los Fiscales (*decretos*) durante la fase de instrucción, junto a las decisiones de los jueces, magistrados (“jueces y Tribunales”, dice el texto, con cierta falta de rigor) y Letrados de la Administración de Justicia.

En su intento de despojar de carácter jurisdiccional a la fase de instrucción (a la que se considera como una fase “preparatoria”, en la que simplemente se insertan algunas “potestades judiciales”⁹), dirigida “formalmente” por el Fiscal, se ha previsto en los arts. 19.7 y. 585 ALECRIM 2020, con carácter general, la impugnación de las decisiones del fiscal, ante el Juez de Garantías, en los casos expresamente señalados en la ley (por ejemplo, arts. 180, 552, 567, 594 ALECRIM 2020). A estas “impugnaciones” no las quiere denominar “recurso” el pre legislador, pero se trata de verdaderos recursos, absolutamente equiparables a los recursos de “revisión” previstos contra los decretos de los LAJS.

Art. 19 ALECRIM 2020:

“1. La autoridad judicial no podrá asumir funciones de parte, sin perjuicio del deber general de velar por la efectividad del derecho de defensa.

En ningún caso podrá realizar o sugerir actuaciones que sean propias de una parte acusadora o que se refieran a la dirección del procedimiento de investigación. En dicho procedimiento corresponde a la autoridad judicial, como tercero imparcial:

(...)

7. ° Resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal”.

Art. 585 ALECRIM 2020:

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

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

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

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

No podemos compartir las críticas que sobre esta previsión de que los decretos del Fiscal sean recurribles (“impugnables”¹⁰, dice el texto, para suavizar la idea de que el Juez de Garantías es funcionalmente superior que

⁹ Vid. Exposición de Motivos del ALECRIM 2020, (§VIII) *LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA Y LA GARANTÍA JUDICIAL EN LAS ACTUACIONES PREPARATORIAS*, págs. 13 y 14.

¹⁰ Las pretendidas “impugnaciones” del decreto del Fiscal son, en realidad, verdaderos recursos, equivalentes a los “recursos de revisión” frente a los decretos de los LAJS, ya que son medios de evitar un efecto jurídico antes de que se produzca. El Fiscal está siempre bajo el superior criterio de los jueces y magistrados.

el director formal de la instrucción) ante el Juez de Garantías ha vertido la Fiscalía General del Estado, a través del Informe del Consejo Fiscal al ALECRIM 2020, aprobado el 24 de noviembre de 2020. En este informe se dice que esta previsión “desnaturaliza la función del juez de garantías, toda vez que quiebra su posición de tercero imparcial, situándose en una posición jerárquicamente superior al Fiscal”. Para lo que propone que “las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal podrían ser resueltas en primer término por el propio fiscal que los dictó y posteriormente, en su caso, por el fiscal superior jerárquico de este”, con independencia de que las partes pudieran reproducir ante el juez de garantías la solicitud de diligencias propuestas desestimadas o no practicadas por el fiscal.

Entendemos que, al igual que sucede con las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, todas las resoluciones dictadas por los Fiscales deben ser susceptibles de control judicial, generalizándose la posibilidad de recurrir inmediatamente a dicha figura, para que la nueva regulación sobre esta materia respete la doctrina del Tribunal Constitucional y del TJUE en esta materia. Ni LAJS ni Fiscales, a diferencia de los Jueces y Magistrados, gozan de la nota estatutaria de “independencia” exigida para administrar justicia (art. 117 CE).

2º) En ese mismo art. 701, en su último punto, se dice que “cuando el defecto sea de naturaleza subsanable, se otorgará un plazo de subsanación con apercibimiento de inadmisión”, pero no se concreta ningún plazo de subsanación, a modo del vigente art. 790.4 LECRIM, que prevé un plazo de tres días para subsanar el actual recurso de apelación. Sería conveniente, a nuestro juicio, introducir una concreción del plazo en tres o cinco días, o la fórmula utilizada por el legislador procesal civil de “...un plazo no superior a diez días” (art. 465, 4, II LEC), por ejemplo.

3º) En cuanto a la legitimación activa para recurrir, los artículos 701 y 702 ALECRIM 2020 parecen circunscribir la legitimación para recurrir a las partes que hayan sufrido algún tipo de perjuicio (gravamen) y, por supuesto, al Ministerio Fiscal. Sin embargo se echa en falta, en aras de conseguir una justicia completa, el reconocimiento de legitimación a quienes sin haber sido parte en el proceso resulten perjudicados por la sentencia, como pueden ser las víctimas que habían decidido hasta ese momento no ser parte en el proceso, o los herederos de las partes y los terceros que hayan sido condenados. Una previsión de este tipo se contenía en el PCPP 2013 (art. 559, 3) y, en la actualidad, se contiene en el art. 854 LECRIM, al regular la legitimación para interponer el recurso de casación. Respecto a la extensión de la legitimación a las víctimas, aun cuando no hayan sido parte del pro-

ceso hasta ese momento, puede desprenderse del espíritu de la proyectada regulación de los derechos de las víctimas en los arts. 106 y ss. ALECRIM 2020 (por otra parte, el vigente art. 12 del Estatuto de la Víctima, ya permite recurrir a la víctima no personada cualquier auto de sobreseimiento).

Por otra parte, parece superflua la previsión de que el Ministerio Fiscal gozará en todo caso de legitimación para recurrir la sentencia condenatoria, en protección de los intereses del acusado (al igual que hiciera el BCPP 2013 —art. 559.2- y el ALECRIM 2011 —art. 608.3-), por la sencilla razón de que el MF, como garante absoluto de la legalidad en representación del Estado, está legitimado siempre para impugnar cualquier resolución judicial que considere que no se ajusta a la legalidad. Por lo tanto, la legitimación universal del MF para recurrir, se sobreentiende que debe beneficiar, en un plano teórico de igualdad, tanto a los ofensores como a las víctimas.

4º) Destaca también la regulación del llamado «recurso supeditado» (art. 704 ALECRIM 2020), que se incluye inmediatamente después de la prohibición de *reformatio in peius* (art. 703) al constituir, en última instancia, una “aparente excepción” a dicha regla¹¹. Se admite de modo expreso que la decisión de una de las partes de romper el *status quo* establecido en la sentencia habilite a las que se han aquietado a lo resuelto para recurrir en defensa de sus propias pretensiones en tanto se mantenga la impugnación verificada en su contra.

Con esta terminología (“recurso supeditado contra sentencias”), tal y como se preveía en las propuestas *non natas* de 2011 (art. 633 ALECRIM 2011) y 2013 (art. 561 BCPP), se supera, por confusa, la tradicional “adhesión” a la apelación, que no era más que una especie del género “*impugnación sobrevinida de la sentencia*” (o “impugnación reconvenicional”¹²), que si bien puede constituir una verdadera “adhesión”, también, por el contrario, puede ser una frontal oposición al recurso originario. La formulación de recurso supeditado implicará la apertura de un nuevo plazo con duración idéntica al previsto para la contestación al recurso principal.

¹¹ A pesar de lo que se dice en la EM (§LXXX), el principio de la *reformatio in peius* nunca se enerva, sino que el recurso *supeditado* provoca una ampliación del *thema decidendi* del recurso originario y la nueva resolución puede causar perjuicio al recurrente primigenio, aumentando su gravamen; de la misma forma que puede resultar al contrario, esto es, que la estimación del recurso del recurrente inicial puede provocar o aumentar el gravamen del recurrido inicial. Sobre la finalidad de la “adhesión” y su relación con la prohibición de la “*reformatio in peius*”, vid. VIDAL HERRERO, ÁLVARO, *La apelación “adhesiva” penal*, Madrid, Dykinson, 2019, págs. 144 y ss.

¹² Esta denominación de impugnación “reconvenicional” ha sido propuesta por el abogado y profesor VIDAL HERRERO, ÁLVARO. Vid. *La apelación “adhesiva” penal*, cit., págs. 171 y ss. Vid. también, del mismo autor, *La apelación “reconvenicional” civil*, Madrid, Dykinson, 2019.

Al no circunscribirse el recurso supeditado al recurso de apelación, debemos colegir que el pre legislador pretende extender la utilización de esta impugnación sobrevenida a cualquier recurso devolutivo frente a las sentencias, lo que incluiría la posibilidad de una impugnación casacional sobrevenida.

Compartimos las frases de la EM (§LXXX) en las que se afirma que “la exclusión de la posibilidad de recurrir supeditadamente acaba privilegiando a quienes asumen actitudes procesales dilatorias o puramente mecánicas y deciden combatir sistemáticamente las sentencias que no satisfacen plenamente sus intereses, aunque no tengan argumentos sólidos para ello. La supeditación actúa, a su vez, como mecanismo de racionalización de la interposición de recursos, ya que las partes, al saber que su propia impugnación puede dar lugar a la de la parte contraria, renuncian a alargar el proceso de modo puramente tentativo y solo utilizan el medio de impugnación que está a su alcance si tienen razones jurídicas suficientes para hacerlo”.

Sin embargo, consideramos que el pre legislador pierde una buena oportunidad para dotar de verdadera autonomía procesal al *recurso sobrevenido*, sobre todo, cuando éste entra en total contradicción y colisiona con la pretensión formulada por el recurrente inicial. Para ello, en primer lugar, sería preferible abandonar la terminología de “adhesión” o “supeditación”, por otra más aséptica, como “recurso sobrevenido” (o “impugnación reconvenicional”), que reforzara la idea de autonomía e independencia de la nueva impugnación; esto es, ésta debiera tener unos efectos similares a los que acaba de producir la interposición del recurso en el plazo ordinario por alguna otra parte. La única subordinación de esta apelación (o casación) sobrevenida respecto de la “principal” se debiera producir en relación con la preexistencia necesaria de esta. Solo si efectivamente alguna parte ha recurrido inicialmente la sentencia, cabrá la impugnación posterior del recurrido, ya que si ninguna de las partes ha interpuesto el recurso tempestivamente, habrá precluido la posibilidad de que posteriormente se pueda atacar el contenido de la sentencia. En todo lo demás, se trata de un nuevo recurso con plena autonomía y eficacia propia.

Lamentablemente, el anteproyecto sigue manteniendo el *status quo* de la legislación procesal penal ahora vigente (art. 790.1.II, in fine, para el procedimiento abreviado, y 846.bis.d), para el proceso ante el Tribunal del Jurado), que configura la impugnación sobrevenida como vicaria o “adhesiva”, no independiente, ya que se dice que “en todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo”, de manera que si el recurrente inicial renuncia o desiste de su recurso en cualquier momento ante-

rior a que el órgano *ad quem* dicte sentencia, tanto el recurso inicial como el “recurso adhesivo o supeditado” decaerán (art. 705. 3 ALECRIM 2020).

A nuestro juicio, no tiene demasiado sentido que se siga manteniendo esta opción en la futura regulación del proceso penal, donde está siempre presente el interés público, en el que debiera regir la búsqueda de la verdad material y, por ende, el principio dispositivo no debiera tener, apenas, protagonismo. Además, se da la paradoja de que en el proceso civil, cuando el apelado presenta “escrito de impugnación” interpone un verdadero recurso de apelación, con plena autonomía e independencia, por lo que en caso de que el recurrente principal desista de su apelación, solo se tienen por desistidas sus pretensiones, pero sigue incólume la impugnación sobrevenida del apelado, y viceversa (arts. 461 y 465 LEC)¹³. Esta sería otra muestra de la “esquizofrenia” legislativa que padecemos en los últimos tiempos, en los que el principio de oficialidad se desvanece de las leyes procesales penales y se introduce en el proceso civil, mientras que el principio dispositivo va perdiendo fuerza en el proceso civil y adquiriendo un mayor protagonismo en el proceso penal¹⁴. Creemos que en este caso sería saludable la convergencia entre el proceso civil y el penal, pero en este caso, en pos de que la impugnación sobrevenida se configure como una institución autónoma, no “supeditada” a la actuación, muchas veces tacticista, del recurrente originario. Por lo tanto, proponemos la desaparición del apartado 3 del art. 705 del ALECRIM, y que se aplique a todos los recurrentes, ya sean iniciales o reconventionales (sobrevenidos) la previsión del apartado 2 de dicho artículo: “*si los recurrentes fueran varios y solo desistiera alguno de ellos, se tendrán por abandonadas las pretensiones que fueran exclusivas del que hubiera desistido*”.

Finalmente, como no podía ser de otra forma, la propuesta de nueva regulación del “recurso supeditado” termina diciendo que, una vez interpuesto éste, las partes que haya introducido originariamente su recurso dentro del plazo inicial podrán simplemente introducir alegaciones frente a la nueva propuesta (mera contestación), pero no podrán, a su vez, “interponer nuevos recursos supeditados” (art. 704. 2, “in fine”, ALECRIM 2020).

¹³ CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “Comentario a la “Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010: Recurso de apelación. Imposibilidad de ampliar el objeto del recurso por parte del apelante principal en el trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por la parte apelada”, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. IV (2010), Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág. 305. Comentario referido a la importante STS (1ª) nº 869/2009, de 18 de enero de 2010.

¹⁴ Vid. ARMENTA DEU, TERESA (Coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal. ¿Una dirección adecuada?*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pág. 7.

Más claro: el recurrente inicial no puede, posteriormente, formular recurso “sobrevenido” o “reconvencional”. El principio de igualdad de partes, unido al efecto de la preclusión de las actuaciones, exige que la impugnación sobrevinida se conceda exclusivamente a aquel que inicialmente no hubiera recurrido, pues tiene como finalidad permitir a quien no consideró oportuno recurrir inicialmente —aun cuando la sentencia le resultaba en algo desfavorable— unirse al recurso una vez que otra de las partes ha interpuesto el recurso. De lo contrario se estaría admitiendo la posibilidad, sólo en favor del recurrente original, de una doble oportunidad de recurrir¹⁵.

3. LIBRO VII. TÍTULO I. CAPÍTULO II. REGLAS PROCESALES COMUNES (ARTS. 707 A 710).

A continuación, se dedican cuatro preceptos a lo que el pre legislador denomina “*reglas procesales comunes*” (arts. 717-710), relativas a la *competencia funcional para conocer de las medidas cautelares*, en favor del propio órgano jurisdiccional que hubiere dictado la resolución recurrida (art. 707); a la innecesaria puntualización de que el Presidente del Tribunal que dirija la vista para la decisión del recurso, en caso de que se celebre, podrá pedir las aclaraciones necesarias a las partes para el mejor esclarecimiento de las cuestiones discutidas que deben ser resueltas (art. 708); al *efecto suspensivo* de la interposición del recurso (art. 709) y, finalmente, al *efecto extensivo de la estimación del recurso* (art. 710).

Respecto a la regulación del efecto suspensivo de los recursos, los redactores del ALECRIM 2020 copian literalmente los dos primeros apartados del precepto que regulaba esta materia en el BCPP de 2013 (art. 566), esto es, “los recursos contra sentencias tendrán efecto suspensivo, sin perjuicio de la posibilidad de ejecución provisional de las responsabilidades civiles”, y “los demás recursos solo tendrán efectos suspensivos cuando expresamente lo establezca esta ley” (apartados 1 y 2 ALECRIM 2020). Sin embargo, desaparece, sin ninguna justificación, la discrecionalidad en favor del órgano judicial llamado a resolver el recurso frente a resoluciones distintas de la sentencia, para que aquél pudiera otorgar, total o parcialmente, la suspensión del recurso, cuando existan causas justificadas; previsión que,

¹⁵ Sobre esta interesante cuestión, vid. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “Comentario a la “Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010: Recurso de apelación. Imposibilidad de ampliar el objeto del recurso por parte del apelante principal en el trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por la parte apelada”, cit., pág. 310.

como bien señala en Informe del Consejo Fiscal, “podría resultar positiva y eficaz en muchos casos”¹⁶.

El art. 710 ALECRIM prevé la posibilidad de que la estimación de un recurso se extienda, en lo que les resulte aplicable y favorable, a todas las restantes partes pasivas del proceso, aun cuando no hubiesen recurrido (*efecto extensivo de la estimación del recurso*). Sin embargo, el precepto no aclara quién debe hacer efectiva dicha extensión: ¿el órgano que resuelve el recurso debe explicitarlo en el texto de la resolución o posteriormente, vía aclaración?, ¿debe corresponder esta responsabilidad al tribunal de instancia?, ¿debe pedirlo la parte interesada? Quizá lo más razonable sea entender que la responsabilidad de hacer efectiva esta extensión de efectos recae, de oficio, en el tribunal de instancia, al que vincula la decisión del órgano superior.

4. LIBRO VII. TÍTULO II. CAPÍTULOS I Y II. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ARTS. 711 A 716)

Todas las resoluciones dictadas por los LAJS pasan a ser susceptibles de control judicial, generalizándose la posibilidad de recurrir en *revisión* para adaptar la regulación sobre esta materia a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que en los diferentes órdenes jurisdiccionales ha proscrito la posibilidad de que las decisiones de estos operadores jurídicos (gubernativos) sean inmunes al control jurisdiccional (Vid. SSTC 58/2016, de 17 de marzo; 72/2018, de 21 de junio; 15/2020, de 28 de enero; y 151/2020, de 22 de octubre)¹⁷.

4.1. Recurso de “reposición” frente a las “diligencias de ordenación” (arts. 711 y 712)

Contra las diligencias de ordenación dictadas por los LAJS podrá interponerse *recurso de reposición* en el plazo de cinco días (art. 711 ALECRIM 2020).

El procedimiento establecido para la sustanciación de este recurso no devolutivo exige que se interponga siempre por escrito, firmado por procurador y abogado, ante el propio LAJ, quien, tras admitirlo a trámite, debe re-

¹⁶ Informe del Consejo Fiscal al ALECRIM 2020, aprobado el 24 de noviembre de 2020, pág. 567.

¹⁷ Sentencias del TC mencionadas en el Informe del Consejo Fiscal al ALECRIM 2020, aprobado el 24 de noviembre de 2020, pág. 568.

solver tras haber concedido al MF y a las demás partes personadas un plazo común de tres días para que presenten sus alegaciones escritas (aunque el texto no lo diga expresamente, debe entenderse que si no se cumplieran los requisitos de admisibilidad del recurso, será propio LAJ el que lo *inadmita* mediante decreto, directamente recurrible en revisión por aplicación supletoria del art. 452, 2 LEC). La resolución de este recurso de reposición ante el LAJ debe adoptar la forma de decreto (art. 712 ALECRIM 2020).

4.2. Recurso de “revisión” frente a los “decretos” (arts. 713 y 715)

Contra los decretos dictados por los LAJS podrá interponerse *recurso de revisión* en el plazo de cinco días (art. 713 ALECRIM 2020).

El órgano con competencia funcional para conocer del recurso será el juez o tribunal que esté conociendo de la fase en que haya recaído el decreto (art. 714 ALECRIM 2020).

En cuanto al procedimiento, el ALECRIM 2020 establece el recurso de revisión se interpone siempre por escrito, firmado por procurador y abogado, en el que se expondrá la infracción que se atribuye a la resolución recurrida. Admitido a trámite por el LAJ, concederá al MF y a las demás partes personadas un plazo común de tres días para que presenten sus alegaciones escritas (aunque el texto no lo diga expresamente, debe entenderse que si no se cumplieran los requisitos de admisibilidad del recurso, será el juez o tribunal competente para resolver el que lo *inadmita* mediante providencia, por aplicación supletoria del art. 454, bis), 2, III LEC). La resolución del recurso de revisión, al tratarse de un recurso devolutivo, adoptará la forma de auto y será dictado por el juez o tribunal competente, sin que contra él quepa ya recurso alguno (art. 715 ALECRIM 2020).

Como hemos podido ver, llama la atención que el pre legislador establezca un procedimiento básicamente idéntico para los recursos de reposición y revisión, salvo, lógicamente, la diferencia en el órgano decisor debido a la respectiva naturaleza no devolutiva y devolutiva, respectivamente: plazo de cinco días para interponerlo; tres días comunes de alegaciones para el MF y las demás partes personadas y, finalmente, resolución sin más trámite, háyanse presentado o no escritos. Mejor hubiera sido, a nuestro juicio, que tras el plazo de alegaciones de tres días otorgadas al MF y a las partes personadas, se hubiera previsto, un plazo prudencial de, al menos cinco días, para que resuelva el tribunal, a semejanza de la legislación procesal civil (art. 454, bis), 2, III, *in fine* LEC).

4.3. Supuestos especiales de impugnación de resoluciones del LAJ en ejecución civil y medidas cautelares reales (art. 716)

Bajo la expresión de supuestos especiales de impugnación, el redactor del ALECRIM 2020, quizá de forma superflua o innecesaria, se remite a la regulación de la LEC en cuanto al régimen de recursos frente a las resoluciones de los LAJS para la *ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia*¹⁸ y para la *realización de medidas cautelares reales*¹⁹. No debemos olvidar que el art. 4 LEC establece, con carácter general, la supletoriedad de la LEC, “en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares”.

Sin olvidar que todas las resoluciones del LAJ, algunas de ellas de indudable trascendencia para las partes en el procedimiento, como pueda ser el decreto de aprobación del remate, siempre podrán someterse a la decisión última del juez o tribunal competente para ejecución, cumpliéndose así la doctrina constitucional que se deriva de las sentencias del TC sobre esta materia²⁰.

5. LIBRO VII. TÍTULO III. RECURSOS CONTRA AUTOS (ARTS. 717 A 725).

El Título III del Libro VII se dedica a regular el régimen de recursos frente a los *autos* dictados por los distintos jueces y tribunales que van a ir intervinando en el proceso penal: el juez de garantías, el juez de la audiencia preliminar y los órganos judiciales de enjuiciamiento y de ejecución²¹.

¹⁸ Vid. arts. 562 y ss. LEC.

¹⁹ Vid. arts. 721 y ss. LEC.

²⁰ Vid. SSTC 58/2016, de 17 de marzo; 72/2018, de 21 de junio; 15/2020, de 28 de enero; y 151/2020, de 22 de octubre.

²¹ La Exposición de Motivos ALECRIM 2020 señala que el nuevo modelo de impugnación de los autos se aparta de la regulación actualmente en vigor: “*esta se caracteriza por la duplicación de las impugnaciones disponibles, pues arbitra un recurso potestativo de reforma y un recurso adicional de apelación. Esta dualidad genera importantes retrasos en la tramitación de los procedimientos, lo que no parece justificado a la vista de la escasa virtualidad que, como instrumento de control, tiene la solicitud de revisión formulada al mismo juez que ha dictado la resolución cuestionada. Sin embargo, tampoco parece razonable que todo el control de las resoluciones interlocutorias quede relegado al recurso devolutivo formulado ante el tribunal de apelación. Esta carga adicional perjudicaría el eficaz ejercicio de la función fundamental de este órgano, que en el nuevo modelo ha de conocer en exclusiva de los recursos que se formulan contra las resoluciones que ponen fin al procedimiento con pleno efecto de cosa juzgada —los autos de sobreseimiento y las sentencias—.*

Pues bien, en esta encrucijada se ha seguido la opción intermedia que arbitró el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, consistente en aprovechar la particular fisonomía de los nuevos tribunales de instancia. Se configura, de este modo, dentro de este tribunal, una sección

Las tres modalidades de impugnación son tres: recurso de reforma, recurso de *apelación* y recurso de *queja*. Veámoslos.

5.1. Capítulo I. Recurso de “reforma” (arts. 717 a 720)

Con el encomiable propósito de agilizar la tramitación de los procedimientos, el ALECRIM 2020 viene a reproducir la regulación del recurso de reforma contenida en el Anteproyecto de 2011, en virtud de la cual dentro de los tribunales de instancia y de la Audiencia Nacional se configura una Sección de reforma encargada de conocer de los recursos de reforma interpuestos contra los autos susceptibles de impugnación por esta vía en los casos expresamente previstos (arts. 717 y 718 ALECRIM 2020). En palabras de los redactores de la Exposición de Motivos «el recurso de reforma mantiene, por tanto, su carácter horizontal, al resolverse dentro del mismo órgano de instancia, pero deja de estar atribuido al mismo juez que ha dictado la resolución impugnada». En los supuestos de aforamiento, la competencia funcional para conocer de este recurso de reforma corresponderá a unas nuevas Salas de Recursos que habrán de constituirse en el Tribunal Supremo y en los Tribunales Superiores de Justicia.

El recurso de reforma se *interpondrá* por escrito firmado por abogado y procurador dentro de un *plazo* de cinco días siguientes al de la notificación del auto recurrido. En el escrito de interposición se expondrán los motivos del recurso, se señalarán los particulares que hayan de tenerse en cuenta para resolver y se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las pretensiones que se formulen; y la admisión del recurso no suspenderá la continuación del procedimiento (arts. 718 y 719).

En cuanto al *procedimiento*, el LAJ admitirá el recurso y dará traslado a las demás partes personadas para que en el plazo común de tres días puedan impugnarlo o adherirse, alegando por escrito lo que consideren conveniente y señalando particulares o acompañando los documentos justificativos de sus pretensiones. En los tres días siguientes a la finalización del plazo, el LAJ pondrá la documentación del recurso a disposición del tribunal que, sin más trámites, resolverá lo que proceda. Cuando la ley expresamente lo disponga, se celebrará vista. También podrá acordarse la celebración de vista cuando el tribunal lo considere necesario para la correcta formación de una convicción fundada. En ese caso, el LAJ señalará la vista para el día más próximo posible y, en todo caso, dentro de los diez días siguientes. El

exclusivamente encargada de conocer los recursos de reforma contra los autos impugnables, excepción hecha, según lo expuesto, de aquellos que ponen fin al procedimiento (...)

recurso se resolverá mediante auto dentro de los cinco días siguientes a la puesta a disposición de la documentación o a la celebración de la vista. Finalmente, se establece que tendrán tramitación preferente los recursos que, en los casos establecidos en la ley, puedan presentarse contra autos dictados en materia de medidas cautelares o en relación con la práctica de las diligencias de investigación (art. 720).

En nuestra opinión, dos son las críticas que merece la proyectada regulación del recurso de reforma frente a los autos del juez de garantías, del juez de la audiencia preliminar y de los órganos judiciales de enjuiciamiento y de ejecución. La primera, de mayor calado, incluso con trascendencia constitucional, es la dificultad de concebir un recurso horizontal que, a la vez sea conocido y decidido por “otro tribunal”, superior jerárquico, dentro del mismo tribunal de instancia (vemos una clara “desnaturalización” del recurso de reforma, que pasa a ser una apelación encubierta, con la dificultad añadida de garantizar, dentro de este galimatías de órganos dentro del mismo tribunal, la predeterminación del juez o tribunal encargado de decidir cada recurso). La segunda crítica, de menor rango o importancia, consiste en sugerir al pre legislador, como hizo el Consejo Fiscal en su informe, que se otorgue preferencia a la tramitación de los recursos contra autos relativos solo a las medidas cautelares “personales”, pero no a cualquier medida cautelar²².

5.2. Capítulo II. Recurso de “apelación” (arts. 721 a 723)

El art. 721 ALECRIM 2020 atribuye la competencia para conocer de esta apelación frente a autos a la Sala de apelación de los Tribunales Superiores de Justicia (autos dictados por los tribunales de instancia de su circunscripción); a la Sala de apelación de la Audiencia Nacional (autos dictados por otros órganos de este tribunal); y a las Salas de recursos de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo (autos relativos a procedimientos seguidos contra personas aforadas en sendos tribunales; vemos que para los aforados se confiere la competencia funcional en los recursos de reforma y apelación a una misma Sala).

Solo serán susceptibles de ser recurridos en apelación contra los siguientes autos: a) de sobreseimiento; b) contra los que declaren que la prueba ha sido obtenida con violación de los derechos fundamentales, ex-

²² Informe del Consejo Fiscal al ALECRIM 2020, cit., pág. 569.

cluyéndola del procedimiento; c) los autos dictados para la ejecución de la sentencia, en los casos expresamente previstos por la ley (art. 722).

Cabe preguntarse, pues, si este recurso es de naturaleza “ordinaria” o “extraordinaria”, ya que solo cabe frente a muy pocas resoluciones, lo cual hace inclinarnos por considerar que estamos ante el primer recuso de “apelación extraordinario” de la historia procesal penal española. Por otra parte, cabe señalar, como bien dice el Consejo Fiscal en su Informe que “olvida el prelegislador en el catálogo de resoluciones recurribles del precitado artículo la apelación prevista en el art. 831.3 ALECRim contra el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que resuelva la impugnación excepcional de la incoación del procedimiento para la actuación de la Fiscalía Europea”²³.

El artº. 723 unifica la tramitación (procedimiento y plazos) de los recursos de reforma y apelación, lo cual nos reafirma en la duda sobre la naturaleza “no devolutiva” del recurso de reforma.

5.3. Capítulo III. Recurso de “queja” (arts. 724 y 725)

En el caso del recurso de queja frente a los autos de inadmisión de los recursos de reforma y de apelación el ALECRIM 2020 toma como modelo la regulación contenida en el BCPP 2013; esto es, una regulación general del recurso de queja frente a esas dos inadmisiones (reforma y apelación), así como frente al auto denegatorio de la preparación del recurso de casación (arts. 724 y 725 ALECRIM 2020).

El recurso de queja se *interpondrá* por escrito firmado por abogado y procurador dentro de un *plazo* de cinco días, ante el tribunal competente para resolver el recurso inadmitido. En el escrito de interposición se expondrán con “concisión y claridad los motivos de la queja”, y se acompañará el testimonio del auto denegatorio.

En cuanto a la *tramitación* del recurso (art. 725), se establece que, recibida la queja, el LAJ lo comunicará al juez o tribunal y dará traslado al Ministerio Fiscal, si no fuera el recurrente, para que informe en el plazo de tres días. Dentro de dicho plazo, las demás partes personadas podrán impugnar el recurso de queja.

Si fuese necesario para resolver, el tribunal reclamará del juez o tribunal los antecedentes que precise. Transcurrido el plazo anterior el tribunal dictará la resolución que proceda, contra la que no cabrá recurso alguno. La decisión se comunicará al juez o tribunal de procedencia.

²³ Informe del Consejo Fiscal al ALECRIM 2020, cit., pág. 570.

III. CONCLUSIONES

Primera.— A pesar de los silencios clamorosos del ALECRIM 2020, entendemos que, al igual que sucede con las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, todas las resoluciones dictadas por los Fiscales deben ser susceptibles de control judicial, generalizándose la posibilidad de recurrir inmediatamente a dicha figura, para que la nueva regulación sobre esta materia respete la doctrina del Tribunal Constitucional y del TJUE en esta materia. Ni LAJS ni Fiscales, a diferencia de los Jueces y Magistrados, gozan de la nota estatutaria de “independencia” exigida para administrar justicia (art. 117 CE).

En su intento de despojar de carácter jurisdiccional a la fase de instrucción (a la que se considera como una fase “preparatoria”, en la que simplemente se insertan algunas “potestades judiciales”), dirigida “formalmente” por el Fiscal, se ha previsto en los arts. 19.7 y. 585 ALECRIM 2020, con carácter general, la impugnación de las decisiones del fiscal, ante el Juez de Garantías, en los casos expresamente señalados en la ley (por ejemplo, arts. 180, 552, 567, 594 ALECRIM 2020). A estas “impugnaciones” no las quiere denominar “recurso” el pre legislador, pero se trata de verdaderos recursos, absolutamente equiparables a los recursos de “revisión” previstos contra los decretos de los LAJS.

Segunda.— Se advierten algunas carencias técnicas en el texto del ALECRIM 2020; *ad exemplum*: a) no se distingue claramente en el texto los preceptos que regulan la competencia objetiva y cuáles la competencia funcional; b) no se regulan, con una mínima sistemática, los efectos de la interposición de los recursos, ni los motivos de inadmisión (salvo la interposición fuera de plazo, art. 701.2); c) no se establece el órgano que debe decidir sobre la inadmisión (arts. 712 y 715); d) se reitera innecesariamente la prohibición de la *reformatio in peius* (arts. 24 y 703).

Tercera.— En cuanto a la legitimación activa para recurrir, los artículos 701 y 702 ALECRIM 2020 parecen circunscribir la legitimación para recurrir a las partes que hayan sufrido algún tipo de perjuicio (gravamen) y, por supuesto, al Ministerio Fiscal. Sin embargo se echa en falta, en aras de conseguir una justicia completa, el reconocimiento de legitimación a quienes sin haber sido parte en el proceso resulten perjudicados por la sentencia, como pueden ser las víctimas que habían decidido hasta ese momento no ser parte en el proceso, o los herederos de las partes y los terceros que hayan sido condenados.

Cuarta.— Sin embargo, consideramos que el pre legislador pierde una buena oportunidad para dotar de verdadera autonomía procesal al recurso sobrevenido, sobre todo, cuando éste entra en total contradicción y colisiona con la pretensión formulada por el recurrente inicial. Para ello, en primer lugar, sería preferible abandonar la terminología de “adhesión” o “supeditación”, por otra más aséptica, como “recurso sobrevenido” (o “impugnación reconventional”), que reforzara la idea de autonomía e independencia de la nueva impugnación; esto es, ésta debiera tener unos efectos similares a los que acaba de producir la interposición del recurso en el plazo ordinario por alguna otra parte. La única subordinación de esta apelación (o casación) sobrevenida respecto de la “principal” se debiera producir en relación con la preexistencia necesaria de esta. Solo si efectivamente alguna parte ha recurrido inicialmente la sentencia, cabrá la impugnación posterior del recurrido, ya que si ninguna de las partes ha interpuesto el recurso tempestivamente, habrá precluido la posibilidad de que posteriormente se pueda atacar el contenido de la sentencia. En todo lo demás, se trata de un nuevo recurso con plena autonomía y eficacia propia.

Quinta.— Todas las resoluciones dictadas por los LAJS pasan a ser susceptibles de control judicial, generalizándose la posibilidad de recurrir en *revisión* para adaptar la regulación sobre esta materia a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que en los diferentes órdenes jurisdiccionales ha proscrito la posibilidad de que las decisiones de estos operadores jurídicos (gubernativos) sean inmunes al control jurisdiccional (Vid. SSTC 58/2016, de 17 de marzo; 72/2018, de 21 de junio; 15/2020, de 28 de enero; y 151/2020, de 22 de octubre).

Sexta.— En nuestra opinión, dos son las críticas que merece la proyectada regulación del recurso de reforma frente a los autos del juez de garantías, del juez de la audiencia preliminar y de los órganos judiciales de enjuiciamiento y de ejecución. La primera, de mayor calado, incluso con trascendencia constitucional, es la dificultad de concebir un recurso horizontal que, a la vez sea conocido y decidido por “otro tribunal”, superior jerárquico, dentro del mismo tribunal de instancia (vemos una clara “desnaturalización” del recurso de reforma, que pasa a ser una apelación encubierta, con la dificultad añadida de garantizar, dentro de este galimatías de órganos dentro del mismo tribunal, la predeterminación del juez o tribunal encargado de decidir cada recurso). La segunda crítica, de menor rango o importancia, consiste en sugerir al pre legislador, como hizo el Consejo Fiscal en su informe, que se otorgue preferencia a la tramitación de los recursos contra autos relati-

vos solo a las medidas cautelares “personales”, pero no a cualquier medida cautelar.

Séptima.— Finalmente, y con carácter general, el prelegislador nos exige examinar el texto a través de dos singulares “actos de fe”: primero, porque todo el nuevo sistema procesal penal, incluido el sistema de recursos, parte de la base de la atribución de la dirección de la *instrucción* criminal al Ministerio Fiscal, pero *sin que conozcamos* ningún Borrador de nuevo Estatuto orgánico del MF que, necesariamente, debe acompañar al nacimiento de una LECRIM como la que se propone (algunos estamos muy pendientes de la regulación de la responsabilidad jurídica —en todas sus vertientes— del MF en su nuevo papel de “director”); y en segundo lugar, también *desconocemos* la letra pequeña de los proyectados Juzgados de Instancia (con planta y estructura sin definir nítidamente, sin que sepamos cuáles van a ser la funciones atribuidas a sus Presidentes, ni cómo van a ser nombrados éstos; en definitiva, a algunos nos angustia la duda acerca de si se van a crear verdaderos órganos jurisdiccionales predeterminados por la ley, es decir, respetuosos con el art. 24.2 CE).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, TERESA (Coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal. ¿Una dirección adecuada?*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “Comentario a la “Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010: Recurso de apelación. Imposibilidad de ampliar el objeto del recurso por parte del apelante principal en el trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por la parte apelada”, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. IV (2010), Madrid, Dykinson, 2011, págs. 297 y ss.
- Informe del Consejo Fiscal al ALECRIM 2020, aprobado el 24 de noviembre de 2020 (<https://www.fiscal.es/documents/20142/9fe276ae-cc62-9f19-d0c3-084201d1392a>).
- TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, “El recurso de apelación contra sentencias en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, pendiente de publicarse en el número 5, 2022, de la *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (Revista APDPUE).
- VIDAL HERRERO, ÁLVARO, *La apelación “adhesiva” penal*, Madrid, Dykinson, 2019.
- VIDAL HERRERO, ÁLVARO, *La apelación “reconvencional” civil*, Madrid, Dykinson, 2019.

EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

The Appeal Against Sentences in the Draft Bill of the Criminal Procedure Law

José Antonio TOMÉ GARCÍA

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
jatome@ucm.es

SUMARIO: I. APELACIÓN LIMITADA O RESTRINGIDA. II. COMPETENCIA. III. MOTIVOS DEL RECURSO DE APELACIÓN. 1. Las partes acusadoras no pueden recurrir por error en la valoración de la prueba. 2. Recurso de apelación por infracción de ley. 3. Recurso de la persona condenada para la revisión de la valoración de la prueba. IV. LA PRUEBA EN APELACIÓN. V. PROCEDIMIENTO. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En este trabajo se analizan las novedades que introduce el ALECrím20 con relación al recurso de apelación contra sentencias. Y entre dichas novedades, dedicaremos una especial atención al análisis del distinto tratamiento que el Anteproyecto da a las partes en este recurso, según quién haya recurrido. En concreto, al condenado se le permite recurrir por cualquier motivo, incluido el error en la apreciación de la prueba, pudiendo introducir hechos nuevos, así como proponer pruebas en supuestos excepcionales similares a los previstos en nuestra vigente LECrim. En cambio, a las partes acusadoras no se les permite pedir la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, ni incorporar hechos nuevos en apelación. Tampoco pueden proponer pruebas, salvo cuando previamente lo hubiere hecho el condenado y, en estos casos, incluso podrán pedir la práctica de pruebas ya practicadas en la primera instancia.

Abstract: This paper analyzes the novelties introduced by the ALECrím20 in relation to the appeal against sentences. Among these novelties, we will pay special attention to the analysis of the different treatment that the Draft Bill gives to the parties in this appeal, depending on who has appealed. Specifically, the convicted party is allowed to appeal for any reason, including error in the assessment of the evidence, and may introduce new facts, as well as propose evidence in exceptional cases similar to those provided for in our current Criminal Procedure Act. On the other hand, the prosecuting parties are not allowed to request the revision of the facts declared proven in the appealed sentence, nor to incorporate new facts in the appeal. Nor

can they propose evidence, except when the convicted party has previously done so and, in these cases, they may even request the practice of evidence already practiced in the first instance.

Palabras clave: recurso de apelación, segunda instancia, motivos de apelación, prueba en apelación.

Keywords: appeal, second instance, grounds of appeal, evidence on appeal.

ABREVIATURAS

ALECrím: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal

ALECrím20: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

Art.: Artículo

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

E. de M.: Exposición de Motivos

LECiv: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STS: Sentencia Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Con relación al recurso de apelación contra las sentencias en el ALECrím20, debemos resaltar, antes que nada, que la regulación de dicho recurso, lo mismo que sucede con otras muchas materias desarrolladas en dicho Anteproyecto, es casi idéntica a la contemplada por el ALECrím de 2011. Si leemos la E. de M. de ambos anteproyectos, respecto de este tema, veremos que es prácticamente la misma¹, y los preceptos que lo desarrollan en el ALECrím20 (arts. arts. 726 a 741) son una reproducción casi literal de los arts. 623 a 640 ALECrím de 2011. La única diferencia reside en que el ALECrím 2011 incluía en los citados preceptos referencias al recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, y ahora, en el ALECrím20, se suprimen dichas referencias, puesto que es intención del actual Ministerio de Justicia que la regulación del Tribunal del Jurado se lleve a cabo al margen de la LECrím, en espera de

¹ Vid. Apartado LXXXI de la E. de M. del ALECrím20 y Apartado LXXVII de la E. de M. del ALECrím de 2011.

la decisión que se adopte en un futuro sobre el modelo de jurado a implantar y sobre su concreto ámbito competencial².

Una vez hecha esta aclaración, en este trabajo vamos a comentar las características fundamentales que presenta el recurso de apelación contra las sentencias en el ALECrím20, insistiendo, sobretodo, en las novedades que introduce con relación a la regulación vigente (arts. 790 a 792 LECrím).

I. APELACIÓN LIMITADA O RESTRINGIDA

El ALECrím20, en la línea marcada ya por la LECrím, opta por una apelación “limitada” o restringida que, como regla general, tiene por objeto revisar el proceso desarrollado en la primera instancia (*revisio prioris instantiae*), permitiéndose la práctica de pruebas en la segunda instancia únicamente en supuestos excepcionales, frente al modelo de apelación “plena” consistente en la repetición en segunda instancia del juicio ya celebrado en primera instancia. Así, señala el art. 726.1º ALECrím20 que “el recurso de apelación contra las sentencias tiene por objeto verificar la adecuación a la legalidad del proceso desarrollado en la instancia, asegurando, en particular, que las garantías constitucionales y los derechos fundamentales de las partes han resultado respetados”.

La opción por una apelación “limitada” frente al modelo de apelación “plena” se justifica en la E. de M. del ALECrím20 en los siguientes términos: “La doctrina procesal y la propia experiencia del sistema alemán de doble enjuiciamiento ponen de relieve que son mayores los inconvenientes y desventajas del sistema pleno que los derivados del sistema limitado. La apelación plena conduce, por una parte, a que las partes se reserven su verdadera estrategia procesal para la segunda instancia, sirviendo el primer enjuiciamiento para tantear o explorar las posibilidades del contrario.

² “Lo cierto es que, una vez instaurado un modelo general de proceso de corte acusatorio, la regulación procedimental del jurado puede ser fácilmente acometida como pieza separada. Como procedimiento especial, no ha de implicar más que una regulación de la forma de constitución del órgano y algunas previsiones singulares sobre el desarrollo del juicio oral. No parece, sin embargo, apropiado incluir esta sencilla pieza procedimental en la regulación general del proceso penal sin que se tome, previamente, una decisión firme y segura acerca del modelo de jurado y sobre su concreto ámbito competencial, cuestiones estas que, dada la disparidad radical de las propuestas realizadas en 2011 y 2013, requieren un debate específico y monográfico. Las decisiones necesarias pueden ser adoptadas autónomamente, en el seno de una ley especial, sin afectar en lo más mínimo la configuración estructural del nuevo proceso penal. La ley que configure el Tribunal del Jurado podrá contemplar, al tiempo, sin mayor dificultad, las peculiaridades procedimentales correspondientes -que, frente a lo que ocurría en el año 1995, ya no deben afectar al procedimiento de investigación-” (Apartado XIV de la E. de M. del ALECrím20).

Por otra parte, en el segundo juicio, la dinámica de los testimonios pierde su espontaneidad; los intervinientes tienden a reproducir -o a reconstruir, según sus intereses- lo narrado en el juicio anterior, dejando de tener como referencia principal su percepción directa de los hechos. La virtualidad del acto del juicio oral como medio de esclarecimiento de la verdad se ve, de este modo, reducida en las dos instancias, en un caso por la omisión de las pruebas relevantes y en el otro por la devaluación de su contenido... En realidad, nada garantiza un mayor acierto del tribunal de apelación en la apreciación directa de la prueba. De hecho, de cara a asegurar una más racional valoración de la prueba practicada, sería más efectivo que todo el enjuiciamiento en primera instancia se atribuyese a un tribunal colegiado, lo que exigiría una inversión económica menor que la instauración de un sistema generalizado de apelación plena. Por este motivo, el sentido de la revisión fáctica en el recurso de apelación ha de ser otro distinto, más adecuado a su fisonomía como instrumento de control de la legalidad del proceso verificado en instancia. En definitiva, el texto articulado opta claramente por un modelo de apelación limitada”.

Compartimos dichas reflexiones. Además, razonamientos similares se venían haciendo ya por nuestros tribunales, que, con relación a los sistemas de apelación plena se planteaban numerosos interrogantes: “a) ¿Qué ocurrirá cuando los declarantes dejen voluntariamente de comparecer, especialmente el apelado al que no interesa la celebración de dicha vista? b) ¿En qué medida la celebración de una nueva vista con el contenido indicado no supone una revisión del juicio de primera instancia sino un nuevo juicio con nuevas y distintas pruebas (posiblemente contaminadas)? c) ¿En qué medida se vulnera el derecho a un proceso justo si, celebrada nueva vista con nuevas pruebas, se condena por primera vez al acusado sin posibilidad de apelar la sentencia? Tampoco se escapan los problemas de medios que conlleva la nueva doctrina. Cientos, miles de nuevas vistas (con un doble contenido -visionado y nueva prueba-) habrán de celebrarse con el consiguiente aumento de la carga de trabajo y sin el correlativo aumento de medios personales en los Tribunales de justicia” (SAP de Madrid núm. 97/2010, de 5 de abril -JUR 2010\204938-). Por otra parte, se afirma que “iría contra el más elemental principio de seguridad jurídica la posibilidad de que toda esa prueba se practicara nuevamente ante el órgano de apelación, puesto que quienes ya declararon inicialmente serían conscientes de lo que han dicho los demás, pudiendo ante ello modificarse las versiones, o introducirse nuevos datos no puestos de manifiesto con anterioridad, que afectarían a la fiabilidad de sus testimonios, sin contar con las obvias

inexactitudes propias del trascurso del tiempo que harían materialmente imposible una reproducción fiel y exacta del juicio de instancia, sin contar además con las bondades de una nueva instancia” (SSAP de Las Palmas núm. 118/2007, de 8 de junio -JUR 2007\286381-, y núm. 252/2007, de 1 de octubre -JUR 2008\48942-). El propio Tribunal Supremo también expresa sus reservas a esta posibilidad cuando afirma que la reproducción de las pruebas en segunda instancia, implantando el modelo de apelación plena, y abandonando “el modelo de apelación limitada o restringida, que es el tradicional de nuestro ordenamiento procesal..., supondría en la práctica una alteración sustancial del sistema de recursos en el ámbito procesal penal, con bastantes más inconvenientes que ventajas” (STS núm. 1423/2011, de 29 de diciembre -RJ 2012\1114-).

II. COMPETENCIA

La competencia para conocer del recurso de apelación contra las sentencias se encomienda, como regla general, a la Sala de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia, con independencia de la gravedad de los delitos sobre los que verse el proceso.

Dispone el art. 727 ALECrim20 que “será competente para conocer del recurso de apelación: 1.º La Sala de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia cuando se trate de sentencias dictadas por los Tribunales de Instancia de su circunscripción...”.

En consecuencia, en el ALECrim20 se encomienda la primera instancia a los Tribunales de Instancia (vid. arts. 31 y 32 ALECrim20), y la segunda instancia a la Sala de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia (vid. art. 33.3º ALECrim20). A estos efectos, señala la E. de M. del Anteproyecto que “la división orgánica de las funciones de decisión y revisión de lo decidido... permitirá una mayor especialización de los jueces penales, así como una configuración más razonable y escalonada de su carrera profesional. Los magistrados de los tribunales de instancia estarán exclusivamente dedicados al enjuiciamiento, unipersonal o colegiado, de los delitos mientras que las diversas Salas de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia estarán especializadas en la tramitación de los recursos de apelación frente a sentencias. Ambas funciones podrán ser ejercidas, por tanto, desde una óptica unitaria...”. Además, “la unificación orgánica de la segunda instancia constituye, igualmente, un instrumento útil para construir un modelo funcional de casación”, recurso que, en el ALECrim20, se quiere centrar precisamente en su función de unificación doctrinal frente a las decisiones

adoptadas por las Salas de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma.

Resulta, por tanto, que la primera novedad que introduce el ALECRim20 en cuanto al recurso de apelación contra las sentencias es que, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, en que la segunda instancia se encomienda a órganos diferentes dependiendo de quién conoció en primera instancia (Audiencia Provincial, si en primera instancia conoció el Juzgado de lo Penal; Tribunal Superior de Justicia, si en primera instancia conoció la Audiencia Provincial), la competencia para conocer de la segunda instancia se encomienda, independientemente de la gravedad del delito, a los Tribunales Superiores de Justicia.

Por otra parte, en cuanto a la competencia para conocer de la apelación, el citado art. 727 recoge un par de matizaciones a la regla general antes mencionada: si se trata de sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cabría apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (como sucede hoy día); y si se trata de sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en los casos de aforamiento cabría apelación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En este último punto, el ALECRim20 introduce una segunda novedad: el proceso penal en el que figura como encausado un aforado de la Comunidad Autónoma, en la actualidad proceso de única instancia³, pasa a convertirse en un proceso de doble instancia: primera instancia ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; segunda instancia, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (vid. art. 35.5^o ALECRim20)⁴. Esta novedad también la valoramos positivamente. De esta forma, el ALECRim se acomoda a lo dispuesto por el art. 14.5^o PIDCP (“toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”)⁵, aunque, como sabemos, el

³ Contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cabe casación ante el Tribunal Supremo (vid. art. 847 LECrim).

⁴ La posibilidad de interponer recurso de apelación contra estas sentencias, además de mencionarse expresamente en los arts. 727 y 35.5^o ALECRim20, también se desprende del art. 726.2^o ALECRim20, cuando dispone que “serán recurribles en apelación, en la forma y por los motivos establecidos en el presente título, las sentencias recaídas en instancia en los procesos penales por delito con la sola excepción de las dictadas por el Tribunal Supremo”.

⁵ Sobre dicho precepto y el derecho del condenado a recurrir como garantía constitucional del proceso penal, vid. TOMÉ GARCÍA, J.A.; *Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal (Estudio de la regulación vigente y del borrador del nuevo Código Procesal Penal de 2013)*, edit. Colex, Madrid, 2013, pp. 13 y ss.

apartado 2 del art. 2 del Protocolo núm. 7 al CEDH permitía que, en estos casos, no hubiera segunda instancia⁶.

III. MOTIVOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. LAS PARTES ACUSADORAS NO PUEDEN RECURRIR POR ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Con relación a los motivos por los que cabe recurrir en apelación contra la sentencia dictada, la principal novedad que introduce el ALECrím20 consiste en permitir que el condenado pueda recurrir, tanto por infracción de ley procesal o material, como por error en la apreciación de la prueba, mientras que a las partes acusadoras solo se les autoriza a recurrir por infracción de ley. En ningún caso se permite que las partes acusadoras puedan recurrir por error en la apreciación de la prueba, ni puedan solicitar la revisión de la declaración de hechos probados. Conforme al ALECrím20 las partes acusadoras únicamente podrán solicitar el control jurídico de la motivación fáctica de la sentencia, que puede dar lugar a la nulidad de la sentencia absolutoria en los casos de irracionalidad o arbitrariedad de la valoración de la prueba o de completa omisión de dicha valoración en relación con alguna prueba relevante.

Consecuencia de lo anterior es que, en el ALECrím20, el recurso de apelación dejaría de ser un recurso ordinario, que cabría interponer por cualquier motivo, siempre que la sentencia ocasione al recurrente o perjuicio o gravamen⁷, y se convertiría en un recurso extraordinario, que únicamente podría interponerse, al menos por las partes acusadoras, por una serie de motivos taxativamente establecidos por la ley.

⁶ En concreto, disponía el citado precepto que el derecho a la segunda instancia podía “ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultados de un recurso contra su absolución”

Vid., también, sobre este tema, las SSTC núms. 64 y 66/2001, de 17 de marzo.

⁷ “Solo podrá interponer el recurso legalmente previsto contra una resolución la parte a la que esta cause algún perjuicio” (art. 702 I ALECrím20).

Sobre las disposiciones generales referidas a los recursos, contenidas en los arts. 701 a 710 ALECrím20, vid. los interesantes comentarios que efectúa el profesor CHOZAS ALONSO (J.M.), en el trabajo publicado en este número 5, 2022, de la Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas (Revista APDPUE), con el título siguiente: “La regulación de los recursos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020. Disposiciones generales, recursos contra resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia y los recursos contra autos”.

Lo anterior constituye, en principio, una novedad muy relevante con relación a lo previsto por nuestra LECrim. Es por ello por lo que vamos a comparar la regulación vigente con la contenida en el ALECrím20, para comprobar si, a estos efectos, el ALECrím20 introduce realmente un cambio tan importante.

En la actualidad, conforme a nuestra LECrim y a la doctrina jurisprudencial recaída al respecto, podemos afirmar que, en caso de apelación contra las sentencias, la revisión que puede efectuar el Tribunal *ad quem* del proceso desarrollado en primera instancia ante el Juez *a quo* es muy amplia. El Tribunal *ad quem* puede revisar tanto la aplicación del derecho material o procesal que ha llevado a cabo el Juez *a quo*, como la valoración que dicho Juez haya hecho de la prueba practicada en el juicio. Ahora bien, como sabemos, se deben respetar ciertos límites. Por un lado, el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*⁸ y la imposibilidad de que el Tribunal *ad quem* pueda entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por todas las partes, al no haber sido objeto de impugnación (“*tantum devolutum, quantum appellatum*”)⁹. Y, por otro, hay que recordar también que el Tribunal *ad quem* carece de un elemento fundamental para valorar las pruebas, en particular las pruebas de carácter personal, del que sí disfruta el Juez *a quo*: la inmediación. Esto provoca que nuestros tribunales otorguen prevalencia a la valoración efectuada por el Juez *a quo* ante el que se practicaron las pruebas, salvo en supuestos excepcionales en los que dicha valoración haya sido manifiestamente errónea, insuficiente o contenga valoraciones desacertadas o absurdas. Además, en el caso concreto de tratarse del recurso de apelación contra sentencias absolutorias, no sólo se debe otorgar prevalencia a la valoración de las pruebas de carácter personal efectuada por el Juez *a quo*, sino que, a partir de la famosa STC 167/2002, de 18 de septiembre, nuestro Alto Tribunal sentó la doctrina de que no era posible que el Tribunal *ad quem* pudiera revocar una sentencia

⁸ El principio de la prohibición de la *reformatio in peius* se recoge expresamente en el art. 703 ALECrím20: “La situación jurídica establecida para el recurrente en la resolución impugnada no podrá verse empeorada por causa exclusiva de su propio recurso” (como el precepto se refiere sin más al “recurrente”, es evidente que dicho principio es aplicable no solo cuando el que recurre es el condenado en la sentencia de instancia sino también cuando lo fuera la parte acusadora).

⁹ Vid., en términos similares, SAP de Las Palmas, de 28 de enero de 1999 (ARP 1999\388). Como señala el art. 465.5º LECiv, con relación a la apelación en el proceso civil, “el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación...”. No obstante, mientras que el fundamento de esta norma en el proceso civil es el principio dispositivo, en el proceso penal la justificación de exigir la observancia del principio “*tantum devolutum, quantum appellatum*” reside en la proscripción de la indefensión.

absolutoria por error en la valoración de pruebas de naturaleza personal, puesto que el Tribunal *ad quem* no podía revisar la valoración efectuada por el juez *a quo* de dichas pruebas de naturaleza personal si no se reproducían dichas pruebas ante dicho Tribunal *ad quem*¹⁰. Y como tal reproducción no es posible con la vigente LECrim (vid. art. 790.3º LECrim), el resultado fue que, hasta la reforma introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, se consideraba imposible que el Tribunal *ad quem* pudiera revocar una sentencia absolutoria por error en la valoración de pruebas de carácter personal. Hoy día, tras la citada reforma, el Tribunal *ad quem* sigue sin poder revocar una sentencia absolutoria por error en la valoración de las pruebas de carácter personal, pero sí se permite que las partes acusadoras puedan impugnar una sentencia absolutoria por error en la valoración de pruebas personales y puedan pedir la anulación del juicio y, una vez anulado éste, que se proceda a celebrar de nuevo. En concreto, como señala el apartado tercero del art. 790.2º LECrim, “cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”. Si se justifican estos extremos, “la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2º”. Lo que sí será posible es que la sentencia, absolutoria o condenatoria, pueda “ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida”, y “la sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa” (vid. art. 792.2º LECrim)¹¹.

¹⁰ No obstante, conviene advertir que determinadas pruebas sí pueden ser valoradas por el Tribunal *ad quem* en segunda instancia sin necesidad de reproducción de las mismas. Es lo que sucede con la prueba documental o con la prueba pericial cuando el tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta (no cuando el perito comparece en el juicio para explicar su informe pericial) (vid., en este sentido, por ejemplo, STC 120/2009, de 18 de mayo).

¹¹ Según el Magistrado VELASCO NÚÑEZ, “esta declaración de nulidad con origen en una discrepancia en la valoración probatoria -por insuficiencia o irracionalidad-, obliga a la sala *ad quem*, en su sentencia de apelación, a indicar dónde radica la arbitrariedad, incoherencia, irracionalidad o absurdez de la Sala *a quo* o la omisión valorativa de prueba trascendental que pueda girar el

Por el contrario, el ALECRim20 dispone que, a diferencia de lo que sucede cuando el recurrente es el condenado, las acusaciones no podrán, en ningún caso, solicitar la revisión de los hechos declarados probados en la instancia y solamente podrán recurrir por motivos de infracción de ley. Este distinto tratamiento, según la parte que recurra, lo justifica el Anteproyecto con las siguientes palabras: “Es evidente que, dictada una sentencia condenatoria, los márgenes de revisión deben ser más amplios, pues la persona condenada está asistida de un derecho que no tiene correspondencia en el lado de los acusadores: la presunción de inocencia. El estatuto constitucional de la persona acusada exige, inequívocamente, la configuración de una apelación asimétrica¹², en la que se configuran motivos comunes de infracción de ley sustantiva y procesal que se ven significativamente desbordados cuando se trata del recurso de apelación interpuesto frente a una condena, pues hay infracciones legales que son exclusivas del estatuto procesal de quien se encuentra protegido frente a toda resolución condenatoria que no haya sido dictada en virtud de prueba de cargo suficiente y más allá de toda duda razo-

sentido del fallo de la instancia y a explicarlo, sin hacer su propia valoración probatoria, para no predeterminar, condicionar, ni compeler a aquella a la hora en que deba dictar la segunda resolución” (VELASCO NÚÑEZ, E., 2020, “Sobre la apelación de sentencias absolutorias”. en *Conflegal* [<https://conflegal.com/20201014-sobre-la-apelacion-de-sentencias-absolutorias/>]).

¹² Señala MORENO CATENA, con relación a la E. de M. del ALECRim de 2011, que “de este modo se produce una asimetría en las posiciones de las partes procesales, que no es desconocida en el proceso penal... Como primera reflexión ha de sostenerse que el respeto al principio de igualdad entre la acusación y la defensa no implica atribuir a ambas partes poderes y facultades procesales idénticos, de manera que el ordenamiento podrá establecer un tratamiento desigual cuando resulte debidamente justificado y razonable, de acuerdo con los intereses que cada una de ellas defiende en el proceso. Pues bien, desde la perspectiva del respeto del principio de igualdad, habrá de justificarse, en términos de adecuación a un fin constitucionalmente legítimo y de proporcionalidad, la excepción que se sostiene, prohibiendo la impugnación de la acusación cuando se pretenda que el órgano de apelación realice una valoración diferente de los medios de prueba practicados ante el juez *a quo*”.

También destaca MORENO CATENA que “no cabe duda de que, como sostenía la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del caso *Green v. United States*, 335 U.S. 184 (1957), «al Estado, con todos los resortes y su poder, no se le debería autorizar a realizar reiterados intentos de condenar a un individuo por un mismo delito, haciéndole pasar por una situación de dificultad que no sólo le hace incurrir en gastos, sino que le somete a la terrible experiencia del proceso obligándolo a vivir en un estado de continua ansiedad e inseguridad, incrementando la posibilidad de que, si bien ha sido declarado inocente, pueda terminar siendo declarado culpable», en aplicación de la garantía constitucional de la prohibición del doble riesgo para el acusado (*double jeopardy*) que fuera sometido a un doble enjuiciamiento, derivada de la 5ª Enmienda de la Constitución de los EEUU. Por eso, para el acusado la sentencia absolutoria es el final, dando por terminado el período en que ha estado expuesto al riesgo de la condena, de modo que el Estado no puede abrir un nuevo juicio a través de la apelación contra una sentencia absolutoria, aunque ésta pueda parecer errónea” (MORENO CATENA, V., “El recurso de apelación y la doble instancia penal”, en “Estudios de los nuevos recursos en el orden penal”, publicado en *Estudios de Derecho Judicial* núm. 149-2007, CGPJ, Madrid, pp. 62 y 63).

nable... Es este un modelo que genera una desigualdad deliberada, acorde con las premisas ideológicas del sistema penal liberal, que son las de nuestro Estado constitucional en su dimensión de Estado de Derecho. Un modelo que, por tanto, no debe ser contemplado como una forzada adaptación legislativa interna a las obligaciones internacionales asumidas por España. Constituye, más bien, una nueva manifestación de la esencia del proceso penal como sistema de garantías establecido para la protección del ciudadano frente a la pretensión punitiva del Estado. Y es razonable que, desde esta perspectiva, el poder público que aspira a la imposición de la pena tenga una única posibilidad de acreditar la culpabilidad de la persona acusada y que esta, en cambio, pueda someter la condena recaída a una revisión ulterior que asegure la efectividad de todos sus derechos fundamentales como barreras infranqueables frente al ejercicio del poder punitivo, en particular como salvaguarda de la regla que exige que la culpabilidad sea acreditada más allá de toda duda razonable. El juicio revisorio de la sentencia condenatoria debe alcanzar, por ello, a las conclusiones fácticas y a la idoneidad prueba practicada para establecer la culpabilidad de la persona acusada... De este modo, cuando sean las acusaciones las apelantes podrá discutirse en el recurso, sin limitación alguna, cualquier infracción del Derecho sustantivo y procesal. La ley hace aquí una descripción, sintética pero precisa, de los distintos motivos de infracción legal, sustantiva y procesal, que están al alcance de todas las partes del proceso, aclarando que las acusaciones no pueden ampararse en ellos para interesar que los hechos sean sometidos a una nueva valoración por parte del tribunal de apelación. En otras palabras, las acusaciones no podrán, en ningún caso¹³, solicitar la revisión de los hechos declarados probados en la instancia; solamente podrán formular su recurso por motivos de infracción de ley. Se incluye, no obstante, como puro motivo de infracción de ley procesal, el control jurídico de la motivación fáctica, que puede dar lugar a la nulidad de la sentencia absolutoria en los casos de irracionalidad o arbitrariedad de la valoración de la prueba o de completa omisión de dicha valoración en relación con alguna prueba relevante. Se expresa con ello que no se trata de una revisión del juicio probatorio sino de un análisis puramente externo de la motivación empleada. Solo el condenado puede pedir, en definitiva, una verdadera revisión de los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria impugnada pues

¹³ Conforme a la regulación prevista en el ALECRim20, los acusadores no podrían solicitar la revisión de los hechos probados en la instancia, ni siquiera en los supuestos en los que se trate de pruebas que, en principio, el tribunal *ad quem* podría valorar sin necesidad de que se reproduzcan en la segunda instancia (por ejemplo, la prueba documental) (cfr., *supra*, nota núm. 10).

solo él puede alegar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en su doble dimensión de regla de juicio y regla probatoria...” (E. de M. del ALECRim20).

En coherencia con lo anterior, dispone el art. 728 ALECRim20 que “cualquiera de las partes podrá interponer recurso de apelación por infracción de normas sustantivas o procesales”. Ahora bien, “la persona condenada podrá interponerlo, además, para instar la revisión de la valoración de la prueba en la que se basa el fallo condenatorio”. Es decir, como señalaba expresamente el art. 625.2º del ALECRim de 2011, “en ningún caso, los acusadores podrán solicitar la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia dictada en primera instancia”. Lo único que pueden pedir las partes acusadoras es, como veremos más adelante, la nulidad de la sentencia en los casos mencionados por el art. 730.2º ALECRim20, es decir, cuando se recurre en apelación por infracción de ley procesal invocando la “irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica de la sentencia”.

En definitiva, por tanto, podríamos afirmar que, en principio, el control que hoy día puede efectuar el Tribunal *ad quem* de la valoración de la prueba efectuada por el Juez *a quo*, conforme a lo dispuesto por el art. 790.2º LECrim, es, sin duda alguna, más amplio que el que se propone en el ALECRim20. Sin embargo, también debemos reconocer que, salvo que se recurre alegando “el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia”, en la práctica, en los demás supuestos previstos en el citado artículo 790.2º LECrim, tal vez no haya tanta diferencia, puesto que no es nada fácil distinguir los casos en los que los recursos se fundan en el error en la apreciación de la prueba de aquellos otros en los que el recurrente invoca la irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica de la sentencia¹⁴. En cualquier caso, es evidente que la intención del ALECRim20 es atribuir al condenado unas posibilidades de recurso mucho más amplias que a las partes acusadoras. Además, ello provoca, como veremos a continuación, que sólo cuando el recurrente es el condenado se permite que incorpore en esta segunda instancia hechos nuevos y que proponga pruebas. En cambio, las partes acusadoras no pueden hacerlo; ni pueden

¹⁴ Como señala el Consejo Fiscal, en el Informe que ha emitido sobre el ALECRim20, “parece complicado en la práctica distinguir cuándo una apelación estará basada en un error en la apreciación de la prueba y cuándo se fundará en la irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica de la sentencia. El concepto «motivación fáctica», en verdad, no dista mucho y puede confundirse fácilmente con el concepto «valoración de la prueba» en este ámbito. La cuestión tiene verdadera importancia dada la distinta regulación de uno y otro motivo de apelación”.

incorporar hechos nuevos ni pueden proponer pruebas, salvo en el caso de que el condenado lo hubiere hecho previamente.

En nuestra opinión, este distinto tratamiento que el Anteproyecto da al condenado y a las partes acusadoras puede provocar vulneraciones en el principio de igualdad de partes¹⁵ que tal vez no estén justificadas. El Anteproyecto creemos que olvida que tanto el MF, que representa el interés del Estado en actuar el *ius puniendi*, como la víctima del delito, son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, y ese diferente tratamiento puede implicar la vulneración de dicho derecho fundamental¹⁶.

2. RECURSO DE APELACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY

Al margen de lo anterior, y con relación a los motivos que pueden invocarse al recurrir en apelación, el Anteproyecto apenas introduce novedades y se limita, en gran medida, a recoger lo dispuesto por el actual art. 790.2º LECrim y lo que ya viene siendo jurisprudencia habitual de nuestros tribunales. Es por este motivo por el que, en gran medida, en este apartado,

¹⁵ La profesora CALDERÓN CUADRADO también consideraba que el hecho de que las partes acusadoras no pudieran recurrir por error en la apreciación de la prueba, tal y como contemplaba el ALECrím de 2011, podía plantear “reparos con relación al principio de igualdad” (CALDERÓN CUADRADO, M.P.; *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada: sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación*, edit. La Ley, Madrid, 2011, p. 394).

¹⁶ Según el Consejo Fiscal, en el citado Informe al ALECrím20, la apelación regulada en el citado texto “plasma de forma evidente una desigualdad de armas que podría afectar seriamente al derecho a la tutela judicial efectiva para las víctimas y perjudicados por delitos...”. “En este caso supone olvidar los derechos de las víctimas y del Ministerio Fiscal que encontrarán imposible atacar sentencias absolutorias en las que el tribunal de primera instancia haya realizado una valoración incorrecta de la prueba practicada, aunque esta no sea irracional, arbitraria o posea una motivación insuficiente. En última instancia, es de destacar que otro de los grandes problemas que giran en torno al recurso de apelación es esa restricción de la revisión de las sentencias en la que insiste el Anteproyecto, dado que el TEDH en ningún caso hace mención ni diferencia entre sentencias absolutorias o condenatorias al regular el principio de inmediación en la segunda instancia. El principio de inmediación se extiende sobre la segunda instancia, tal y como ha determinado la jurisprudencia del TEDH, por entender que también en esta se deben respetar los principios constitucionales del proceso penal, tanto del acusado como de la acusación”. Además, el Consejo Fiscal discrepa “de que la desigualdad deliberada manifestada por el prelegislador sea «acorde con las premisas ideológicas del sistema penal liberal, que son las de nuestro Estado constitucional en su dimensión de Estado de derecho». Este también debe proteger a la víctima y, en su caso, a la acusación pública cuando representa sus intereses y los de la sociedad en su conjunto, aun con pleno respeto a los derechos de la persona acusada. En el proceso penal no solo entran en juego los derechos de la persona investigada-acusada, sino también otros como el del Estado a perseguir los delitos y el de las víctimas y perjudicados a verse resarcidos de sus consecuencias”.

vamos a limitarnos a reproducir lo señalado por los arts. 729 y ss. del ALECRim20.

El art. 729 ALECRim20, con relación al recurso de apelación interpuesto por infracción de ley sustantiva, señala que el recurrente “podrá interesar del órgano de apelación que depure cualquier infracción relativa a la calificación jurídica de los hechos, la determinación de la pena, la fijación de la responsabilidad civil o la condena al pago de las costas” (art. 729.1º ALECRim20)¹⁷. En estos casos, “el recurso de apelación que se interponga por este motivo identificará claramente: a) los contenidos de la sentencia recurrida de los que deriva la infracción denunciada, b) las normas sustantivas concretas que hayan resultado infringidas y c) la petición que se realiza en relación con la correcta aplicación de dichas normas”. Y, a estos efectos, se precisa que la petición “que se formule habrá de ser congruente con las pretensiones que fueron definitivamente formuladas por la parte recurrente en el acto del juicio oral” (art. 729.2º ALECRim20).

El art. 730 dispone que “cuando el recurso de apelación se base en la infracción de ley procesal, solo podrá interesarse al tribunal de apelación que declare la nulidad de la sentencia y, en su caso, de los demás actos afectados por la infracción denunciada” (art. 730.1º). Y “la petición de nulidad habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: a) Quebrantamiento de normas o garantías procesales determinante de efectiva indefensión. b) Irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica de la sentencia” (art. 730.2º ALECRim20).

Cuando se recurre alegando que la infracción de normas o garantías del proceso, el art. 731 ALECRim20 exige que el recurso se ajuste a las siguientes reglas: “a) se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y cuyo quebrantamiento sea determinante de nulidad; b) se expresarán las razones por las que la infracción denunciada genera al recurrente una situación efectiva de indefensión; y c) se acreditará que se denunció la infracción en la instancia tan pronto como fue conocida o se justificará que no se ha tenido la oportunidad procesal de realizar dicha denuncia” (art. 731.1º ALECRim20). Además, “el recurso concretará, asimismo, el alcance de la nulidad que se solicita y determinará si la indefensión puede repararse por el tribunal de apelación o si el procedimiento debe re-

¹⁷ Aunque, es obvio, el Consejo Fiscal, en el informe al ALECRim20, señala que “habría que entender aquí que dentro de la calificación jurídica de los hechos o de la determinación de la pena se incluye el grado de participación y la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, aunque no lo indique el precepto”.

trotraerse. En este último caso, indicará los actos que, pese a la retroacción, han de conservar su validez” (art. 731.2º ALECrím20)¹⁸.

Quando se recurre alegando la infracción de las normas procesales relativas a la motivación fáctica de la sentencia, el art. 732.1º ALECrím20 exige que el recurso: “a) determinará claramente los aspectos de la motivación fáctica que manifiestamente se apartan de la aplicación de parámetros racionales de argumentación o de máximas de experiencia; b) señalará las conclusiones fácticas que han sido obtenidas de modo arbitrario por no estar fundadas en ningún medio de prueba; e c) identificará las pruebas sobre las que se haya omitido todo razonamiento, poniendo de relieve su relevancia en el fallo”¹⁹. Ahora bien, en estos casos, el legislador insiste en que “las acusaciones no podrán interesar la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia ni podrán instar la revisión de la valoración de la prueba”. “Tampoco podrán solicitar del tribunal de apelación que condene a la persona encausada que resultó absuelta o que agrave su situación si hubiera sido condenada” (art. 732.2º ALECrím20). Lo único que pueden hacer es, como ya hemos señalado, interesar al Tribunal *ad quem* “que declare la nulidad de la sentencia y, en su caso, de los demás actos afectados por la infracción denunciada” (art. 730.1º ALECrím20).

¹⁸ “Se aprecia cierta contradicción entre lo que dice el art. 730.1 y el art. 731.2 ALECrím. El primero indica que en la apelación basada en infracción de ley procesal solo podrá interesarse del tribunal que declare «la nulidad de la sentencia y, en su caso, los demás actos afectados por la infracción denunciada». Esta expresión sugiere la idea de que el recurso por infracción de ley procesal solo puede dar lugar, si es estimado, a la nulidad de la totalidad de la sentencia (lo que tendría que conllevar la devolución del asunto a la instancia para que repare la lesión). Por el contrario, el art. 731.2 ALECrím indica la posibilidad de que la infracción, y la consiguiente indefensión pueda ser reparada por el tribunal de apelación, y que sea este el que decida el alcance de la nulidad y si el procedimiento debe retrotraerse. Se considera que la solución correcta es la prevista en el art. 731.2 ALECrím por cuanto debiera ser el tribunal del recurso el que resuelva si ha existido indefensión, si esta puede ser reparada en la segunda instancia y, en su caso, el alcance de la retroacción” (Informe del Consejo Fiscal).

¹⁹ El citado informe del Consejo Fiscal critica la utilización de la conjunción copulativa “e”: “No se comparte la inclusión cumulativa de este tercer y último requisito del recurso pues la irracionalidad y la arbitrariedad pueden producirse aun razonando acerca de todos los medios de prueba practicados en la instancia”.

3. RECURSO DE LA PERSONA CONDENADA PARA LA REVISIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El art. 733 ALECrím20, se refiere expresamente al “recurso de la persona condenada²⁰ para la revisión de la valoración de la prueba”, recurso que, como ya hemos indicado reiteradamente, no puede ser interpuesto por las partes acusadoras. Dispone el art. 733.1º ALECrím que “la persona condenada en la instancia podrá interponer recurso de apelación para instar la revisión de la valoración de la prueba en todo lo relativo a la suficiencia, la validez y la licitud de la prueba de cargo”. “También podrá denunciar que la culpabilidad ha sido establecida sin refutar suficientemente, conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, las hipótesis alternativas más favorables que hubieran sido objeto de debate en la instancia”. Y en esta misma línea, la E. de M. del Anteproyecto explica que “el tribunal superior deberá revisar la adecuación de la valoración probatoria a las exigencias del derecho fundamental a ser presumido inocente, lo que implica mucho más que la mera comprobación de la existencia de una prueba de cargo suficiente, válidamente obtenida y legalmente practicada. El tribunal de apelación deberá asegurarse de que esa prueba haya sido racionalmente evaluada, conforme a las reglas de la experiencia, y habrá de realizar además el imprescindible control de la duda razonable. Un control que exige descartar la existencia de otras tesis alternativas racionales que habrían debido llevar a un pronunciamiento absolutorio²¹. En este punto el modelo quiere ser taxativo en cuanto a las posibilidades revisoras de la segunda instancia. La falta de intermediación impide la revisión de los hechos en los casos de sentencia absolutoria pero no puede ser invocada indebidamente para eludir el deber de comprobar que se han cumplido escrupulosamente los exigentes estándares de valoración de prueba que hacen posible un pronunciamiento condenatorio”.

Cuando el condenado recurra pidiendo la revisión de la valoración de la prueba, tal y como hemos visto, la ley le permite que incorpore hechos nuevos que sean relevantes para la decisión del recurso, de forma similar a lo

²⁰ Además del condenado, también podrá interponer recurso de apelación para solicitar la revisión de la prueba la persona exenta de responsabilidad criminal a la que se hubiese impuesto una medida de seguridad o cuya responsabilidad civil hubiese sido declarada en sentencia (vid. art. 733.3º ALECrím20).

²¹ El ALECrím20 sigue en esta materia lo que es jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales (vid., por ejemplo, una síntesis de dicha jurisprudencia, en SAP de Guipúzcoa de 20 de febrero de 2003 [JUR 2003\116752]; SAP de Sevilla núm. 664/2006, de 1 de diciembre [JUR 2007\181150]; SAP de Madrid núm. 9/2011, de 20 de enero [JUR 2011\129359]...).

que sucede en el proceso civil (vid. art. 460.2.3º LECiv). En concreto, dispone el art. 733.2º ALECRim20 que “la persona condenada solo podrá reclamar que el tribunal de apelación tome en consideración hechos relevantes para la decisión del recurso que no fueron debatidos en la instancia cuando haya tenido conocimiento de ellos con posterioridad a la conclusión del juicio oral, debiendo acreditar suficientemente esta circunstancia”.

Los requisitos que han de concurrir para la incorporación de hechos nuevos en esta segunda instancia serían, por tanto, los siguientes: a) Que se trate de hechos “relevantes para la decisión del recurso”. b) Que sean nuevos, que no hayan sido debatidos en la instancia, bien porque se hayan producido con posterioridad a la conclusión del juicio oral, o bien porque, aunque sean anteriores, no se haya tenido conocimiento de los mismos antes de concluir dicho juicio. c) Que se acredite suficientemente lo anterior.

Con la finalidad de interpretar el alcance de la previsión contenida en el art. 733.2º ALECRim20 puede ser interesante tener en cuenta la doctrina sentada por nuestros tribunales con relación a la posibilidad prevista por el actual art. 746.6º LECrim de que se suspenda el juicio oral “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria” (art. 746.6º I LECrim). Se trata, evidentemente, de cuestiones diferentes; sin embargo, nos parece útil conocer dicha doctrina para evitar la utilización fraudulenta de la posibilidad de introducir hechos nuevos en esta segunda instancia, de forma similar a los intentos, también fraudulentos, de conseguir la suspensión del juicio oral alegando la causa de suspensión prevista en el citado art. 746.6º LECrim²².

²² Como señala nuestro Tribunal Supremo, con la previsión del artículo 746.6º LECrim “se concibe legalmente una nueva oportunidad de adición o reforzamiento de la prueba en hipótesis imprevistas, de nueva y sorpresiva contemplación, que no pudieron ser advertidas al tiempo de proposición de las pruebas del juicio. Lo que supone la imposibilidad de acudir al referido medio supletorio de comprobación cuando el interesado fuese noticioso y se hallase perfectamente impuesto —cual sucede en el supuesto contemplado— de los extremos merecedores, a su juicio, de aclaración o información, al momento de elaborar la calificación provisional y relacionar las pruebas de su interés a practicar, ya que, de optarse por solución contraria, se desconocería la exigencia legal, para la procedencia de la suspensión, de hallarnos ante revelaciones inesperadas, quedando a merced de la parte la proposición de nuevas pruebas después del período ordinario hábil para ello... Viene siendo doctrina pacífica y reiterada de esta Sala la de que la potestad de suspensión del juicio oral, en razón a la suscitación del supuesto a que provee el artículo 746.6º de la LECrim, es facultad discrecional del Tribunal *a quo* supeditada a que éste considere o no necesaria la información suplementaria, cuya determinación encuentra su natural y justo límite en la importancia y trascendencia de la misma, evitando, de un lado, cualquier indefensión, y, de otro, que las partes entorpezcan y demoren el proceso; derivando de ello que el uso de tal

Los hechos nuevos deberán alegarse en el escrito de interposición del recurso (vid. art. 736.2º a) ALECrím20). No obstante, si el conocimiento de un hecho nuevo relevante se produce después de interpuesto el recurso, habrá que entender que también se podría incorporar con posterioridad²³.

Incorporado el hecho nuevo, el condenado podrá proponer las pruebas que considere oportunas para convencer al juez de su veracidad y, si así lo hace, las partes acusadoras podrán proponer pruebas al efecto e, incluso, pedir que se practiquen pruebas ya practicadas en primera instancia para así posibilitar una valoración conjunta de las mismas, tal y como veremos a continuación (vid. art. 736 ALECrím20).

facultad que puedan realizar los Tribunales de instancia escape al control casacional, en base al carácter discrecional inherente a aquélla” (STS de 12 febrero 1987 [RJ 1987\1246]).

El artículo 746.6 LECrím “se refiere indudablemente a cambios sustanciales en las conclusiones fácticas de las partes, es decir, siempre que concurra una mutación de los hechos y por ende del objeto del proceso, esto es lo esencial, lo que conlleva la necesidad de una investigación suplementaria. Ahora bien, la retractación de la versión de los hechos sostenida por el acusado desde el atestado policial hasta el juicio oral, ratificada ante el Instructor en la fase sumarial, revelando hechos nuevos, no es desde luego inesperada desde la perspectiva del propio imputado (*investigado o encausado*) y su derecho de defensa por cuanto para que ello así fuese sería precisa la existencia de hechos nuevos de los que no tuviese antes conocimiento, lo que no es posible sostener en el presente caso, o bien justificar la existencia de otros hechos determinantes de su voluntad hasta ese momento. No basta la mera retractación del acusado para entender presente el hecho procesal invocado, sino que deberá aportar al Tribunal luz suficiente para que éste pueda discernir la verosimilitud de lo ocultado hasta el momento del juicio oral, pues la retractación ayuna de mayor consistencia es mera argucia o definición de una nueva estrategia procesal” (STS núm. 58/2002 de 22 enero [RJ 2002\1574]).

“La información suplementaria motivada por revelaciones o retractaciones inesperadas que requieran nuevos elementos de prueba no es de admitirse si los hechos eran ya conocidos de las partes; doctrina que en el área de la doctrina científica se ha justificado en base al dato esencial de que en orden a la eventual suspensión del proceso para su práctica tendrá mayor relieve la «revelación» que la «retractación», ya que ésta, si no va acompañada de una revelación, es decir, de una nueva versión de los hechos, es en sí misma irrelevante. Por otra parte, hay que destacar que cuando el art. 746.6 se refiere a «que tales revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios», ello determina, en primer y decisivo término, la precisión de existencia de un íntimo enlace entre el fin de la información suplementaria y el objeto de la pretensión punitiva; lo que ocurrirá normalmente en los supuestos en que aquél se dirija a evidenciar la inocencia del acusado como por ejemplo ocurre si aquél se encontraba en lugar diferente al de la comisión delictiva, la acreditación de existencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad o de la capacidad de culpabilidad o algo semejante. Naturalmente, también se encuadrarán en su ámbito las pruebas tendentes a excluir un elemento esencial de la descripción típica” (STS de 30 de abril de 1988 [RJ 1988\2924]).

²³ Vid. SAP de Madrid núm. 128/2008, de 24 de marzo (JUR 2008\163641).

IV. LA PRUEBA EN APELACIÓN

La novedad más importante que introduce el ALECRim20 con relación al tema de la prueba consiste en que, en principio, solo podrá practicarse prueba a instancia de la persona condenada. Ahora bien, como ya hemos señalado, si el condenado propone pruebas en esta segunda instancia, se permite que las acusaciones también puedan hacerlo, pudiendo pedir que se practiquen pruebas que, incluso, hubieran sido ya practicadas en la primera instancia, para que, de esta forma, el Tribunal *ad quem* pueda valorarlas en conjunto con las nuevas pruebas que se practiquen en esta segunda instancia.

Señala la E. de M. del ALECRim20 que “se configura un sistema amplio para la práctica de la prueba en la segunda instancia en los casos en los que resulta procedente. En estos supuestos puntuales se abrirá un incidente y se celebrará vista a instancia de la persona condenada, pues solo esta puede introducir hechos y pruebas nuevas con motivo del recurso de apelación. No obstante, cuando así lo haga, a efectos de asegurar la adecuada contradicción, se permite a las acusaciones proponer de contrario las pruebas que estiman pertinentes, se hayan practicado o no en el juicio previo. Será este, en realidad, el único supuesto en que la apelación llegue a asemejarse a un segundo enjuiciamiento”.

Dispone así el art. 736.1º ALECRim que “solo podrá practicarse prueba en apelación a instancia de la persona condenada²⁴”. En concreto, la persona condenada podrá interesar la práctica de prueba en alguno de los siguientes casos:

“a) Cuando en el propio escrito de interposición alegue la existencia de nuevos hechos relevantes para la decisión, conforme a lo establecido en el artículo 733.2 de esta ley” (cfr. apartado III de este trabajo)

“b) Cuando se trate de diligencias de prueba que no pudo proponer en la instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiera formulado en su momento la oportuna protesta, o de las admitidas que no hayan sido practicadas por causas que no le sean imputables” (se trata de las mismas diligencias de prueba que hoy contempla el art. 790.3º LECrim)²⁵.

²⁴ El condenado ha de proponer las pruebas en el escrito de interposición del recurso. Como señala el art. 734.2º ALECRim20, “si el recurso lo interpone la persona condenada incluirá, en su caso, la solicitud de práctica de prueba conforme a lo establecido en el artículo 736 de esta ley”.

²⁵ Vid., sobre este tema, TOMÉ GARCÍA, J.A.; *Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal (Estudio de la regulación vigente y del borrador del nuevo Código Procesal Penal de 2013)*, op. cit., pp. 83 y ss.

“En este supuesto, las partes, al impugnar el recurso²⁶, podrán proponer los medios de prueba de los que pretendan valerse para el caso de que la prueba solicitada por la persona condenada resulte admitida” (art. 736.2º ALECRim). En consecuencia, por tanto, si ninguna de las pruebas propuestas por el condenado fueran admitidas, procede también el rechazo automático de las propuestas por las partes acusadoras.

Además, precisa el art. 736 que “si se admitiera la práctica de nuevos medios de prueba, la parte apelada podrá solicitar al tribunal la repetición de todas o algunas de las pruebas practicadas en la instancia al objeto de que el tribunal de apelación pueda valorarlas todas de manera conjunta”. También es posible, no obstante, que la repetición de dichas pruebas se sustituya “por la lectura del acta o el visionado de la grabación si todas las partes se muestran conformes” (vid. art. 736.2º ALECRim20).

En la misma línea de los comentarios, que hemos efectuado anteriormente, a las limitaciones que el ALECRim20 impone a las partes acusadoras, en cuanto a los motivos que les autorizan a poder recurrir en apelación, creemos que el art. 736 ALECRim20 transcrito también puede provocar vulneraciones del principio de igualdad de partes carentes de justificación, así como del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes acusadoras, en la medida en que solo permite que las partes acusadoras puedan proponer prueba cuando el condenado lo hubiere hecho. Además, el ALECRim20 ni siquiera contempla la posibilidad de que, cuando el recurrente fuera el MF y hubiere interpuesto recurso en beneficio del condenado²⁷, pudiera proponer pruebas en apelación²⁸.

²⁶ Según el art. 735.2º ALECRim20, cuando las partes apeladas presentan sus escritos de alegaciones, “podrán solicitar la práctica de prueba conforme a lo establecido por el art.736”.

²⁷ Con carácter general, el art. 702 II ALECRim20 señala que “el Ministerio Fiscal, como defensor de la legalidad, siempre podrá recurrir en interés de la persona condenada”.

²⁸ En esta línea crítica, señala el Consejo Fiscal, en el informe tantas veces citado, que “no se considera correcto afirmar, como hace el art. 736, párrafo 1, que solo podrá practicarse prueba en apelación a instancia de la persona condenada cuando el art. 735.2, párrafo 3, prevé la posibilidad de que las partes (se entiende que todas las partes, cualquiera que sea la posición procesal que ocupen) puedan solicitar la práctica de prueba, conforme a lo establecido en el art. 736 ALECRim, al formular sus escritos de alegaciones, adhiriéndose o impugnando el recurso. La propia esencia del recurso de apelación, como actividad de revisión de lo hecho en primera instancia, exige dar a las partes la posibilidad de proponer prueba en apelación, aunque sea con las limitaciones de motivos concedidos a las partes acusadoras en el art. 728.1 ALECRim, pues incluso la acreditación de una posible infracción de normas o garantías del proceso puede exigir también una acreditación probatoria, bien porque se conozcan hechos nuevos relevantes, bien porque no se pudiera proponer prueba en la instancia, porque no se pudieron practicar o porque las propuestas hayan sido indebidamente denegadas”.

Como señala el art. 736 ALECrím20, el MF y las partes acusadoras solo podrán proponer prueba si el condenado lo hubiere hecho previamente. Y en caso de que se admitiera la práctica de nuevas pruebas, la parte apelada podría solicitar al tribunal la repetición de todas o algunas de las pruebas practicadas en la instancia al objeto de que el tribunal de apelación pueda valorarlas todas de manera conjunta. Es decir, en estos casos, se practicarían de nuevo pruebas ya practicadas en la línea de los sistemas de apelación plena, y a diferencia de lo previsto en la legislación vigente. El fundamento de que se permita practicar en esta segunda instancia pruebas ya practicadas en la primera instancia radica en hacer posible que el Tribunal *ad quem* pueda valorar conjuntamente todas las pruebas, con intermediación, y así poder dictar sentencia. No obstante, teniendo en cuenta también los inconvenientes que, como ya hemos señalado, plantea la repetición en segunda instancia de pruebas ya practicadas, consideramos que, en estos casos, tal vez sería mejor permitir que el Tribunal *ad quem* pudiera decidir que no se practiquen pruebas ya practicadas cuando dicho Tribunal considere suficiente, para efectuar la citada valoración conjunta, con el visionado de la grabación del juicio celebrado en primera instancia²⁹, incluso, aunque no estuvieran conformes todas las partes personadas.

Por otra parte, señala el Consejo Fiscal, que “el Anteproyecto de 2020 difiere en este punto de la propuesta de Código Procesal de 2013, cuyo art. 596 preveía la posibilidad de que también el Ministerio Fiscal pudiese solicitar la práctica de prueba, ocasionando así un importante e injustificado desequilibrio entre el penado y el resto de partes intervinientes en el procedimiento. El Ministerio Fiscal no estaría facultado para invocar por vía de recurso la denegación indebida de pruebas propuestas. Esta disposición no parece concordante con el art 635.7 ALECrím que permite impugnar sin distinción entre las partes la denegación de pruebas en la fase de preparación del juicio oral al interponer recurso de apelación contra la sentencia («todas las cuestiones previas relativas a la prueba se resolverán en el auto de admisión. Contra el auto de admisión de prueba no cabrá recurso alguno salvo el que proceda contra la sentencia, en el que se podrá denunciar la indebida admisión o denegación del medio de prueba propuesto»”).

Por último, el Consejo Fiscal señala que “debe considerarse legitimado al Ministerio Público para denunciar la vulneración de la tutela judicial efectiva cuando no se tengan en cuenta por el tribunal sentenciador pruebas pertinentes y de cargo esgrimidas por el/la fiscal... Tal legitimación ha sido reconocida en las SSTC 65/1983 y 99/1989 y en las SSTS 79/1998, de 22 de enero; 38/1998, de 11 de marzo; 1259/1998, de 27 de octubre; 1779/2000, de 20 de noviembre; 530/2003, 5 de septiembre; y 536/2005, de 28 de abril. Por tanto, el impedimento contenido en dicho precepto lesionaría el derecho contenido en el art. 24.1 CE”.

²⁹ Aunque no ignoramos que en estos casos no habría intermediación en rigor (vid., por ejemplo, SSTC núm. 16/2009, de 26 de enero; núm. 120/2009, de 18 de mayo; núm. 2/2010, de 11 de enero...). Además, debemos admitir que la mayoría de la doctrina, en la misma línea que nuestro Tribunal Constitucional, aun reconociendo la utilidad de la reproducción de la grabación del juicio como medio para tomar conocimiento de lo sucedido en el juicio oral que tuvo lugar en la instancia, considera que la misma no satisface la intermediación que exigiría la revisión de la valoración de las pruebas personales efectuadas por el Juez *a quo* (vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., “El derecho a los recursos. El problema de la única instancia”, en la revista *Tribunales de Justicia*, núm. 10,

V. PROCEDIMIENTO

El procedimiento del recurso de apelación regulado en el ALECRim20 es similar, en sus directrices generales, al existente hoy día, aunque sí se introducen novedades importantes con relación a la celebración de la vista en este recurso.

El recurso de apelación deberá interponerse ante el Juez *a quo* mediante escrito en el que se ha de motivar el recurso y, en su caso, proponer las pruebas en los términos antes reseñados (vid. art. 734 ALECRim20³⁰). Dicho recurso tendrá efecto suspensivo, “sin perjuicio de la posibilidad de ejecución provisional de las responsabilidades civiles” (art. 709.1º ALECRim20).

Recibido el escrito de interposición, el ALECRim, de forma similar a lo que ya sucede en el proceso civil (vid. art. 458.3º LECiv), y a diferencia de la vigente LECrim (vid. art. 790.4º LECrim), encomienda al Letrado de la Administración de Justicia la decisión inicial sobre la admisibilidad del recurso. En concreto, dispone que “el Letrado de la Administración de Justicia admitirá el recurso si reúne los requisitos exigidos” (art. 735.1º ALECRim20). Y aunque el precepto no aclara nada más, habrá que entender, por un lado, que si el Letrado de la Administración de Justicia aprecia algún defecto subsanable, debería conceder un plazo al recurrente para que lo hiciera (tal y como señala, con carácter general, el art. 701.3º ALECRim20, y en la línea de lo dispuesto por el art. 790.4º de la vigente LECrim); y, por otro, que si el Letrado de la Administración de Justicia considera que lo procedente es no admitir el recurso lo ha de poner en conocimiento del Juez *a quo* para que se pronuncie sobre la admisión. Si el Juez inadmite el recurso, dicha

1997, p. 980; FERRER GARCÍA, A.M., “La segunda instancia penal, algo más que un recurso”, en la obra colectiva “Estudio de los nuevos recursos en el orden penal”, publicada en *Estudios de Derecho Judicial* núm. 149-2007, CGPJ, Madrid, p. 88; MORENO CATENA, V., “El recurso de apelación y la doble instancia penal”, cit., p. 56).

³⁰ “1. El recurso de apelación deberá interponerse ante el tribunal que haya dictado la sentencia dentro de los diez días siguientes a la notificación.

Durante dicho período las actuaciones se hallarán en la oficina judicial a disposición de las partes, que, en los tres días siguientes a la notificación de la sentencia, podrán solicitar copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones del juicio oral.

La solicitud suspenderá el cómputo del plazo para la interposición del recurso, que se reanudará para cada una de las partes una vez le hayan sido entregadas las copias solicitadas.

2. El escrito de interposición estará firmado por abogado y procurador y en él se expondrán, separada y ordenadamente, cada uno de los motivos en que se funda el recurso.

Si el recurso lo interpone la persona condenada incluirá, en su caso, la solicitud de práctica de prueba conforme a lo establecido en el artículo 736 de esta ley” (art. 734 ALECRim20).

inadmisión “se acordará por auto que solo podrá ser recurrido en queja” (art. 735.4º ALECRim)³¹.

En caso de que el recurso sea admitido³², “se dará traslado de él a las demás partes por un plazo común de diez días”. “Dentro de dicho plazo, las partes podrán presentar escrito de alegaciones, adhiriéndose o impugnando el recurso. También podrán formular, en su caso, recurso supeditado”. “Al cumplimentar este trámite, las partes podrán solicitar la práctica de prueba conforme a lo establecido en el artículo 736 de esta ley” (art. 735.2º ALECRim20).

Con relación a la posibilidad de plantear el denominado recurso supeditado³³, el ALECRim20, en la misma línea de lo previsto en el Borrador de CPP de 2013, no introduce ninguna novedad respecto de la situación vigente hoy día (vid. art. 790.1º II LECrim), de tal forma que, como señala el art. 705.3º ALECRim20, “cuando las partes se adhieran al recurso interpuesto por otra o recurran de forma supeditada, el desistimiento del recurrente principal supondrá el decaimiento de la adhesión o del recurso supeditado”. Seguimos sin entender las razones por las que, a diferencia de lo previsto en el proceso civil, la adhesión a la apelación se configura como recurso supeditado a la apelación principal³⁴. En este sentido no podemos olvidar que “es principio fundamental en materia de recursos devolutivos, a fin de evitar aquellos que pudieran plantearse simplemente para dilatar la ejecución de una sentencia firme, el que quien recurre sepa que, si lo hace, puede verse perjudicado en la decisión final, pues el hecho de recurrir puede ocasionar que lo haga también la parte contraria alegando lo que le convenga en beneficio de su postura procesal”³⁵. Es decir, en nuestra opinión, la posibilidad

³¹ Sobre el recurso de queja contra el auto de inadmisión, vid. arts. 724 y 725 ALECRim20.

³² El precepto debería precisar, en términos similares a los señalados en la LECiv, que “contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso de apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso” (vid. art. 458.3º LECiv).

³³ “1. La interposición de recurso contra una sentencia podrá dar lugar a que las partes que no la recurrieron presenten recursos supeditados, haciendo valer sus propias pretensiones en perjuicio del recurrente principal... 2. El recurso supeditado deberá interponerse dentro del plazo establecido para la impugnación del recurso con ocasión del cual se formule... Su presentación implicará la apertura de un nuevo plazo para que el resto de las partes puedan impugnar o adherirse a él. Dicho plazo tendrá la duración prevista para contestar al recurso principal... No podrán formularse con ocasión de este trámite nuevos recursos supeditados” (art. 704 ALECRim20).

³⁴ Compartimos íntegramente las reflexiones que, con relación a este recurso “supeditado” de apelación, efectúa el profesor CHOZAS ALONSO (CHOZAS ALONSO, J.M.; “La regulación de los recursos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020. Disposiciones generales...”, op. cit.).

³⁵ Vid. SAP de Málaga núm. 690/2005, de 20 de diciembre [JUR 2006\238262].

de que el apelado pueda impugnar la resolución que inicialmente no ha apelado aprovechando el recurso interpuesto por la otra parte, puede desempeñar un papel relevante para evitar la interposición de recursos con una finalidad meramente dilatoria. Y dicha finalidad se trunca, en gran medida, si la apelación interpuesta por el apelado queda supeditada a que el apelante principal mantenga su recurso³⁶.

“Presentados los escritos de alegaciones o precluido el plazo para hacerlo, el Letrado de la Administración de Justicia, en los dos días siguientes, dará traslado de cada uno de ellos a las demás partes y elevará al tribunal de apelación los autos originales con todos los escritos presentados”. “No obstante, si se hubiera presentado recurso supeditado, con carácter previo y tras decidir sobre su admisibilidad, dará traslado del mismo a las demás partes para que puedan adherirse o impugnarlo en el plazo de diez días, procediendo a continuación como dispone el párrafo anterior” (art. 735.3º ALECrim20).

“Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba, el tribunal resolverá en el plazo de tres días sobre su admisión y acordará, en su caso, la celebración de vista. También podrá celebrarse vista cuando el tribunal la considere necesaria para la correcta formación de una convicción fundada” (art. 737.1º I y II ALECrim20). Además, “en ningún caso el tribunal de apelación podrá modificar o anular la resolución impugnada en perjuicio de la persona acusada sin haberla citado para ser oída personalmente en una vista” (art. 737.1º III ALECrim20). En consecuencia, por tanto, además de los supuestos que contempla la vigente LECrim (vid. art. 791.1º LECrim), el ALECrim20 introduce, acertadamente, la necesaria celebración de la vista siempre que exista la posibilidad de que el tribunal pueda modificar o anular la resolución impugnada en perjuicio de la persona encausada. En estos casos, se ha de citar personalmente a dicha persona para que sea oída en la vista. Es decir, como ya venían declarando nuestros tribunales, se impone la necesaria audiencia de los acusados sobre quienes pueda recaer una condena *ex novo* en la sentencia a dictar por el tribunal *ad quem*, no sólo cuando en la segunda instancia se practiquen pruebas personales, sino también en los casos en los que se cambie en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal³⁷. Incluso, se ha de oír

³⁶ Sobre este tema, vid. VIDAL HERRERO, A.; “La apelación adhesiva penal”, edit. Dykinson, Madrid, 2019.

³⁷ Vid., por ejemplo, SSTS núm. 1423/2011, de 29 de diciembre (RJ 2012\1114), y núm. 32/2012, de 25 de enero (RJ 2012\2062).

también al encausado cuando se trate de revocar una sentencia absolutoria sobre la base de una calificación jurídica distinta³⁸.

“El Letrado de la Administración de Justicia señalará la vista dentro de los quince días siguientes y a ella serán citadas todas las partes. La persona acusada será citada disponiendo, en su caso, lo que sea preciso para su conducción. La víctima deberá ser informada de la celebración de la vista por el Letrado de la Administración de Justicia, aunque no se haya mostrado parte en la causa y aunque no sea necesaria su intervención” (art. 737.2º ALECRim20).

“La vista se iniciará con la práctica de la prueba que haya sido admitida” (art. 737.3º I ALECRim20). Además, “a petición razonada de alguna de las partes y si el tribunal lo estima conveniente, podrá visionarse la grabación del juicio oral o dar lectura al acta, bien en su totalidad, bien en los fragmentos en que se concrete la solicitud” (art. 737.3º II ALECRim20)³⁹.

“Tras la práctica de la prueba y, en su caso, de la reproducción de la grabación del juicio oral, se dará a la persona acusada la posibilidad de manifestar lo que considere oportuno sobre la prueba de los hechos”. “A continuación, informarán las partes sobre sus pretensiones y, en su caso, sobre la valoración de la prueba practicada, comenzando por la recurrente”⁴⁰ (art. 737.3º III y IV ALECRim20)

“Finalizados los informes, se dará la palabra a las personas acusadas que estén presentes para que puedan manifestar lo que tengan por conveniente acerca del recurso o recursos interpuestos” (art. 737.3º V ALECRim20), es decir, el ALECRim20 reconoce de manera expresa, a diferencia de la ley vigente, el derecho del acusado a la última palabra en la vista del recurso de apelación.

³⁸ En este sentido también se manifestaba el borrador de CPP de 2013, que en su art. 597.2º exigía la celebración de vista “si se tratase de un recurso por infracción de Ley material interpuesto por cualquiera de las acusaciones”, salvo que la defensa manifestase expresamente que renuncia a la celebración de la vista.

³⁹ Consideramos que las partes, en los escritos de interposición o de alegaciones, también deben poder solicitar el visionado de la grabación del juicio oral o la lectura del acta (tal y como contempla expresamente hoy día el art. 791.1º LECrim).

⁴⁰ Dispone el art. 708 ALECRim20 que, “cuando se acuerde la celebración de la vista para la decisión del recurso, el presidente del tribunal, por propia iniciativa o a requerimiento de cualquier magistrado, podrá solicitar al recurrente, al MF y a las demás partes personadas las aclaraciones que resulten necesarias para el mejor esclarecimiento de las cuestiones que deban ser resueltas”.

Por último, el Tribunal *ad quem* dictará sentencia, cuyo posible contenido es similar al previsto en el art. 792 LECrim⁴¹.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R., 2013, *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Madrid.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., 2005, *La segunda instancia penal*, Pamplona.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., 2011, *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada: sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediatez*, Madrid.

CHOZAS ALONSO, J.M., 2022, “La regulación de los recursos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020. Disposiciones generales, recursos contra resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia y los recursos contra autos”, publicado en este número 5, 2022, de la *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (Revista APDPUE).

⁴¹ “La sentencia de apelación se dictará dentro de los diez días siguientes a la vista oral (*hoy día, son cinco días*) o dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones cuando no hubiera resultado procedente la celebración de vista” (art. 738.1º ALECr20).

“Cuando la sentencia apelada sea anulada por apreciarse la infracción de normas o garantías procesales, el tribunal, sin pronunciarse sobre el fundamento de la pretensión acusatoria, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la infracción, sin perjuicio de que conserven validez todos aquellos actos cuyo contenido no haya de verse afectado por la infracción cometida” (art. 738.2º ALECr20). “En los demás supuestos, el tribunal dictará la resolución que proceda de acuerdo con las pretensiones de las partes” (art. 738.3º ALECr20).

“La motivación de la sentencia de apelación deberá ser completa, coherente, precisa, clara y ajustada en todo caso a las concretas cuestiones suscitadas” (art. 738.4º ALECr20).

“La estimación del recurso formulado por una de las personas encausadas aprovechará a las demás que se hallen en su misma situación cuando les sean aplicables los motivos de impugnación que hayan sido estimados. Nunca les perjudicará en lo que les sea adverso” (art. 710 ALECr20) (*precepto similar al vigente art. 903 LECrim, aunque este último previsto para el recurso de casación*).

“El Letrado de la Administración de Justicia notificará la sentencia a las víctimas del delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa, salvo que hayan renunciado expresamente a este derecho a lo largo del procedimiento” (art. 739 ALECr20).

“Contra la sentencia dictada en apelación podrá interponerse recurso de casación salvo que la estimación de alguno de los recursos haya dado lugar a la anulación de la sentencia de instancia” (art. 740 ALECr20).

Por último, dispone el art. 741 ALECr20 que “la sentencia dictada en apelación no será firme hasta que transcurra el término señalado para preparar el recurso de casación”. “Transcurridos diez días desde la notificación de la sentencia sin que las partes hayan presentado escrito de preparación del recurso de casación, se devolverán las actuaciones al tribunal que hubiera dictado sentencia en primera instancia, acompañando certificación de la sentencia de apelación, para que proceda, en su caso, a su ejecución”.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., 1997, “El derecho a los recursos. El problema de la única instancia”, en la revista *Tribunales de Justicia*, núm. 10, 1997.
- FERRER GARCÍA, A.M., 2008, “La segunda instancia penal, algo más que un recurso”, en la obra colectiva “Estudio de los nuevos recursos en el orden penal”, publicada en *Estudios de Derecho Judicial* núm. 149-2007, CGPJ, Madrid.
- LARA LÓPEZ, A.M., 2014, *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, Pamplona.
- MORENO CATENA, V., 2008, “El recurso de apelación y la doble instancia penal”, en la obra colectiva “Estudios de los nuevos recursos en el orden penal”, en *Estudios de Derecho Judicial* núm. 149-2007, CGPJ, Madrid.
- TOMÉ GARCÍA, J.A., 2019, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid.
- TOMÉ GARCÍA, J.A., 2013, *Recurso de apelación contra las sentencias en el proceso penal (Estudio de la regulación vigente y del borrador del nuevo Código Procesal Penal de 2013)*, Madrid.
- VELASCO NÚÑEZ, E.; 2020, “Sobre la apelación de sentencias absolutorias”, en *Confilegal* (<https://confilegal.com/20201014-sobre-la-apelacion-de-sentencias-absolutorias/>).
- VIDAL HERRERO, A.; 2019, *La apelación adhesiva penal*, Madrid.

«LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES» EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

Pedro M. GARCIANDÍA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de La Rioja
pedro.garciandia@unirioja.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL JUICIO DE REVISIÓN. 1. Configuración general. 1.1. Naturaleza jurídica: breve reseña de una disyuntiva histórica. 1.2. El proceso de revisión en vía penal: caracteres generales. 2. Los sujetos del proceso de revisión. 2.1. Legitimación para promover la revisión. 2.2. Otras partes del proceso de revisión. 3. El *petitum*: rescisión de sentencias condenatorias firmes. 3.1. Carácter y contenido de la pretensión de revisión. 3.2. Objeto de la petición: sentencias firmes de condena. 4. La *causa petendi*: motivos de revisión. 5. Procedimiento de revisión. 5.1. Solicitud de revisión. 5.2. Admisión de la solicitud. 5.3. Celebración de la vista. 5.4. Resolución. 6. Contenido de la sentencia de revisión. 6.1. Nulidad de la sentencia [motivos del art. 760.1 e) y f) ALECrím]. 6.2. Nulidad de la sentencia y sustitución de su contenido [motivo del art. 760.1 d) ALECrím]. 6.3. Nulidad de la sentencia y reenvío de la causa [motivos del art. 760.1 a), b) y c) ALECrím]. 6.4. Reparación de la lesión y posible nulidad de la sentencia (motivo del art. 760.2 ALECrím). 7. Efectos de la revisión sobre la ejecución de la sentencia y el cumplimiento de la pena. III. LA REVISIÓN POR CAMBIO LEGISLATIVO O DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. IV. LA ANULACIÓN DE SENTENCIAS FIRMES DICTADAS EN AUSENCIA DEL INCULPADO. 1. Naturaleza jurídica: el proceso de anulación. 2. Objeto del proceso: rescisión de sentencias firmes dictadas en ausencia del inculpado. 3. Procedimiento de anulación. 4. Contenido de la sentencia de anulación. V. CONCLUSIONES. VI. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

Resumen. En este estudio se realiza un análisis crítico del régimen de la revisión de las sentencias firmes contenido en el Título V del Libro VII del borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. En él se examinan los cambios más importantes que, en relación a la configuración general, los sujetos, el objeto, los motivos, el procedimiento y el contenido de la sentencia, recoge la regulación del juicio de revisión, así como aquellas novedades que reúne la anulación de sentencias firmes dictadas en ausencia del inculpado y los caracteres de un nuevo procedimiento para la revisión por cambio legislativo y declaración de inconstitucionalidad, también contenidos en este título.

Palabras clave. Sentencia penal firme. Revisión de sentencia. Juicio en ausencia del acusado, anulación de sentencia.

Abstract. In this study you will find a critical analysis of the review of final sentence regime, which is contained in Book VII, Title V of the 2020 Draft Bill of Criminal Procedure Law. It contains an overview of the most important changes included in the regulation of the review trial, regarding its general configuration, the subjects, the object, the motives, the procedure itself, and the content of the sentence, as well as those novelties that the annulment of final sentences issued in the absence of the defendant and the characteristics of a new procedure for the review due to legislative change and declaration of unconstitutionality bring together.

Keywords. Final criminal sentence. Review of sentence. Trial in absence of the accused, annulment of sentence.

ABREVIATURAS

ALECrím: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal

ATC/AATC: auto/autos del Tribunal Constitucional

ATS/AATS: auto/autos del Tribunal Supremo

apdo./apdos.: apartado/apartados

art./arts.: artículo/artículos

CE: Constitución española

Cfr.: Confróntese

cit.: citado

Ed.: Editorial

ed.: Edición

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

núm./núms.: número/números

p./pp.: página/páginas

s/núm.: sin número

ss.: siguientes

SAP/SSAP: sentencia/sentencias de la Audiencia Provincial

STC/SSTC: sentencia/sentencias del Tribunal Constitucional

STEDH/SSTEDH: sentencia/sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS/SSTS: sentencia/sentencias del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

trad.: traducido

vid.: véase

vol.: volumen

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 24 de noviembre de 2020 el Consejo de Ministros hizo público un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, ALECrím), que, sobre la base de dos propuestas anteriores de los años 2011 y 2013, apuesta por la instauración en España de un nuevo modelo de proceso penal. El texto, por lo que ahora interesa, dedica al instituto de «La revisión de sentencias firmes» el Título V de su Libro VII, dividido en tres capítulos que abarcan: «El juicio de revisión» (arts. 760 a 767), «La anulación de sentencias dictadas en ausencia» (art. 768) y «La revisión de sentencias firmes por cambio legislativo o declaración de inconstitucionalidad» (arts. 769 y 770). De esta forma, se contienen en este Título aquellos limitados supuestos, de particular relieve en materia penal, cuyo fundamento se encuentra en la evidencia, con posterioridad a la firmeza de la sentencia que concluye el proceso, de la injusticia de lo resuelto¹. Dicho de otro modo, a través de estos cauces excepcionales se deshace y se deja sin efecto, por concurrir una causa prevista en la ley, lo acordado en la resolución que ha alcanzado el valor de cosa juzgada². La estructura y el contenido del Título que se examina tienen su origen en aquellos textos de carácter prelegislativo ya citados³, si bien, como advierte el redactor del ALECrím en su Exposición de Motivos, «El régimen de la revisión de sentencias se basa en la regulación hoy día en

¹ En efecto, como es sabido, el fundamento de la revisión de sentencias firmes se inserta en la pugna entre los dos principios fundamentales que constituyen la base de todo enjuiciamiento: la seguridad jurídica, conectada con la normal eficacia de las resoluciones judiciales y la necesidad de que, consumados los estadios procesales previstos por ley, alcancen el valor de cosa juzgada; y la justicia, esencia genuina de la revisión, configurado como uno de los valores superiores que propugna el Estado social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Por su parte, el fundamento de la anulación de las sentencias dictadas en ausencia del inculpado reside en el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) que comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión. Cfr. SSTC núm. 124/1984, 18 diciembre; núm. 150/1997, 29 septiembre; núm. 123/2004, 13 julio; núm. 240/2005, 10 octubre; y núm. 59/2006, 27 febrero.

² Mientras la revisión tiene como finalidad, subrayada de continuo por el Tribunal Supremo, encontrar el necesario equilibrio entre la seguridad jurídica y la exigencia de la justicia (SSTS núm. 299/2017, 27 abril; núm. 61/2018, 24 enero; núm. 261/2018, 31 mayo; núm. 516/2018, 31 octubre; núm. 400/2019, 25 julio; y núm. 510/2019, 28 octubre; y núm. 415/2021, 13 mayo); la anulación de sentencias dictadas en ausencia sirve de contrapeso a un proceso en el que se viola el derecho del inculpado a un juicio con todas las garantías, con limitaciones de su derecho de defensa (SSTS núm. 1703/1999 8 marzo; y núm. 922/2000, 12 mayo).

³ En concreto, la regulación de la revisión de sentencias firmes en el ALECrím de 2020 trae causa de las previsiones contenidas en el ALECrím de 2011 (arts. 660 a 670); de las que toma su estructura en tres capítulos, así como la rúbrica que acompaña a estos apartados y a los artículos que los integran; y en la Propuesta de Texto articulado de LECrím de 2013 (arts. 623 y 633); que aporta, esencialmente, lo relativo a la revisión debida a la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

vigor, procedente de la ley 41/2015, a la que se intenta, no obstante, dar una redacción más diáfana y accesible» (apdo. LXXXIII). A él se añade en este título un sencillo e inclasificable cauce creado para proceder a la revisión de sentencias firmes por cambio legislativo o por declaración de inconstitucionalidad de una norma determinante del pronunciamiento condenatorio, así como la posibilidad de revisar la firmeza de las sentencias dictadas en ausencia del inculpado, cuya regulación, como vamos a examinar en la parte final de este trabajo, experimenta determinadas mejoras.

II. EL JUICIO DE REVISIÓN

Aunque el tema de la revisión de sentencias penales firmes no ha contado históricamente en nuestro país con un mínimo desarrollo legislativo, al igual que ha merecido escasa atención por parte de los autores —quizás debido al propio carácter excepcional y restrictivo del instituto, acompañado de su no tan frecuente aplicación práctica—, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, vino a poner el foco en la institución. Esta Ley, además de introducir una serie de medidas de diferente calado y consideración en nuestro sistema procesal penal, procedió a la modificación de las causas de revisión contenidas en el art. 954 LECrim. En concreto, mediante la introducción de un motivo nuevo vino a cubrir una importante laguna: la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un mecanismo procesal, largamente reclamado por doctrina y jurisprudencia, que permita otorgar efectividad a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que declaran la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero eso no es todo. El legislador también aprovechó la reforma para realizar importantes cambios en el contenido del resto de las causas de revisión. De esta forma, junto a la supresión de dos de los supuestos ya existentes y la modificación —«mejora técnica» según el Preámbulo de aquella norma— de los otros dos, que pasaron a acomodarse en gran medida a la interpretación extensiva realizada durante años por nuestra jurisprudencia, el texto incorporó otros cuatro motivos de nuevo cuño.

Ciertamente, como subraya su autor, el ALECrím recoge en esencia los siete motivos de revisión existentes en la actualidad, si bien ello no obsta para que introduzca varios cambios en su regulación, así como algunas mejoras que afectan esencialmente a la configuración de la revisión y a la muy deficiente regulación del procedimiento, pendiente durante muchas

décadas de una más que necesaria actualización. Igualmente, bajo el título «Contenido de la revisión», el art. 766 del nuevo texto viene a cubrir la laguna más importante de la reforma operada en 2015 en esta materia: la ausencia de un régimen que estableciera las consecuencias de la sentencia estimatoria de la revisión acomodado a la nueva configuración de los motivos. Así pues, el contenido de este precepto, junto a las previsiones relativas a la tramitación del procedimiento, son las novedades más importantes que aporta el Anteproyecto en esta materia, y es a ellas, tras la realización de una necesaria referencia a la configuración general de la revisión como proceso jurisdiccional y a los elementos que integran su objeto, a las que dedicamos el contenido de este primer apartado.

1. CONFIGURACIÓN GENERAL

A diferencia de la calificación legal que la revisión de sentencias firmes recibió en sus primeras regulaciones⁴, y al contrario de lo que ocurrió con la citada Ley 41/2015, de 5 de octubre —que no se ocupó de modificar la consideración de la revisión como recurso y se ciñó únicamente a la reforma de los motivos para su solicitud⁵—, el redactor del ALECrím incluye como rúbrica del Capítulo I del Título V del Libro VII la referencia a «El juicio de revisión». De esta forma, siguiendo la senda de lo ya andado en el ámbito procesal civil por la LEC de 2000⁶, el nuevo texto reproduce lo ya previsto en el ALECrím de 2011 y en la Propuesta de Texto articulado de LECrím de 2013. La consideración de la revisión de sentencias penales como proceso jurisdiccional, no sólo rompe con una polémica larga y estéril sobre la

⁴ En tal sentido la LEC de 1881 se refirió a la revisión como recurso en el Título XXII de su Libro II, mientras que la LECrím de 1882 reguló el «recurso de revisión» de sentencias penales, junto a los recursos de apelación y de casación, en el Título III de su Libro V.

⁵ De hecho, asumiendo la errónea terminología que utiliza la LECrím, esta Ley siguió refiriéndose al «recurso de revisión» en el apartado VI de su Preámbulo, al igual que dispuso en el art. 954.3.II: «*En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*» (el subrayado es nuestro).

⁶ En concreto, bajo la rúbrica «De la revisión de sentencias firmes», el legislador de 2000 incluye la revisión en el Título VI del Libro Segundo de la LEC (arts. 509 a 516), un apartado distinto e independiente del Título IV dedicado a los recursos. No utiliza ya el término recurso, sino que lo sustituye por la expresión «demanda de revisión» (arts. 513.1, 514.1 y 2, y 515 LEC). Pese a todo, el legislador no llega a desprenderse definitivamente de ese vestigio histórico, y en el art. 509 LEC sigue hablando de «resoluciones recurribles», en lugar de «resoluciones susceptibles de ser revisadas», redacción más acorde con el cambio operado. Igualmente, salvo corrección posterior, idénticas reminiscencias pueden quedar en la ley que derive del ALECrím de 2020, puesto que hasta en tres ocasiones (arts. 33, 760.2.II y 763.4) desliza una referencia a la revisión como «recurso».

naturaleza jurídica de la institución, sino que además obliga a sostener una perspectiva acorde a la hora de examinar, tanto los elementos esenciales que configuran su objeto, como aquellos caracteres, relativos al procedimiento y a sus resultados, contenidos en la nueva regulación.

1.1. Naturaleza jurídica: breve reseña de una disyuntiva histórica

Si existe un tema considerado clásico en relación a la revisión de sentencias firmes es el de su naturaleza jurídica. Desde antiguo, la doctrina y la jurisprudencia se han venido planteando, tanto en sede de proceso civil como en el ámbito procesal penal, cuál es la esencia de la institución en su desenvolvimiento en el mundo del Derecho. En concreto, se ha suscitado la duda de si, en atención a los caracteres que le son propios, nos hallamos ante un recurso en sentido estricto o ante un medio de impugnación de carácter autónomo; esto es, un proceso independiente de la causa que concluyó con la sentencia firme que se revisa.

Si la primera de las opciones tiene su origen en la calificación legal que la institución recibió en sus primeras regulaciones, respaldada por varios autores de la época⁷, lo cierto es que, desde el punto de vista doctrinal, hoy resulta generalmente aceptado que la revisión es una institución a la que se ha venido calificando como recurso sin serlo realmente. Recordemos que el recurso es un acto por el que se solicita la modificación o anulación de la resolución judicial que produce un gravamen, tiene por objeto el nuevo examen de una cuestión fáctica o jurídica sobre la que ya se pronunció la resolución, siempre «en el mismo proceso en que ésta fue dictada»⁸. En cambio, la demanda de revisión presupone la existencia de una sentencia firme que surte los efectos de cosa juzgada, que se impugna, no mediante el combate de la valoración del juzgador o la fiscalización de la regularidad del procedimiento que llevaron a dictar dicha sentencia, sino con base en

⁷ Así, Manresa, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885, p. 241; Aguilera De Paz, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo VI, Ed. Reus, Madrid, 1916, pp. 5 y 487; Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Madrid 1948, p. 926; De La Plaza, M., *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid 1951, p. 624; y Miguel y Alonso, C., *Informes en torno a la futura reforma procesal española*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1971, p. 19.

⁸ En efecto, nos hallamos ante una «nueva cognición de cuestiones ya resueltas», posibilidad inherente a la primitiva acción. Así, entre los clásicos, cfr. Viada López-Puigcerver, C., y Aragoneses Alonso, P., *Curso de Derecho Procesal Penal*, vol. II, Ed. Prensa Castellana, Madrid, 1970, p. 209; Fenech Navarro, M., *Derecho Procesal Penal*, vol. II, Autoedición, Barcelona, 1960, p. 745; y Fairén Guillén, V., «Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. II, 1949, pp. 270 y ss.

concretos motivos legales que suponen la concurrencia de una nueva base fáctica⁹. De acuerdo con ello, un sector mayoritario de la doctrina reconoce actualmente a la revisión la naturaleza de acción impugnatoria de carácter autónomo¹⁰, distinta e independiente del proceso concluido con la sentencia que se revisa¹¹.

Por su parte, también la jurisprudencia se ha hecho eco del debate doctrinal y ha aludido con cierta frecuencia a las peculiaridades de la revisión respecto del resto de medios de impugnación, sobre todo del recurso de casación. No obstante, en realidad, salvo en muy contadas ocasiones, el Tribunal Supremo no se ha centrado en el estudio de esta materia, de tal forma que no existe un cuerpo jurisprudencial individualizado y diferenciado que sostenga, con sólidos argumentos, que nos hallamos ante un recurso¹². Muy al contrario, si bien no faltan resoluciones en las que se cataloga a la revisión como un recurso «de caracteres especiales», «extraordinario» o «excepcional», no son pocos los supuestos en que el Alto Tribunal ha utilizado términos ambiguos —«medio» o «remedio»— para referirse a este cauce, ha optado por reflejar la existencia de dos corrientes doctrinales absteniéndose de forma expresa de pronunciarse a favor de una de ellas o ha llegado a realizar calificaciones absolutamente opuestas en una misma

⁹ Cfr. Gómez Orbaneja, E., *Derecho procesal penal* (con Herce Quemada), Ed. Artes Gráficas y Ediciones SA, 8ª ed., Madrid, 1975, p. 298.

¹⁰ Cfr. Muñoz Rojas, T., «Estudios sobre la revisión penal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1ª época, núm. II, abril-junio 1968, pp. 58 y 59; Tomé García, J.A., «Sugerencias en torno a una futura reforma legislativa de la revisión penal», en *Anuario jurídico y económico escorialense*, núm. 22, 1990, p. 112; y en *Derecho Procesal Penal* (con De la Oliva Santos, Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia y Muerza Esparza), Ed. Universitaria Ramón Areces, 7ª ed., Madrid, 2004, p. 606; Barona Vilar, S., «La revisión penal», en *Justicia*, núm. 4, 1987, p. 859; Sánchez Montenegro, J.C., *El recurso de revisión penal*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 39; Moreno Catena, V., y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2012, p. 579; y Martínez Arrieta, A., *El recurso de casación y de revisión penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 393 y 394.

¹¹ Ello trayendo a colación los rasgos referidos al objeto, el contenido, la decisión y el ámbito en que se lleva a cabo la impugnación, que diferencian estas «acciones» y las separan de los recursos o «medios de gravamen». Cfr. Calamandrei, P., «Vicios de la sentencia y medios de gravamen», en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Sentís Melendo, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 445 a 448. Desarrollamos el tema en nuestro trabajo *El proceso de revisión de las sentencias penales. Análisis de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 30 y ss.

¹² En concreto, se aborda el tema de la naturaleza jurídica de la revisión en un pequeño cúmulo de tres sentencias, reproducidas más tarde, dictadas en la década de los años ochenta del pasado siglo. Son las SSTs s/núm. 10 noviembre 1984; s/núm. 18 octubre 1985; y s/núm. 19 maro 1987. En ellas se asienta la idea, de forma errónea en nuestro criterio, de que la firmeza de la resolución que se impugna constituye una particularidad del «recurso» de revisión de sentencias penales.

sentencia¹³. Esta falta de claridad y coherencia en sus directrices, unida a la existencia de un importante elenco de sentencias en que se considera a la revisión un proceso de carácter autónomo¹⁴, sugiere que la utilización del término «recurso» no ha supuesto en muchos casos decantarse por una opción en cuanto a su naturaleza jurídica, sino sólo la aceptación de la concepción derivada de lo que la LECrim hasta este momento ha dispuesto¹⁵. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha llegado a pronunciarse sobre el tema, afirmando sin ambages que no nos hallamos en este caso ante un recurso, sino ante una vía de impugnación que da lugar a un nuevo proceso¹⁶.

1.2. El proceso de revisión en vía penal: caracteres generales

Puesto que la revisión ni forma parte del mismo proceso penal que se celebró y del que trae causa, ni versa sobre el mismo objeto sobre el que recayó la sentencia firme, cabe plantearse cuáles son sus características; qué tipo de proceso jurisdiccional se abre con el ejercicio de la acción de impugnación autónoma señalada. Pues bien, de una parte, en atención a la tutela que se pretende, nos hallamos ante un proceso de carácter declarativo, en el que se solicita del órgano jurisdiccional competente que proceda

¹³ A título de ejemplo, pueden verse, respectivamente, las SSTS núm. 797/2014, 20 noviembre; núm. 145/2015, 12 marzo; y núm. 177/2015, 26 marzo; STS núm. 305/2015, 18 mayo; y SSTS núm. 290/2015, 12 mayo; núm. 275/2016, 10 febrero; y núm. 236/2016, 18 marzo. Ordenamos convenientemente esta jurisprudencia en *El proceso de revisión de las sentencias penales...*, cit., pp. 26 y ss.

¹⁴ Así, entre las últimas, SSTS núm. 414/2020, 21 julio; núm. 416/2020, 21 julio; núm. 60/2021, 27 enero; núm. 362/2021, 29 abril; núm. 415/2021, 13 mayo; y núm. 458/2021, 27 mayo. En todas ellas se subraya la novedad y el carácter excepcional del proceso dirigido a rescindir o anular una sentencia condenatoria firme, si bien en contadas ocasiones se hace explícita la lógica consecuencia de que «la revisión no es propiamente un recurso». No obstante, así se afirma en SSTS núm. 91/2012, 13 febrero; núm. 1032/2013, 30 diciembre; núm. 507/2013, 20 junio; núm. 851/2014, 17 diciembre; núm. 204/2015, 9 abril; núm. 472/2015, 9 julio; núm. 115/2016, 22 febrero; núm. 588/2016, 7 julio; núm. 437/2017, 20 junio; y núm. 646/2017, 2 octubre.

¹⁵ Esto mismo ha sucedido durante años respecto de las declaraciones de los tribunales en el ámbito de la revisión civil. Cfr. Doval Del Mateo, J.D., *La revisión civil*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, p. 52; y Vallespín Pérez, D., *La revisión de la sentencia firme en el proceso civil*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002, p. 30.

¹⁶ «A pesar de que la LECrim califique como *recurso* a la revisión, en puridad no estamos ante una reivindicación relativa al acceso a los recursos, sino que se trata más bien de una vía de impugnación autónoma que, desde nuestra perspectiva constitucional, se aproxima más a la del acceso a la jurisdicción que a la del acceso a los recursos. No es, así, una instancia más en la que replantear el debate fáctico o jurídico, sino un nuevo proceso derivado de una novedad extrínseca al procedimiento que constituye su objeto». STC núm. 240/2005, 10 octubre. Vid. también STC núm. 59/2006, 27 febrero; y ATC núm. 204/2006, 29 junio.

a la rescisión de una sentencia firme a través de la emisión de una resolución judicial. De otra parte, aunque la revisión se califique como penal en atención al carácter de la sentencia que se revisa, al orden jurisdiccional al que pertenece el órgano que la tiene atribuida y al ámbito legal en que se encuentran reguladas las causas y el procedimiento a seguir, lo cierto es que el proceso revisor en si mismo considerado no tiene dicho carácter. Esto es, no se trata en este caso de un proceso declarativo que se extiende sobre la responsabilidad penal de una persona. Con independencia de la necesidad de que las sentencias que se revisen sean condenatorias y de que los motivos de revisión encuentren su fundamento en la inocencia o la imposición de una pena más favorable para el condenado, la rescisión de actos injustos da lugar a un proceso comúnmente situado en el ámbito del Derecho privado, lo que es independiente del ámbito jurídico en que se producen las consecuencias.

Ahora bien, respecto de esta segunda idea hay que hacer tres precisiones. En primer lugar, el proceso de revisión persigue la destrucción del estado jurídico creado con la sentencia y abarca lo que la doctrina llama el juicio «rescindente» (*iudicium rescindens*). Ello no quita, no obstante, para que en algunos casos estimatorios de la acción de impugnación sea necesaria la celebración de un segundo proceso, contingente del anterior, al que se califica de «rescisorio» (*iudicium rescissorium*) y cuyo objeto coincide —con la pertinente modificación afectante al hecho delictivo o a la persona del imputado— con el ya resuelto por la resolución anulada. El tribunal que resuelve el proceso de revisión decide únicamente sobre la existencia o no del motivo alegado, sin que el ejercicio de la acción de impugnación se dirija, en puridad de criterios, a la obtención de un segundo pronunciamiento sobre el asunto. Que a veces, por razones de economía procesal, el segundo enjuiciamiento de naturaleza predominantemente penal se confíe al tribunal que anuló la sentencia firme no supone, en nuestro criterio, en contra de lo que señala una parte mayoritaria de la doctrina, que nos hallemos ante «un mismo proceso sustanciado en fase plural»¹⁷. Estamos ante dos procesos distintos, cuyo objeto no coincide¹⁸, y ello aun cuando en algunos casos el tribunal pueda decidir sobre ambas cuestiones en una misma sentencia.

¹⁷ Así, Muñoz Rojas, T., «Estudio sobre la revisión penal», cit., pp. 53, 81, 83 y 84; Barona Vilar, S., «La revisión penal», cit., p. 871; Sánchez Montenegro, J.C., *El recurso de revisión penal*, cit., p. 173; Tomé García, J.A., *Derecho Procesal Penal* (con De la Oliva Santos, Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia y Muerza Esparza), cit., p. 615; y Moreno Catena, V., y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 586.

¹⁸ En efecto, nos hallamos ante dos pretensiones diversas; dos solicitudes jurisdiccionales de distinta naturaleza, que se ejercitan en dos procesos con dispar finalidad, que no comparten un

En segundo lugar, aunque la jurisdicción para el conocimiento de un asunto se atribuye normalmente en función de la materia, la determinación del tribunal ante el que las partes han de solicitar la revisión de sentencias firmes presenta una singularidad: la «demanda» o solicitud se atribuye con carácter general al propio orden que conoció del proceso del que la revisión trae causa¹⁹. Esto es, en el caso de la revisión de una sentencia penal no conoce un órgano que pertenece a la rama civil, sino al orden jurisdiccional penal; y ello pese a que, según dispone la LOPJ, sólo corresponde a los tribunales de esta rama el conocimiento de «las causas y juicios criminales» (art. 9) o «de las causas por delitos y faltas» (art. 23). Ciertamente no nos hallamos aquí ante una causa en la que se enjuicie la comisión de un delito, si bien la decisión de atribuir el proceso de revisión a un órgano jurisdiccional penal puede explicarse —y no se muestra desacertada en nuestro criterio²⁰— tanto en consideración de los graves y excepcionales efectos que produce la sentencia estimatoria del proceso de revisión, como por razones prácticas y de técnica jurídica. La decisión sobre la concurrencia de cada uno de los motivos legales de revisión exige que se examinen varios elementos contenidos en la sentencia y en el proceso anterior; aspectos relativos al desarrollo y enjuiciamiento de la causa²¹, cuya mejor instrucción

único fundamento y en las que no tienen por qué coincidir tampoco las personas legitimadas. Que la revisión no se extiende al juicio rescisorio se ve claro en el ámbito procesal civil, cuando se observa cómo el proceso rescindente comienza por medio de la demanda (art. 514.1º LEC), continúa con el acto del juicio (art. 514.2º LEC) y termina con la sentencia firme (art. 516 LEC), en cuyo fallo se da solución a la pretensión alegada por las partes. La declaración de la anulación o no de la sentencia lleva a devolver los autos al tribunal del que proceden, para que en este caso sean las partes, según les convenga, las que usen de su derecho en el juicio correspondiente. Sobre este particular, cfr. Sigüenza López, J., *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 105.

¹⁹ Este criterio rige cuando la sentencia que se revisa versa sobre materias civiles, penales, laborales o contencioso-administrativas y fue dictada por órganos judiciales de los respectivos órdenes. Vid. al respecto los arts. 56.1º, 57.1.1º, 58 y 59 LOPJ.

²⁰ Recuérdese que no es éste el único caso en que órganos de un orden jurisdiccional conocen de materias que se encuentran extramuros de su propio ámbito, y ello no sólo a efectos prejudiciales. Así, el Juzgado de lo Mercantil cuando actúa como juez del concurso (art. 86 ter 1.2º LOPJ), o el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que extiende sus «competencias» a determinados procesos civiles (art. 87 ter 2 LOPJ).

²¹ Así, por ejemplo, la valoración que hizo el tribunal que dictó la sentencia firme del documento, el testimonio o la prueba obtenida ilícitamente [arts. 954.1 a) LECrim y 760.1 a) ALECRim]; la influencia que tuvo la resolución recaída en virtud de prevaricación judicial en el fallo de la sentencia cuya revisión se pretende [arts. 954.1 b) LECrim y 760.1 b) ALECRim]; y el carácter concluyente y la novedad (aparición posterior e imposibilidad de previa proposición) de la prueba cuyo conocimiento sobrevino a la sentencia [arts. 954.1 d) LECrim y 760.1 c) ALECRim].

o supervisión avala su atribución a los tribunales del orden jurisdiccional penal.

En tercer lugar, todo lo afirmado no significa, ni mucho menos, que el proceso de revisión no revista unas notas características, derivadas de los intereses que están en juego en el ámbito penal, que le diferencian de su homónimo en el campo procesal civil. Como ha resaltado la jurisprudencia, mientras que la revisión en vía civil sólo procede en virtud de conductas antijurídicas que han tenido virtualidad causal directa o indirecta sobre la resolución, en el ámbito penal basta para promoverla que aparezca un hecho o un medio de prueba nuevo que evidencie el error judicial y demuestre la injusticia de la sentencia condenatoria²². Esta mayor amplitud de la revisión en el proceso penal se manifiesta también en la ausencia de un límite temporal general que, a similitud de lo que sucede en el ámbito procesal civil (art. 512 LEC), someta la presentación de la solicitud de revisión a un determinado plazo²³.

Apuntados así los caracteres generales del proceso de revisión en vía penal, el examen ha de completarse con el estudio de los tres elementos — sujetos, *petitum* y *causa petendi*— que delimitan la actividad jurisdiccional solicitada en función del interés que subyace en la pretensión.

2. LOS SUJETOS DEL PROCESO DE REVISIÓN

El primero de los elementos que identifica la acción de impugnación que se ejercita es la legitimación de quien insta y frente a quien se insta la revisión. Bajo el título «Legitimación», el ALECrím dedica a esta materia el art. 761, si bien las novedades del nuevo texto se producen, no tanto respecto de la legitimación activa, como en relación a la previsión de intervención de otros sujetos en este proceso. Igualmente, el art. 760.2.II ALECrím, para el motivo de revisión basado en la existencia de una sentencia del TEDH que declara la violación de un derecho fundamental, reproduce las limitaciones que, en materia de legitimación, recoge el actual art. 954.3.II LECrím.

²² Cfr. SSTS s/núm. 30 mayo 1987; y núm. 736/2012, 2 octubre.

²³ Ello, no obstante, con la criticable excepción de los supuestos de revisión de una sentencia penal basada en la violación de un derecho fundamental declarada por sentencia del TEDH, establecida de manera novedosa con la reforma operada en el año 2015.

2.1. Legitimación para promover la revisión

En efecto, siguiendo lo ya previsto en los vigentes art. 955 y 961 LE-Crim²⁴, el art. 761 ALECrím reconoce legitimación para solicitar la revisión de sentencias firmes tanto a los particulares como al Ministerio Fiscal.

Comenzando por los primeros, el proceso de revisión lo puede entablar, en primer lugar, la persona condenada por la sentencia firme objeto de impugnación. Esto es, se requiere haber sido parte en el proceso penal del que la revisión trae causa y el haber sido «penado» por la sentencia. Lo primero excluye la opción de que la revisión sea instada por terceros, ni siquiera cuando éstos puedan demostrar que tienen cierto interés en lo decidido en la sentencia; lo segundo veda la posibilidad de que la persona contra la que se dirigió el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, cuando no coincida con el reo autor del hecho punible, entable por sí mismo el proceso de revisión²⁵. En segundo lugar, bajo la condición de que el penado se encuentre ya fallecido, el art. 761 ALECrím reconoce legitimación para entablar el proceso de revisión, «con objeto de rehabilitar su memoria», a «su cónyuge o la persona a la que esté ligada de forma estable por análoga relación de afectividad», así como a «los ascendientes y descendientes»²⁶.

²⁴ Cabe recordar que el régimen legal de la legitimación activa para instar la revisión se ha desarrollado históricamente en dos periodos diferenciados: uno anterior y otro posterior a la modificación operada en la materia por la Ley 10/992, de 30 de abril, de Medidas urgentes de reforma procesal. Condicionados ambos por la estructura del procedimiento de revisión en dos fases —una de promoción y otra de interposición del «recurso»—, en el primero de los periodos las posibilidades de los particulares se veían limitadas a la mera solicitud de apertura del cauce revisor, mientras que la interposición o formalización de la impugnación quedaba atribuida en exclusiva al Ministerio Fiscal. Esta situación recibió severas críticas de los autores (por todos, Prieto-Castro y Ferrándiz, L., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 413) y, tras la entrada en vigor de la Constitución española en 1978, como consecuencia de un cúmulo de sentencias del Tribunal Constitucional que señalaron su incompatibilidad con lo dispuesto en los arts. 24 y 117.1 CE (SSTC núm. 7/1981, 30 marzo; núm. 124/1984, 18 diciembre; núm. 92/1989, 22 mayo; y núm. 94/1989, 22 mayo), pasó a ser corregida con la reforma de los arts. 955, 957 y 961 LE-Crim en 1992. A partir de este momento la legitimación para entablar el proceso de revisión se atribuye, no ya sólo al Ministerio Fiscal, sino también al condenado y a sus familiares.

²⁵ En tal caso, al responsable civil directo o subsidiario a quien conste la concurrencia de un motivo de revisión podría dirigirse al Ministerio Fiscal para que sea éste el que entable el proceso. Idéntica razón ha llevado al Tribunal Supremo a rechazar en diversas ocasiones los intentos de revisión planteados por la acusación particular, al entender que carece de la condición de perjudicado en la causa. Así, AATS 4 marzo 1998 (rec. núm. 3340/1997), y 1 mayo 2001 (rec. núm. 14/2001).

²⁶ Se mantiene de esta forma la misma extensión que existe en la actualidad respecto de las personas incluidas en el precepto, lo que conduce a una interpretación amplia, que admite a ascendientes y descendientes sea cual se el grado de parentesco. Cfr. Barona Vilar, S., «La legitimación en el proceso de revisión penal», en Poder Judicial, núm. 36, 1994, p. 313. Respecto de los hermanos y sus descendientes que quedan excluidos, vid. AATS (Sala Militar) s/núm. 6 julio 2004; y s/núm. 9 diciembre 2004.

Obsérvese que, en relación a los fines con los que estos parientes o allegados entablan el proceso de revisión, desaparece la actual referencia a «que se castigue, en su caso, al verdadero culpable» (art. 955 LECrim); lo que parece compadecerse mejor con la opción, posible desde la reforma de 2015, de instar una revisión basada y dirigida a degradar la responsabilidad penal del finado.

En segundo lugar, dentro de las funciones que el Ministerio Fiscal tiene asignadas constitucional y legalmente, el ALECrIm de 2020 le permite entablar el proceso de revisión²⁷. El conocimiento sobre el asunto puede venir dado por alguno de los interesados o por el interés del propio del Ministerio Público²⁸. A tales efectos, el art. 761 dispone que «cualquier autoridad pública que tenga conocimiento de hechos que puedan dar lugar a la revisión deberá remitir a la Fiscalía General del Estado la oportuna propuesta razonada y documentada». Adviértase que esta mención al Fiscal General del Estado, también existente en la actualidad (art. 961 LECrim), no encorseta la legitimación en la cúspide de tal órgano, y por tanto no se precisa su personación directa. Como bien ha evidenciado la jurisprudencia, «a diferencia de lo que sucede con algunos recursos y trámites constitucionales, la representación de la institución ante esta Sala la ostenta el Fiscal del Tribunal Supremo y no necesaria e indefectiblemente el Fiscal General del Estado»²⁹.

Para concluir con la legitimación activa, hemos de mostrar nuestro desacuerdo con el mantenimiento en el art. 760.2.II ALECrIm de la previsión recogida en el art. 954.3.II LECrim. Según ésta, en el caso de concurrencia de una sentencia estimatoria del Tribunal de Estrasburgo, la revisión sólo puede solicitarse «por quien, estando legitimado para interponer el recurso, hubiera sido demandante ante el TEDH». Esta opción legislativa, objeto de fuertes críticas durante la tramitación parlamentaria de la reforma de 2015, no se muestra conforme, en nuestra opinión, con el efecto directo que deberían tener las normas internacionales sobre derechos humanos

²⁷ Acerca de su legitimación directa para entablar la demanda de revisión, vid. SSTS núm. 498/2014, 19 mayo; y núm. 506/2016, 9 junio 2016.

²⁸ En relación a la solicitud o excitación de la actuación del Ministerio Fiscal, en el ALECrIm desaparece el contenido del art. 956 LECrim, que, en su redacción originaria de 1882, recoge la posibilidad de que «el Ministerio de Gracia y Justicia» ordene interponer este «recurso» de revisión. Habida cuenta de que en la actualidad existe una vía judicial directa para los particulares y de que la obligación de cumplir con este «mandato» aparece contradicha por la propia configuración actual del Ministerio Fiscal (cfr. art. 124 CE y art. 8 Estatuto Orgánico); cuya decisión de apertura o no del procedimiento prevalece por encima de esta orden; el uso de esta vía de promoción administrativa carece, desde hace tiempo, de cualquier sentido práctico.

²⁹ SSTS núm. 217/2015, 15 abril; y núm. 506/2016, 9 junio; núm. 66/2018, 6 febrero; núm. 468/2018, 15 octubre; y núm. 527/2020, 21 octubre.

y las resoluciones de los organismos que las protegen en el ordenamiento jurídico interno de nuestro Estado³⁰. De una parte, excluye la posibilidad de una revisión de oficio por el propio tribunal que dictó la sentencia firme de condena, así como la facultad del Ministerio Fiscal de solicitar la apertura del cauce revisorio. De otra, su contenido supone que el efecto de la sentencia del TEDH no se extienda a supuestos similares, lo que exige que cada persona afectada por la violación de derechos humanos interponga su propio recurso ante dicho Tribunal, obtenga su propia sentencia condenatoria contra España e inste posteriormente su propio proceso de revisión. Pese a ello, cabe objetar que el efecto de la sentencia estimatoria no tiene por qué influir únicamente en quién entabla el proceso de revisión. Como bien apuntara MUÑOZ ROJAS, «la revisión penal no sólo afecta o beneficia al condenado que pidió la revisión, sino también a todos los condenados en la misma sentencia que lo hayan sido en razón al mismo hecho delictivo y a quienes alcance directamente el motivo en virtud del cual la sentencia condenatoria firme quedó sin efecto»³¹. Esta consecuencia, que en nuestro criterio hunde sus raíces en las mismas razones de justicia que fundamentan la existencia del instituto, debe tener su aplicación incluso cuando el motivo que se estime sea el que examinamos. Ciertamente en este supuesto el proceso de revisión sólo podrá entablarse por quien fue demandante ante el TEDH, pero los efectos de la sentencia revocatoria deberán afectar también a aquellos condenados por la resolución rescindida que también vieron afectados sus derechos fundamentales por el acto de vulneración enjuiciado.

2.2. Otras partes del proceso de revisión

Debido quizás al influjo de una regulación que ha considerado durante más de un siglo que la revisión constituye un recurso, los autores que se han ocupado de estudiar el proceso de revisión en el ámbito penal no han hecho mención alguna a otras partes diferentes de las legitimadas activamente. Esto es, no se han pronunciado acerca de la existencia o inexistencia

³⁰ Según se señala en la enmienda núm. 46 presentada al texto del Proyecto de Ley de reforma de 2015 por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, esta opción crea un procedimiento que se muestra gravoso para la persona que ha visto vulnerados sus derechos, que ha debido sufrir un costoso peregrinaje hasta llegar al Tribunal de Estrasburgo, y no se compadece bien con la responsabilidad que pesa sobre el Estado de rectificar todas las situaciones de vulneración de derechos que hayan sido identificadas. *BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley. 27 de mayo de 2015. Núm. 138-3, p. 18.*

³¹ Muñoz Rojas, T., «Estudio sobre la revisión penal», cit., p. 86; con cita de la STS s/núm. 14 febrero 1961.

de una posición pasiva o una parte «demandada»³². Sin embargo, a pesar de las dificultades que entraña trasladar los conceptos referidos a las partes del proceso civil a los sujetos cuya determinación deriva de su participación en un proceso penal, también en el caso de la revisión de sentencias penales existen otros sujetos que, en coherencia con la naturaleza jurídica reconocida al instituto y con la especial configuración del proceso, pueden encontrarse en la parte pasiva de la relación jurídico procesal.

En efecto, el supuesto más común es el del propio Ministerio Fiscal, que, en todos aquellos casos en que no sea él quién solicite la revisión y no se muestre de acuerdo con la pretensión sostenida por el penado o su familiares, ocupará respecto de éstos un lugar contrario en la relación procesal, dedicándose a combatir los hechos en que se basa el motivo de revisión que se alega³³. Igualmente, puesto que la revisión se dirige a la revocación de una resolución y a la destrucción de los efectos derivados de ella, también el resto de partes que hubieron intervenido en el proceso penal anterior del que la revisión trae causa pueden verse afectados por su resultado. Así ocurre, por ejemplo, con el acusador privado, que en el juicio de referencia ejerció en exclusiva la acción penal contra el condenado, y con quien ejerció la acusación particular. Puesto que éstos pueden tener interés si se ven afectados económicamente por la rescisión de la sentencia impugnada, han de ser siempre escuchados en el cauce de la revisión. Y lo mismo con las partes civiles. Ya que la sentencia dictada en sede de revisión no sólo rescinde los pronunciamientos penales, sino que también se extiende a los pronunciamientos civiles, idéntica posibilidad hemos de reconocer a las partes de la pretensión civil *ex delicto*: el actor civil y el responsable civil directo y subsidiario³⁴.

³² Salvo Gómez Colomer, J.L. («Revisión en el proceso penal español», en *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, núm. especial de diciembre de 2001, p. 1), que afirma que nos hallamos ante un proceso «al menos en un sentido formal, pues no es un verdadero proceso entre partes» (disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_88.pdf). Posteriormente, el autor ya no ha hecho pronunciamiento sobre esta cuestión. Vid. Gómez Colomer, J.L., *Proceso penal. Derecho procesal III* (coord. Gómez Colomer y Barona Vilar), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 569.

³³ La práctica nos muestra que la sentencia que decide la revisión, en atención de los argumentos de quien se hubo posicionado en contra de la solicitud, puede concluir con la desestimación de la pretensión. Cfr. por ejemplo, las SSTs núm. 127/2002, 6 febrero; núm. 475/2004, 4 abril; núm. 1082/2004, 30 septiembre; núm. 385/2008, 16 mayo; núm. 1304/2009, 14 diciembre; núm. 255/2010, 17 marzo; y núm. 426/2013, 16 mayo.

³⁴ Sirva de ejemplo la STS núm. 518/2015, 9 septiembre, de cómo pueda afectar a cada uno de dichos intervinientes la resolución que decide la revisión. En ella, además de anularse las penas impuestas como consecuencia del delito a que fue condenado el reo, se procede a rescindir

De acuerdo con estas ideas, y a diferencia de lo de que actualmente sucede con la LECrim; que en la sustanciación del proceso se conforma con oír «por escrito una sola vez al fiscal y otra a los penados» (art. 959); la regulación recogida en el ALECrím de 2020 se mueve en la línea de lo que señalamos. Así, su art. 764.1 dispone: «Admitida a trámite la demanda se comunicará al penado, si no fuese el proponente, al Ministerio Fiscal y a quienes hayan sido parte en el procedimiento, a quienes se convocará a la celebración de una vista con una antelación de al menos treinta días». Será entonces en esta vista, según prevé el art. 765.1 ALECrím, cuando, a continuación de haber informado la persona que haya promovido la revisión, con posibilidad de práctica de la prueba, podrán informar tales «partes por el orden que asigne el tribunal». Así pues, como se observa, por vez primera en nuestro sistema se regula un trámite de audiencia a tales interesados. No obstante, a diferencia de otros textos de reforma de la LECrim, el Anteproyecto de 2020 no llega a reconocerles de forma expresa la posibilidad de instar la práctica de la prueba³⁵. Sin embargo, en nuestro criterio, a similitud de lo que dispone el art. 514.1 LEC para la revisión en vía civil, en favor de una aplicación estricta de los principios de igualdad y de contradicción y del efectivo ejercicio del derecho a la prueba (art. 24.2 CE), en el proceso para la rescisión de las sentencias penales debe otorgarse idéntica posibilidad de intervenir, alegar y probar a todos aquéllos que hubieron litigado en el proceso anterior y han de verse afectados por el contenido de la sentencia.

3. EL *PETITUM*: RESCISIÓN DE SENTENCIAS CONDENATORIAS FIRMES

A similitud del contenido de la demanda en el proceso civil, en el escrito de solicitud de revisión ha de fijarse con claridad y precisión lo que es objeto de petición. Esto es, lo solicitado por alguno de los legitimados, perfectamente fijado en el suplico de dicho escrito, en relación con los hechos subsumibles en uno o varios de los motivos que sustentan la revisión, configura lo que ha de ser objeto de debate y delimita los parámetros sobre los que haya de resolver el órgano jurisdiccional.

otros efectos como el pago de la mitad de las costas causadas por la actuación de la acusación particular y la indemnización civil por las lesiones y las secuelas producidas a la víctima.

³⁵ En efecto, el art. 765.1 ALECrím viene a ser reproducción del contenido del art. 666 del ALECrím de 2011. Sin embargo, resultaba más acertado, en nuestra opinión, el contenido del art. 630 de la Propuesta de Texto articulado de LECrim de 2013, que, en relación a la «sustanciación» del procedimiento, previó una contestación escrita a la petición de la revisión de las partes personadas (apdo. 1), con posibilidad de propuesta de medios de prueba (apdo. 2), a admitir por la Sala del Tribunal Supremo (apdo. 3) y a practicar en la vista, antes de la información por las partes «en defensa de sus pretensiones» (apdo. 5).

3.1. *Carácter y contenido de la pretensión de revisión*

Puesto que a través de la revisión se intenta disolver o dejar sin efecto la situación creada con una sentencia penal de condena que puso fin al proceso, puede afirmarse que la pretensión que se ejercita en este supuesto se encuentra entre aquéllas encaminadas a la obtención de una resolución judicial que crea, modifica o extingue una situación jurídica determinada. Así pues, al igual que en el ámbito civil, en el campo procesal penal la acción de revisión puede ser catalogada como una acción de declaración constitutiva de carácter necesario³⁶.

En el proceso de revisión se ejercita una acción autónoma de impugnación que trata de «revocar» o dejar sin ningún efecto una sentencia firme de condena. Sin embargo, la discrepancia puede surgir a la hora de especificar si esta ineficacia que la impugnación persigue entra dentro de la nulidad o de la rescisión; categorías ambas que vienen utilizándose de forma indistinta por nuestra jurisprudencia para hacer referencia a los fines propios a los que tiende la acción revisora³⁷. Pues bien, a pesar de las concretas referencias a la primera categoría que realiza el legislador y el autor del ALE-Crim³⁸, la acción de impugnación que examinamos presenta su similitud con la acción de rescisión. Así, a diferencia de un acto inválido, que hubo nacido viciado al faltarle inicialmente alguno de los elementos esenciales o presupuestos necesarios exigidos por la ley, la denuncia y estimación de la concurrencia de alguna de las causas legales de revisión, basadas en circunstancias extrínsecas a la propia resolución, acaecidas o conocidas una

³⁶ En igual sentido, Muñoz Rojas, T., «Estudio sobre la revisión penal», cit., p. 60; y Barona Vilar, S., «La revisión penal», cit., p. 859.

³⁷ El Tribunal Supremo atribuye a los términos «rescisión» y «anulación» un mismo significado, de tal forma que, al igual que define la revisión como el medio extraordinario que sirve para «rescindir» sentencias firmes de condena, en los fallos estimatorios de la pretensión procede normalmente a «anular» dichas sentencias. Así, por todas, SSTS núm. 115/2016, 22 febrero; núm. 588/2016, 7 julio; y núm. 437/2017, 20 junio. No obstante, como excepción, en algún concreto supuesto el Alto Tribunal ha optado por «declarar procedente la rescisión de la segunda sentencia» (STS núm. 824/2009, 21 julio 2009), declarar que «se rescinde y anula la sentencia» (SSTS núm. 923/2013, 29 abril; y núm. 376/2021, 5 mayo) o que se produce la «rescisión de la cosa juzgada» (STS núm. 475/2003, 4 abril).

³⁸ A similitud de lo que sucede en la actualidad (arts. 958 y 960 LECrim), el ALE-Crim hace referencia a la «nulidad» como contenido de la acción de impugnación, cuando trata del «Contenido de la revisión» (art. 766.1, 2, 3 y 5) y de los «Efectos de la revisión acordada» (art. 767.1). Únicamente en una ocasión, en los casos de contradicción entre resoluciones dictadas en materia de decomiso autónomo, se aplica la consecuencia de «dejar sin efecto», en su totalidad o en parte, la sentencia firme que resulta incompatible (art. 766.4 ALE-Crim).

vez que ésta se perfeccionó, lleva consigo la ineficacia sobrevenida de la sentencia firme impugnada³⁹.

3.2. Objeto de la petición: sentencias firmes de condena

El art. 760.1 ALECRim hace referencia al objeto sobre el que se ciñe la solicitud de revisión, al hilo de enumerar los supuestos en que, según se dispone de forma expresa, «se podrá solicitar la revisión de las sentencias condenatorias firmes». Así pues, son dos los requisitos que han de confluir en la sentencia⁴⁰ para que pueda ser rescindida a través del proceso de revisión: que se trate de una sentencia firme, y que revista carácter condenatorio.

Ciertamente, la referencia que realiza el precepto al primero de los requisitos nada aporta en relación a la necesidad de que la sentencia haya puesto fin al proceso, alcanzado firmeza y producido efectos de cosa juzgada material. Sin embargo, en relación al segundo, la generalidad que le otorga su redacción —en confluencia con el contenido del art. 158.2 y 3 ALECRim⁴¹— viene a resolver una duda suscitada en la regulación de la revisión a raíz de la reforma operada por la Ley 41/2015, acerca de la posibilidad de la impugnación de las sentencias absolutorias. Así, a diferencia de la versión anterior que exigía de forma directa que la sentencia firme tuviera carácter condenatorio⁴², el art. 954 LECrim resultante de la reforma no exige de una forma clara y rotunda, ni en general ni en algunos de sus apartados, que la sentencia firme a revisar revista dicho carácter. Esta variación, que tal vez se produjo de una forma refleja y no buscada en absoluto por el legislador,

³⁹ Para un mayor detalle, vid. *El proceso de revisión de las sentencias penales*, cit., pp. 60 y ss.

⁴⁰ Como consecuencia del carácter extraordinario de la acción de impugnación que se ejercita en este proceso, capaz de excepcionar el principio riguroso y casi absoluto de la cosa juzgada, no es posible que se haga en este extremo una interpretación extensiva que permita revisar otro tipo de resoluciones. Por todos, Sánchez Montenegro, J.C., *El recurso de revisión penal*, cit., p. 48.

⁴¹ En efecto, dentro del Libro I del ALECRim, el art. 158, referido a las «Resoluciones con efecto de cosa juzgada», señala en su núm. 2: «La cosa juzgada derivada de las sentencias absolutorias no será susceptible de revisión». Igualmente en su núm. 3 concreta: «La cosa juzgada derivada de sentencias *condenatorias* firmes solo será revisable de conformidad con lo establecido en el capítulo I, título V del libro VII de esta ley» (el subrayado es nuestro).

⁴² En su redacción anterior a la reforma de 2015, los núms. 1º, 2º y 3º del art. 954 LECrim comenzaban con la expresión «cuando esté/estén sufriendo condena», mientras que el 4º hacía referencia directa a la evidencia de la inocencia del «condenado». Así pues, a diferencia del proceso civil en el que cabe revisar toda sentencia con independencia del sentido del fallo, históricamente no ha sido posible entablar con eficacia un proceso de revisión contra una sentencia absolutoria penal. Sobre la situación de la revisión penal contra reo absuelto en varios ordenamientos europeos y el estado de la cuestión en España, vid. Villamarín López, M.L., «La revisión penal *contra reum*», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2003, pp. 475 y ss.

ha obligado a dejar constancia de las excepciones y peculiaridades que, respecto del predicado carácter condenatorio de la sentencia, plantean en su configuración legal cuatro de los cinco motivos añadidos con la reforma⁴³. Contrariamente a ello, la aprobación y entrada en vigor de una ley basada en el Anteproyecto de 2020 ayudaría a clarificar la idea de que en España la revisión en vía penal sólo puede entablarse para impugnar sentencias que sancionan la conducta delictiva con una pena.

4. LA CAUSA PETENDI: MOTIVOS DE REVISIÓN

En el proceso de revisión la causa de pedir, considerada ésta como el conjunto de hechos que fundamentan la tutela jurisdiccional que se solicita, se encuentra configurada por aquellos elementos fácticos alegados por quien solicita la rescisión de una sentencia firme de condena. No obstante, para que la petición pueda ser admitida a trámite, la ley exige que los hechos que se invocan encajen necesariamente en algunos de los supuestos contemplados en ella. De acuerdo con esta premisa, bajo el título «Motivos de revisión», el art. 760 ALECrím enumera los siete supuestos que conforman la causa de pedir, siendo ésta la materia que, reformada en profundidad en 2015⁴⁴, menores novedades experimenta en el nuevo texto. Es por ello que en este apartado nos limitamos a hacer un repaso de estos motivos, señalando las modificaciones que se producen en relación a las causas incluidas en el actual art. 954 LECrím, y reservando un desarrollo mayor para el tratamiento del contenido de la sentencia de revisión, que es donde se producen los cambios más importantes.

1º) Pruebas obtenidas mediante la comisión de un delito: art. 760.1 a) ALECrím. Es posible solicitar la revisión «cuando la sentencia cuya revisión se interesa haya valorado como prueba un documento o una declaración

⁴³ Así se deriva de un breve repaso de la redacción de los motivos contenidos en los arts. 954.1 b), 954.1 c), 954.1 e) y 954.2 LECrím. Si bien esto no se considera una transformación voluntaria y consciente de la situación anterior, es un hecho que en los primeros tres casos, a la vista de los términos legales, puede sostenerse como posible la impugnación de sentencias firmes absolutorias. Sobre este particular, vid. nuestro trabajo *El proceso de revisión de las sentencias penales...*, cit., pp. 76 y ss.

⁴⁴ En efecto, en el año 2015 asistimos a la reforma más importante de la revisión de sentencias penales desde su introducción en nuestro sistema en 1882. La Ley 41/2015 procedió a transformar el contenido del art. 954 LECrím, aumentando a siete el número de motivos, agrupados en tres apartados. Acerca del nuevo régimen y sus implicaciones, vid. nuestro trabajo «Motivos de revisión penal: análisis de la nueva configuración del art. 954 LECrím tras la reforma de 2015 y al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 39, 2016.

testifical declarados después falsos, una confesión obtenida por violencia o intimidación o haya obedecido a otra actuación delictiva que no sea imputable a la persona condenada». El precepto recoge igualmente la necesidad de acreditar el delito mediante sentencia firme dictada en procedimiento penal seguido al efecto, así como la excepción a esta exigencia cuando este procedimiento haya concluido sin un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Por tanto, más allá de modificaciones puntuales en la redacción del precepto —el cambio de «coacción» por «intimidación» y de la expresión «cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero» por «otra actuación delictiva que no sea imputable a la persona condenada»—, no hallamos diferencia alguna con el motivo del art. 954.1 a) LECrim.

2º) *Delito de prevaricación judicial: art. 760.1 b) ALECRim.* También podrá promoverse la revisión «cuando una resolución recaída en el proceso cuya revisión se interesa haya dado motivo a la condena por delito de prevaricación del juez o de alguno de los magistrados que la hubieran dictado, siempre que pueda presumirse que el resultado del proceso habría sido distinto de no mediar la comisión de dicho delito». El cambio que se produce en la redacción del motivo —se alude a la «presunción» de que el resultado del proceso habría sido distinto, en lugar de señalar que sin la resolución objeto de prevaricación «el fallo hubiera sido distinto»— no supone una modificación esencial respecto de lo dispuesto en el art. 954.1 b) LECrim.

3º) *Nuevos hechos o nuevos elementos de prueba: art. 760.1 c) ALECRim.* Habrá lugar a la revisión «cuando, después de la sentencia, sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba que, de haber sido aportados, hubieran podido determinar la absolución o una condena menos grave». A salvo la modificación en la forma verbal —«hubieran determinado» se sustituye por «hubieran podido determinar»—, el precepto reproduce el contenido del art. 954.1 d) LECrim.

4º) *Doble sentencia por el mismo hecho: art. 760.1 d) ALECRim.*— Con base en la injusticia que supone esta duplicidad, se prevé la posibilidad de proceder a la revisión «cuando —en asunción del contenido del actual art. 954.1 c) LECrim— sobre un mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes»; si bien, se añade: «dispareas dictadas por la misma o por distintas jurisdicciones». Así pues, con un texto que reproduce lo dispuesto en el motivo de revisión del art. 328.5º de la Ley Orgánica Procesal Militar, la redacción que ofrece el Anteproyecto concreta el objeto de esta causa, a la vez que plantea la posibilidad de que las sentencias que se pronuncien sobre el mismo objeto procedan de tribunales de la jurisdicción ordinaria y tribunales de la jurisdicción militar. Si bien esto no ha de resultar lo más

frecuente, su referencia en el precepto viene a incardinar este supuesto en el ámbito de la revisión regulada en la Ley procesal penal, lo que lo sitúa en el ámbito de la competencia atribuida exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 33.6 ALECrím). Frente a ello, parecería más adecuado, en nuestro criterio, que para este tipo de casos la Ley estableciese una regla de atribución diferente; como hace el art. 334 de la precitada Ley Orgánica Procesal Militar, que asigna el conocimiento de la revisión en este supuesto a la Sala especial del Tribunal Supremo a que se refiere el art. 61 LOPJ.

5º) *Cuestiones prejudiciales no devolutivas: art. 760.1 e) ALECrím.* Igualmente, es posible solicitar la revisión «cuando el tribunal penal se haya pronunciado a efectos exclusivamente prejudiciales sobre una cuestión que sea determinante del fallo y el tribunal no penal competente para la resolución de dicha cuestión dicte con posterioridad una resolución firme que sea contradictoria». Con una redacción más afortunada que la vigente del art. 954.1 e) LECrím, el motivo responde de la misma manera a los casos de contradicción que pueden producirse entre los pronunciamientos de los tribunales penales y no penales en relación a las denominadas cuestiones prejudiciales.

6º) *Disparidad en sentencia firme de decomiso autónomo: art. 760.1 f) ALECrím.* También puede promoverse la revisión «cuando sean dispares la declaración de hechos declarados probados de la sentencia firme de decomiso autónomo y la sentencia firme que, en su caso, se dicte en el proceso penal principal». A través de una redacción más sencilla que la que nos ofrece en la actualidad el art. 954.2 LECrím, el precepto contempla sin variaciones el supuesto de fáctica contradicción entre dos resoluciones judiciales; una de las cuales deriva del procedimiento especial de decomiso autónomo; que ahora regula el ALECrím en sus arts. 849 y ss.

7º) *Sentencia estimatoria del Tribunal de Estrasburgo: art. 760.2 ALECrím.* Al igual que sucede ahora, este motivo de revisión se separa del resto, manteniendo una redacción similar a la incluida en el año 2015 en los arts. 5 bis LOPJ, 510.2 LEC y 954.3 LECrím⁴⁵. Así, es posible solicitar la revisión «cuando el TEDH hubiese declarado la violación de alguno de los derechos

⁴⁵ La única diferencia es que incorpora el primero la expresión «con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional» e incluye el segundo una referencia final a que «sin que la misma (la revisión) pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas». Esta homogeneidad del régimen de la revisión por esta causa en el proceso penal y civil es tildada de acertada por Bellido Penadés, R., «Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrím de 2015», en Diario La Ley, núm. 8526, 24 abril 2015, p. 2.

reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión». El motivo permite dar cumplimiento en España a las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo, si bien lo hace sometiendo el concreto cauce legal a las mismas restricciones que se prevén en la actualidad. De esta forma, a la exclusión de la revisión en aquellos casos en que los efectos de la violación no persistan y puedan cesar por otros medios, se suma una criticable legitimación restringida a la que ya hemos hecho referencia, así como el sometimiento de la presentación de solicitud a un plazo de preclusión de un año desde la adquisición de firmeza de la sentencia del TEDH.

5. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN

Examinados los tres elementos que integran el objeto del proceso de revisión, procede abordar ahora su desarrollo procedimental; esto es, la tramitación, las fases y las actuaciones por las que atraviesa la actividad jurisdiccional. No obstante, antes de insertarnos en este orden externo de los actos procesales, conviene insistir aquí en una consideración ya realizada acerca del contenido del proceso de revisión. Este abarca únicamente, como se ha dicho, el denominado *iudicium rescindens*, en el que la decisión se limita a resolver sobre la existencia del motivo alegado y a dejar o no sin efecto la sentencia penal firme de condena, sin que la tutela pretendida deba extenderse también al enjuiciamiento posterior del delito.

El régimen legal del procedimiento de revisión, tanto en su origen como con posterioridad a la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, que introdujo pequeños cambios, ha mostrado una gran imperfección y se encuentra pendiente desde hace tiempo de una importante reforma. Caracterizado por la existencia de dos fases diferenciadas: una para la promoción y otra para la interposición del «recurso»; por la escasez de preceptos sobre la sustanciación del procedimiento (arts. 957 y 959 LECrim) y por un sistema de remisiones, con reenvío y mezcolanza con la normativa de la casación; la situación ha llevado a doctrina y a jurisprudencia a afirmar la necesidad de una nueva tramitación, más adecuada a las previsiones constitucionales y más acorde con la verdadera naturaleza jurídica del instituto⁴⁶.

⁴⁶ Cfr. Sánchez Montenegro, J.C., *El recurso de revisión penal*, cit., p. 174. Como hace cuatro décadas se subrayara en STS s/núm. 18 febrero 1972, la LECrim se encuentra en esta materia

En la línea de una modificación integral del procedimiento del revisión, y siguiendo muy de cerca las previsiones contenidas en la iniciativa de reforma de la ley procesal penal de 2011 que no llegó a fructificar, el ALECrím de 2020 dedica a los trámites a seguir para ejercitar y decidir sobre la pretensión de revisión de las sentencias firmes en el ámbito penal los arts. 762 a 765. El contenido de estos preceptos ordena la tramitación del procedimiento en tres fases diferenciadas, previas al dictado de la resolución con la que concluye el proceso.

5.1. Solicitud de revisión

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 761 ALECrím, la persona perjudicada por una sentencia firme penal, sus familiares en el caso de que éste haya fallecido, y el Ministerio Fiscal podrán solicitar su revisión y consiguiente rescisión si en ella concurren alguna o algunas de las causas expresamente previstas en el art. 760 LECrím. Este escrito de «solicitud», si bien no llega a calificarse como «demanda» —como sí sucedía en la Propuesta de Texto articulado de LECrím de 2013 (art. 627)—, en lugar de dar paso a una fase preparatoria previa a la de interposición del «recurso» como sucede en la actualidad (art. 957 LECrím), ha de admitirse o rechazarse directamente por el tribunal como cualquier otra petición de tutela jurisdiccional.

La LECrím en vigor no especifica en ninguno de sus preceptos qué contenido ha de tener el escrito inicial del procedimiento. Frente a ello, el art. 762.1 ALECrím exige que en la solicitud se consignen tres extremos: a) que se expongan el motivo o motivos de revisión que se aducen; b) que se describan los hechos en que se funda la petición; y c) que se proponga la prueba acreditativa de la realidad de estos hechos. Como es obvio, al no hallarnos aquí ante un único proceso que se desarrolle en una fase de carácter rescindente y a otra de carácter rescisorio, no debería consignarse en el suplico del escrito la petición de un nuevo análisis de la cuestión debatida en el pleito decidido por la resolución revisable. Sin embargo, en atención de las posibilidades que ofrece el art. 466 ALECrím, ha de resultar lo más adecuado que en él se haga referencia al contenido de la sentencia que con la solicitud se pretende.

Dejando a un lado los medios de prueba de que puede servirse el solicitante para acreditar la existencia de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba cuando la concurrencia de éstos funde la revisión [art. 760.1 c)

«necesitada de urgente reforma para agilizar este extraordinario e importante recurso».

ALECRim], el resto de los motivos legales se basan, como ya ha quedado expuesto, en la existencia de una sentencia firme: la que condena por un delito que influyó en la resolución revisable [art. 760.1 a) y b)], la que evidencia el error judicial producido [art. 760.1 d)], la que contradice el contenido de la resolución impugnada [art. 760.1 e) y f)] y la que declara la vulneración cometida (art. 760.2). Es por ello que el acompañamiento del testimonio de esta sentencia con el escrito que da comienzo al proceso, junto a la aportación del testimonio de la sentencia cuya revisión se interesa, exigidas ambas cosas por el art. 762.2 ALECRim, constituye un principio de prueba más que solvente de la viabilidad inicial de la causa que se alega.

5.2. Admisión de la solicitud

En contraposición al régimen procedimental vigente, que es acorde con el esquema que rige el recurso de casación y que se basa en la existencia de una decisión autónoma que termina con la fase de promoción y permite entablar el propio proceso de revisión, el ALECRim concluye con este censurable sistema de doble fase⁴⁷ y lo sustituye por una única decisión que se pronuncia sobre el escrito que da comienzo del proceso.

En concreto, una vez presentada la solicitud para el juicio de revisión, se atribuye al Letrado de la Administración de Justicia el deber de registrarla y turnarla a una Sala de Admisión, que, a la vista del escrito presentado por el promotor de la revisión, de las pruebas propuestas y, en su caso, de los documentos y de las sentencias aportadas, se pronunciará sobre la admisión (art. 763.2.1 ALECRim). Igualmente, como ocurre en la actualidad, se recoge la obligación de que, con carácter previo a la admisión, en el caso de no haber sido el Ministerio Fiscal quien presentó la solicitud, se le dé traslado de ella para que en el plazo de diez días realice alegaciones sobre su admisibilidad (art. 763.1 ALECRim). Si la Sala admite la revisión, habrá de pronunciarse sobre la práctica de las pruebas propuestas (art. 763.4 ALECRim).

Adviértase que el contenido de la decisión sobre la admisión o denegación de la solicitud no ha de distar demasiado del juicio que se realiza hoy

⁴⁷ En efecto, puesto que el art. 957 LECrim fue redactado conforme a la Ley 10/1992, de 30 abril, una vez se modificó en esta norma el régimen de legitimación del penado, permitiéndole no ya sólo promover sino también interponer el mal llamado «recurso» de revisión, ningún sentido tiene el mantenimiento de esta doble fase procedimental. Pese a ello, el ATS s/núm. 25 marzo 1999. Lo justifica en el carácter extraordinario que reviste el cauce de la revisión. Según el Alto Tribunal, la primera fase de promoción «tiene por objeto la constatación y comprobación de la seriedad de la pretensión». Así, AATS s/núm. 1 marzo 1993; s/núm. 6 septiembre 1994; y s/núm. 17 noviembre 1998.

en día a la hora de conceder la autorización para interponer el «recurso». En palabras del propio Tribunal Supremo, este juicio obliga a «examinar a tal fin los argumentos y la razonabilidad de la pretensión, analizando si la prueba que se aporta puede acreditar algún dato o circunstancia que racionalmente lleve a colegir que tal pretensión puede resultar verosímil y revestida de una apariencia que pudiera conducir a su efectiva incardinación en el motivo invocado como fundamento de la revisión»⁴⁸. Así pues, la función que cumple hoy en día la citada autorización ha de verse sustituida por el control de la aportación de un documento o principio de prueba como especial presupuesto de procedibilidad. De hecho, como ya hemos señalado al hablar del escrito de solicitud, seis de los siete motivos de revisión se fundamentan en la existencia de una sentencia firme que, cuando se aporte inicialmente al proceso, tiene la virtualidad de evidenciar la verosimilitud de la pretensión⁴⁹. En el caso del motivo fundamentado en la concurrencia de nuevos hechos y nuevos elementos probatorios, ante la imposibilidad de aportar *in limine litis* un documento del mismo carácter, la apariencia de viabilidad de la pretensión ha de venir de los hechos alegados y los medios de prueba que se propongan para su acreditación. Pese a todo, ante las dudas razonables que pueda suscitar el caso, el texto admite la posibilidad de que, si se hubiera propuesto prueba, la Sala reclame documentación o se practique alguna información sumaria antes de pronunciarse sobre la admisión (art. 763.2.II ALECRim).

El Anteproyecto establece también cuáles son las concretas causas de inadmisión de la solicitud. Con toda lógica, ésta puede rechazarse: a) cuando no concurra ninguno de los motivos legales de rescisión; b) cuando se haya promovido por quien no tiene legitimación; y c) cuando «la solicitud presente defectos sustanciales que no hayan sido subsanados» (art. 763.3 ALECRim).

Tanto si la revisión se promueve antes de que haya comenzado a ejecutarse la sentencia como si se entabla cuando el penado esté cumpliendo condena, uno de los efectos que pudiera perseguirse con la presentación y posterior admisión de la solicitud es la suspensión o paralización de la ejecución de la pena impuesta. Sin embargo, la LECrim en vigor no contiene precepto alguno que avale o restrinja esta opción, de tal forma que su

⁴⁸ ATS s/núm. 18 diciembre 2006.

⁴⁹ De hecho, parece lógico que estas sentencias firmes tengan que ser anticipadas como prueba en el proceso de revisión. Cfr. Moreno Catena, V., y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 584.

viabilidad se ha movido en el ámbito de las opiniones doctrinales⁵⁰. Frente a ello, con buen criterio en nuestra opinión, el ALECRim de 2020 prevé, para el caso de que la persona penada se encuentre cumpliendo condena, la posibilidad de que la Sala que admite la solicitud acuerde la suspensión de la ejecución (art. 763.4 ALECRim)⁵¹. De esta forma, este juicio de valor ha de venir condicionado por el carácter incontestable de las pruebas presentadas con la solicitud inicial y habrá de llevarse a cabo en todos aquellos casos en que se aporte algún dato que racionalmente pueda llevar a concluir que el delito no existió o no fue cometido por el condenado⁵².

Por último, al igual que sucede en la actualidad con los autos que conceden o deniegan la autorización para la posterior interposición del «recurso» de revisión (art. 957 LECrim), contra la resolución que se dicta admitiendo o rechazando la solicitud inicial no se admite recurso alguno (arts. 763.5 ALECRim).

5.3. Celebración de la vista

Como contenido esencial en la sustanciación del procedimiento, el ALECRim dedica los arts. 764 y 765 al señalamiento y celebración de una vista. Este trámite, de obligado desarrollo con el nuevo texto, constituye una importante novedad respecto del procedimiento de revisión en vigor. Recuértese que en éste, a partir de la interposición del «recurso», su sustanciación se reduce a una audiencia, por escrito, una sola vez al fiscal y otra a los penados, siempre y cuando éstos no hayan comparecido con carácter pre-

⁵⁰ Así, frente a autores que estiman que la falta de previsión legal ha de llevar a entender que no resulta posible esta opción (vid. Gómez Colomer, J.L., *Proceso penal. Derecho procesal III*, cit., p. 570), nos sumamos a aquellos otros que, por razones que hunden sus raíces en la propia justicia que fundamenta la revisión, la consideran viable (así Muñoz Rojas, T., «Estudio sobre la revisión penal», cit., p. 87). La posibilidad de suspensión o paralización de la ejecución de la pena se encuentra justificada, en nuestro criterio, por la contundencia del principio de prueba que se aporte con el escrito de inicio y que evidencie el carácter fundado de los argumentos y la razonabilidad de la pretensión. Cfr. ATS s/núm. 23 marzo 1987.

⁵¹ En sentido muy similar, art. 629.3 de la Propuesta de Texto articulado de 2013. En referencia a la adopción de esta medida en el ámbito procesal civil, vid. arts. 515 y 566 LEC.

⁵² Y ello habrá de suceder, no sólo cuando la solicitud se acompañe de una sentencia firme [arts. 760.1 a), b), d) e) y f) y 760.2], sino también en aquellos casos en que se alegue la existencia de nuevos hechos o nuevos elementos probatorios [art. 760.1 c) ALECRim]. Así, en atención a la entidad y a la persuasión de la prueba, en supuestos que dimanen del uso indebido de la personalidad del condenado por parte de otra persona, de la confusión en su identificación, de la evidencia de su minoría de edad a fecha de comisión de los hechos que no fue tomada en cuenta, de la imposibilidad práctica de cometer el delito por no hallarse físicamente en el lugar de los hechos y de un hecho del que deriva la inexistencia del delito objeto de la condena, no parece descabellada la posibilidad de que se suspenda o se paralice la ejecución de la pena.

vio⁵³; para remitirse luego, a partir de este momento, a los trámites establecidos para el recurso de casación por infracción de ley⁵⁴ (art. 959 LECrim).

Por el contrario, en el nuevo procedimiento, una vez admitido a trámite el juicio de revisión, se ha de proceder al señalamiento y a la cita del Ministerio Fiscal y de quienes hubieron sido parte en el proceso penal para la celebración de la vista, lo que ha de realizarse con una anticipación de al menos treinta días. Como es lógico, el reo, que puede no coincidir con quién insta el proceso, ha de ser citado en todo caso, y para su conducción en el caso de que se encuentre cumpliendo condena en un centro penitenciario se ha de disponer lo que se considere necesario (art. 764 ALECRim).

La celebración de la vista, de acuerdo con el art. 765 ALECRim, comienza con la intervención del letrado de la Administración de Justicia, que ha de dar cuenta del asunto de que se trate. Acto seguido informa y expone el motivo de revisión quién presentó la solicitud, después de lo cual se practican en su caso las pruebas ya admitidas. A continuación corresponde informar al resto de las partes intervinientes por el orden que establezca el tribunal. Así pues, como ya se ha señalado al tratar de la legitimación, por vez primera en nuestro sistema se regula un trámite de audiencia a todos los que fueron parte en el proceso penal del que la revisión trae causa, si bien con un contenido limitado, al no preverse la posibilidad de la práctica de prueba. Como facultad de los magistrados presentes en esta vista se recoge la posibilidad de solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida, así como de formular las cuestiones que consideren pertinentes.

5.4. Resolución

A diferencia de lo que dispone el art. 959 *in fine* LECrim, el ALECRim nada señala en particular acerca de la forma de la resolución que decide el pro-

⁵³ Pese a ello, en la práctica, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no se ha visto limitada por la literalidad del precepto y, acogiéndose a la facultades que tiene reconocidas para proceder a instruir una información supletoria cuando así lo precise (art. 958.IV LECrim), permite las oportunas audiencias del condenado y del Ministerio Fiscal con independencia de su intervención en el escrito inicial de promoción del «recurso» y al margen de la preceptiva audiencia del Ministerio Público antes de dictar la autorización para su interposición.

⁵⁴ El precepto no precisa a que trámites concretos realiza la remisión y, aunque éstos hay que situarlos en los posteriores a la interposición del recurso (arts. 880 y ss. LECrim), tales actuaciones, a salvo la formación de la nota y la celebración de la vista sugerida en el precitado artículo, resultan inaplicables. En la práctica este desacierto ha debido ser corregido por el propio Tribunal Supremo, y con planteamientos más realistas no suele forzar la normativa casacional para aplicarla a la tramitación de la revisión.

ceso de revisión, si bien, como es obvio, ésta adopta la forma de sentencia, por cuanto decide si se rescinde o no una sentencia que además es firme⁵⁵. No obstante, conviene advertir que ello no es la consecuencia de que, según atribuye a las sentencias penales el art. 157.3 ALECrIm —actual art. 141. IV LECrIm—, estas resoluciones «decidan definitivamente la cuestión criminal, condenando o absolviendo a los acusados», que no lo hacen. Esto es así porque, como dispone el art. 206.1.3^a LEC, «se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes». Como ya se ha expuesto en otro momento de este estudio, a pesar del tipo de tribunales que conocen de la revisión y de la ley procesal que regula el instituto, no nos hallamos aquí ante un proceso y una sentencia penal, que encajen en el ámbito material propio de este orden jurisdiccional: «el conocimiento de las causas y juicios criminales» (art. 9.3 LOPJ). Recuérdese que la tutela que se pretende y que se consigue con la sentencia revocatoria tiene carácter constitutivo, sin que el ejercicio de la acción de impugnación se dirija, en puridad de criterios, a la obtención de un segundo pronunciamiento sobre el asunto. Ello aunque, como vamos a ver en el apartado siguiente, en alguna concreta ocasión, por razones de economía procesal cuando no se requiere una investigación previa a la resolución del asunto, tal enjuiciamiento de naturaleza evidentemente penal se añada al contenido de la resolución que anula la sentencia firme.

En relación a la eficacia general de la resolución, cabe subrayar que ésta, además de adquirir firmeza, goza del efecto de cosa juzgada material. De una parte, puesto que la revisión se configura como un proceso de instancia única, contra la sentencia que lo resuelve no cabe recurso alguno (cfr. arts. 207.2 LEC y 141.V LECrIm). De otra, la sentencia firme, con independencia de que su contenido sea estimatorio o desestimatorio, excluye la celebración de un posterior proceso de revisión con objeto idéntico al decidido (cfr. arts. 222.2 y 4 LEC, y 158.1 ALECrIm).

⁵⁵ Aún así, en algunas ocasiones el Alto Tribunal ha rescindido la resolución revisada no por sentencia sino por auto; aquél por el que se concluye la fase de preparación del «recurso». En concreto, hasta en dos casos que conozcamos, en procesos de revisión promovidos por la concurrencia de hechos nuevos que evidencian la minoría de edad del condenado, este auto, en lugar de autorizar la interposición del «recurso», declara, con sustento en razones de economía procesal, la nulidad de la sentencia firme impugnada. Así, AATS s/núm. 26 julio 1994; y s/núm. 27 febrero 2001. Igualmente, AATS núm. 1416/1998, 10 noviembre; y s/núm. 27 febrero 2001; si bien rectificándose en ambos casos la forma de conclusión por SSTS núm. 1416/1998, 21 noviembre; y núm. 624/2002, 3 abril.

6. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE REVISIÓN

Una vez regulado el procedimiento, el APLEC dedica el art. 766 al «Contenido de la revisión»; si bien se pronuncia únicamente sobre el contenido de la sentencia que resuelve el proceso de manera favorable a la pretensión. Si, por el contrario, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desestima la solicitud, la sentencia penal firme conserva su eficacia jurídica y sigue desplegando todos los efectos que le son propios, sin que, como acabamos de señalar, pueda entablarse otro proceso de revisión con el mismo objeto. Además, si como consecuencia de la admisión del escrito inicial se decretó la suspensión de la ejecución, al igual que sucede en el ámbito procesal civil (art. 566.2 LEC), la sentencia desestimatoria lleva consigo el alzamiento de la suspensión y la orden de que continúe la ejecución de la sentencia firme no revocada.

Por su parte, la sentencia que estima la solicitud de revisión produce, como efecto inmediato y principal al que se dirige el ejercicio de la acción de impugnación, la rescisión —«anulación», según el término más común que, como hemos visto, utiliza el legislador y el redactor del Anteproyecto— de la sentencia penal que ya era firme. Sin embargo, este contenido esencial puede verse completado o matizado en su alcance, en relación al objeto decidido en el proceso penal del que la revisión trae causa, dependiendo del motivo de revisión invocado y considerado en la sentencia. En tal sentido, el precitado art. 766 ALECRim viene a corregir el defecto más importante y criticable de la reforma operada en octubre de 2015: el hecho de que la nueva configuración de los motivos de revisión del art. 954 LECrim no se viese acompañada de la necesaria modificación del art. 958 LECrim, que es el que se ocupa del contenido de la sentencia de revisión en cada uno de los supuestos⁵⁶. Así pues, discriminando igualmente en atención a los motivos de revisión, el precepto del nuevo texto permite diferenciar entre cuatro contenidos de la sentencia de revisión. Procedemos a ordenarlos de su menor a su mayor extensión.

⁵⁶ Se mantienen en este precepto las consecuencias previstas para los anteriores cuatro motivos de revisión, por lo que todavía se plantea la duda sobre cuál es la forma de proceder de la Sala de lo Penal en el caso de acogimiento de cada una de las siete causas de revisión que existen en la actualidad. Sobre ello vid. nuestro trabajo *El proceso de revisión de las sentencias penales...*, cit., pp. 194 y ss.

6.1. Nulidad de la sentencia [motivos del art. 760.1 e) y f) ALECRim]

Cuando la sentencia de revisión se funde en la existencia de contradicción entre el pronunciamiento de un tribunal penal a efectos exclusivamente prejudiciales y una resolución posterior de un tribunal no penal, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, según dispone el art. 766.3 ALECRim, «anulará la sentencia penal firme en su totalidad o en la parte que resulte incompatible con la sentencia dictada por el órgano competente para resolver la cuestión». Así pues, en este supuesto la única consecuencia de la revisión es la rescisión de la sentencia, cuya extensión se hace depender de la magnitud de la incompatibilidad producida entre los hechos. Esto es, se ha de producir la anulación total de la resolución si los hechos controvertidos constituyeron la base de la condena, y la anulación parcial si la cuestión prejudicial fue sustento, por ejemplo, de la aplicación de una agravante de la pena⁵⁷.

Idéntica consecuencia atribuye el art. 766.4 ALECRim —con mayor propiedad se prevé que «se dejará sin efecto»— para la sentencia de decomiso que resulte incompatible en su totalidad o en parte con la sentencia firme recaída en el proceso penal principal. En tal caso, la modificación de los elementos integrantes de la causa de pedir planteada —el hecho punible vinculado a la adopción del decomiso de los bienes del demandado o la responsabilidad penal del titular de estos bienes [art. 865.1 ALECRim, coincidente con el actual art. 803 ter p) 1 LECrim]— tiene como lógica consecuencia la desaparición de los efectos de la cosa juzgada que se desplegaron.

6.2. Nulidad de la sentencia y sustitución de su contenido [motivo del art. 760.1 d) ALECRim]

Para el caso de que la revisión se funde en haber recaído dos sentencias firmes y dispares, dictadas por la misma o por distintas jurisdicciones, sobre el mismo hecho y persona acusada, el art. 766.2 ALECRim dispone que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo «anulará la sentencia que considere injusta y dictará otra acordando lo que proceda». La solución adoptada en este supuesto de contravención del *non bis in ídem* pasa entonces por la toma de dos decisiones: la del criterio que debe seguirse a la hora de selec-

⁵⁷ A efectos de determinar cuál es el efecto que provoca la sentencia firme no penal en la revisión empezamos a contar con las primeras resoluciones estimatorias por este motivo. Así, por ejemplo, como consecuencia de la declaración la nulidad de un modelo de utilidad por la jurisdicción civil, la STS núm. 349/2020, 25 junio, rescinde una sentencia penal, al constituir una cuestión prejudicial no devolutiva, integrante del elemento normativo del tipo, resuelta por el tribunal penal antes de haberse dictado sentencia firme en dicho ámbito.

cionar la sentencia a anular; y la del órgano jurisdiccional que, en su caso, haya de dictar la sentencia que sustituya a la anulada.

Comenzando por lo primero, ante la ausencia hasta ahora de una previsión normativa al respecto, la jurisprudencia se ha mostrado casi unánime en entender que «en casos de doble enjuiciamiento de la misma persona por el mismo hecho, ha de darse prevalencia a la primera sentencia y declarar la consiguiente nulidad de la segunda». Dicha «solución tiene su apoyo en la doctrina sobre los efectos de cosa juzgada material de las sentencias firmes, que veda que puedan volver a ser juzgados los hechos ya sentenciados de forma irrevocable»⁵⁸. Junto a los importantes problemas que plantea la forma en que haya de determinarse la prioridad temporal que toma como referencia esta opción⁵⁹, la práctica nos muestra que esta regla general ha resultado controvertida en aquellas ocasiones en que los hechos contemplados en una sentencia condenatoria sólo han sido parcialmente enjuiciados en otra⁶⁰. Además, puesto que la dicción literal del motivo sólo exige que «hayan recaído dos sentencias firmes» [art. 954.1 c) LECrim] «y dispares» [art. 760.1 d) ALECrím], se admite la posibilidad de que las sentencias que entren en contradicción sean una sentencia firme que absuelve a una

⁵⁸ En los últimos años, SSTS núm. 319/2019, 19 junio; núm. 161/2020, 9 julio; núm. 504/2020, 13 octubre; núm. 549/2020, 28 octubre; núm. 671/2020, 10 diciembre; núm. 716/2020, 22 diciembre; núm. 61/2021, 27 enero; núm. 270/2021, 24 marzo; núm. 362/2021, 29 abril; y núm. 376/2021, 5 mayo.

⁵⁹ En particular se plantea la cuestión de si ha de tomarse en consideración la fecha en que ambas sentencias contradictorias fueron dictadas o la fecha en que adquirieron firmeza. Aunque con cierta frecuencia la segunda primacía suele coincidir con la primera, según nos muestra la práctica esto no tiene por qué ser así. Pensemos, por ejemplo, en una sentencia que se dicta en primer lugar pero que tarda en adquirir firmeza al haber sido recurrida en apelación, frente a otra dictada posteriormente pero que es la primera en adquirir firmeza por la conformidad prestada en ella. La cuestión no es baladí: plantearnos cuál de los dos criterios apuntados se debe seguir es tanto como entrar a decidir cuál de las resoluciones judiciales, pronunciadas sobre el mismo objeto pero quizás con un fallo de sentido diverso, debe ser rescindida. Un examen de las sentencias estimatorias de esta causa de revisión, tramitada por la vía del motivo 4º del art. 954 LECrim anterior a la reforma de 2015, revela que nuestra jurisprudencia no se muestra nada pacífica a la hora de resolver la cuestión. Cfr. nuestro trabajo *El proceso de revisión de las sentencias penales...*, cit., pp. 197 y ss.

⁶⁰ En efecto, cuando la coincidencia entre ambas resoluciones no es total, el Tribunal Supremo ha mantenido soluciones contradictorias. Así, al igual que se ha entendido que lo procedente es anular la resolución parcial y mantener la que permite que queden enjuiciados todos los hechos y no solo una parte de ellos (vid. SSTS núm. 487/2005, 18 abril; núm. 939/2012, 20 noviembre; núm. 69/2014, 3 febrero; núm. 685/2014, 3 noviembre; núm. 817/2014, 26 noviembre; núm. 219/2015, 16 abril; y núm. 959/2016, 21 diciembre), otras veces se ha sostenido la vigencia de la regla general, de tal forma que la anulación de la segunda sentencia sólo ha podido ser parcial, afectando a los pronunciamientos duplicados, y manteniendo la condena por el otro u otros delitos (así, SSTS núm. 824/2009, 21 julio; núm. 647/2012, 29 junio; núm. 736/2014, 7 octubre; y núm. 522/2020, 16 octubre).

persona y otra que la condena por los mismos hechos y que se revisa. En la pugna entre ambas resoluciones, en lugar de que se rescinda cualquiera de las sentencias en virtud del criterio de prioridad temporal, parece lógico que se anule en todo caso la sentencia de fallo condenatorio, en atención al principio del *favor rei* que rige en el proceso penal⁶¹.

Frente a todo lo anterior, la opción elegida por el redactor del Anteproyecto de 2020, copia de la contenida en el art. 328.5º de la Ley Orgánica Procesal Militar, pudiera encontrar su apoyo en las dificultades expuestas y en algún pronunciamiento aislado del Tribunal Supremo que ha sostenido la necesidad de seguir un criterio flexible y amplio, que otorgue a la Sala un cierto margen de interpretación a la hora de elegir entre las sentencias en liza⁶². Pese a todo, la fijación de la regla de la prioridad temporal para todos los casos hubiera resultado, en nuestro criterio, más convincente que la solución ofrecida por el nuevo texto. De hecho, una opción más acertada hubiera sido, según creemos, la contenida en la Propuesta de Texto articulado de LECrim de 2013, que venía a establecer que la Sala «anulará la sentencia que hubiere ganado firmeza con posterioridad» (art. 631.3). Como se puede observar, la prioridad temporal de una de las sentencias sobre la otra se remite al momento en que ambas adquirieron firmeza, con lo que, en puridad de criterios y con apoyo verdadero en la doctrina sobre los efectos que producen las resoluciones irrevocables, se superan la mayor parte de los problemas y vacilaciones jurisprudenciales ya señalados.

Para concluir, en relación a la segunda de las opciones tomadas por el autor del ALECRim, cabría plantearse la necesidad de que la anulación de una de las sentencias fuese acompañada de la remisión de las actuaciones al tribunal que la dictó; esto es, la aplicación, como veremos luego, del efecto previsto para la estimación de la revisión por aparición de nuevos hechos o nuevos medios de prueba [art. 760.1 c) ALECRim]; motivo a través

⁶¹ Así lo hace la STS núm. 557/2019, 19 noviembre. En otras legislaciones como la italiana los supuestos de contradicciones en general se resuelven mediante la rescisión no de la última sentencia, sino de la sentencia menos favorable al condenado, con lo que se acepta implícitamente la quiebra de la cosa juzgada en favor de una aplicación extensiva del principio *pro reo*. Cfr. Moreno Catena, V., y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 383. Aplican este criterio en nuestro sistema las SSTS núm. 686/2020, 11 febrero; y núm. 550/2020, 28 octubre.

⁶² «La dificultad radica en fijar en este punto los criterios a seguir, respecto de lo cual, esta Sala no se atreve a establecer una o varias reglas fijas, sino que parece más adecuado tener en cuenta todos cuantos elementos pudieran determinar la preferencia de una u otra (sentencia), acudiendo a los principios generales del Derecho ante la inexistencia de una norma legal al respecto (art. 1.4 del Código Civil)». STS s/núm. 26 marzo 1990. Sobre esta solución, vid. Cobos Gavala, R., «La necesidad de establecer legalmente un quinto motivo de revisión penal», en *Justicia*, núm. 4, 1990, pp. 996 y ss.

del cual se encauzaba la contravención del *non bis in idem* hasta la reforma de 2015. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha entendido que en tales casos «no ha lugar a diferir el dictado del pronunciamiento absolutorio a otro órgano jurisdiccional»⁶³ y que, no siendo preciso que se instruya de nuevo la causa, ésta debe quedar definitivamente cerrada tras el pronunciamiento de anulación, que es el que ha de ejecutarse conforme a su propio contenido⁶⁴. Pensemos que en este supuesto no se requiere el enjuiciamiento de un delito *ex novo*, sino que es suficiente con la anulación de la sentencia injusta y, en su caso, con la reproducción en la jurisdicción ordinaria, orden jurisdiccional penal, del contenido de la resolución que la sustituye.

6.3. Nulidad de la sentencia y reenvío de la causa [motivos del art. 760.1 a), b) y c) ALECRim]

Cuando la revisión de sentencia se fundamenta en la valoración de pruebas obtenidas de manera delictiva, en la comisión de un delito de prevaricación o en la aparición de nuevos hechos o medios de prueba que determinan la absolución o pena menos grave del condenado, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de acuerdo con lo que dispone el art. 766.1 ALECRim, «acordará la nulidad de la sentencia firme revisada y remitirá la causa al órgano del Ministerio Fiscal que corresponda para que inicie un nuevo procedimiento de investigación». De esta forma, además de dejar sin efecto la sentencia firme, se añade la exigencia del reenvío de la causa a la instancia para realizar esta nueva investigación.

A pesar de la claridad del precepto y de mostrarnos inicialmente de acuerdo con la consecuencia que se prevé, no creemos que esta forma de proceder sirva para cubrir todas las posibilidades que plantean los citados motivos. La redacción que el Anteproyecto les atribuye, muy cercana a la resultante de la reforma de octubre de 2015, atemperada por la interpretación que la jurisprudencia ha realizado de las causas de las que proceden, nos llevan a mostrar a este respecto importantes reticencias.

En efecto, en primer lugar, en relación al primer motivo, el texto del art. 760.1 a) ALECRim, hace referencia expresa a que la sentencia firme objeto de revisión «haya valorado como prueba» el documento, el testimonio o la

⁶³ Frente a un único pronunciamiento aislado en STS s/núm. 9 noviembre 1981, que ordena proceder a realizar el reenvío, así lo declaran las SSTS núm. 194/2011, 16 marzo; núm. 78/2012, 15 febrero; núm. 462/2012, 5 junio; núm. 1006/2012, 21 diciembre; núm. 285/2013, 8 abril; núm. 301/2014, 11 abril; núm. 302/2014, 11 abril; y núm. 201/2015, 13 abril.

⁶⁴ Vid. SSTS núm. 1021/2004, 22 septiembre; y núm. 33/2006, 26 enero.

prueba obtenida ilícitamente, sin que se exija de forma expresa que éstos constituyan su fundamento. Frente a una interpretación excesivamente amplia de estos términos, lo lógico sería entender que esta referencia a la valoración de la prueba se ha de interpretar de tal forma que abarque aquellos supuestos en que la condena, según un razonable juicio de probabilidad, no habría tenido lugar de no haberse producido tal hecho punible⁶⁵. Sin embargo, una redacción tan abierta no nos permite excluir de antemano que no pueda procederse a la revisión cuando como consecuencia se prevea la imposición de una pena más beneficiosa para el condenado. En tales casos, ante la imposibilidad de cumplir con lo que dispone el precepto —anular la sentencia firme y remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal—, no se debe descartar la opción de que acabe siendo el propio Tribunal Supremo el que sustituya el pronunciamiento por uno distinto, como vamos a ver que ya sucede en la práctica cuando aparecen nuevos hechos o nuevos medios de prueba que implican una condena más beneficiosa para el condenado.

En segundo lugar, por lo que se refiere al motivo fundado en el delito de prevaricación, puesto que la impugnación no tiene por qué concluir siempre con una sentencia de carácter absolutorio para el condenado —lo que queda evidenciado con la referencia que se hace en el motivo a que sin la resolución dictada a sabiendas de su injusticia «el resultado del proceso habría sido distinto»—, el efecto lógico de la estimación del motivo será la anulación de la sentencia firme y la remisión de la causa al tribunal competente para conocer del delito. De hecho, es precisamente esta consecuencia la que señala también el art. 335 de la Ley de Procedimiento Militar para el caso de revisión de sentencias firmes obtenidas con la comisión de este delito. Sin embargo, consideradas las formas de realización de la conducta típica en que consiste la prevaricación, en atención a las facetas afectadas de la función jurisdiccional, la rescisión de la sentencia firme podría acompañarse, de la orden de retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo la infracción. Ciertamente no existe un precepto legal que refrende esta consecuencia, pero, en la medida que el delito puede producirse

⁶⁵ En tales casos, como muestra la jurisprudencia, se procede a remitir testimonio al tribunal al que correspondía el conocimiento del delito. Cfr. SSTS núm. 111/2015, 26 febrero; núm. 518/2015, 9 septiembre; núm. 414/2020, 21 julio; y núm. 603/2020, 12 noviembre. No obstante, cuando la condena se haya fundado única y exclusivamente en el testimonio, documento o confesión declarados nulos, la remisión de la causa, que también en la actualidad prevé el art. 958 LECrim, sólo sirve, respecto del condenado, para el dictado de la sentencia absolutoria final por el tribunal que dictó la revisada. Es por ello que en estos supuestos no se produce el reenvío. Ya tras la reforma de 2015, cfr. SSTS núm. 203/2017, 28 marzo; núm. 61/2018, 24 enero; núm. 516/2018, 31 octubre; y núm. 400/2019, 25 julio.

por el ejercicio arbitrario de ciertas potestades discrecionales que el juez tiene atribuidas o por la arbitraria aplicación de las normas sustantivas o procesales por un miembro del tribunal puede llegar a sostenerse, ya que la conducta delictiva en estos casos no tendría por qué afectar a la validez de todos los actos y al conjunto del sustrato fáctico del proceso desarrollado.

En tercer lugar, el legislador prevé la remisión del asunto al órgano del Ministerio Fiscal que corresponda para que inicie un nuevo procedimiento de investigación en los supuestos en que revisión se fundamente en la aparición de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba. Esta opción de generalizar el reenvío para este motivo —que es similar a la prevista en el art. 958.IV LECrim en vigor— nos obliga, cuando menos, a plantear dos cuestiones. De una parte, cuál haya de ser la finalidad de esta investigación; y, de otra, si esta forma de proceder da respuesta en realidad a todas las posibilidades que ofrece el motivo de revisión.

Comenzando por la primera, la duda surge acerca de si con la nueva investigación se ha de concluir el enjuiciamiento del condenado, a los fines de declarar su inocencia tras la revisión de la sentencia firme, o si el precepto hace referencia a la instrucción de la causa respecto de aquellas acciones penales que, como consecuencia del *iudicium rescindens*, han quedado imprevjuizadas. Pues bien, en relación a lo primero, puede citarse alguna sentencia en que se ha sostenido que para que prospere la revisión «basta con que los nuevos hechos o medios de prueba tiendan a evidenciar la inocencia del condenado *a posteriori*, y creen, en el Tribunal Supremo, la convicción de que, esa inocencia, se demostrará en el nuevo proceso»⁶⁶. Sin embargo, lo cierto es que el reenvío a tales efectos ha venido a corregirse por nuestra jurisprudencia, en el doble sentido de suprimirlo, cuando la declaración de nulidad hace desaparecer los elementos objetivos que integran la figura penal por la que se impuso la condena revisada⁶⁷, o de reducirlo a la única

⁶⁶ Así, SSTS s/núm. 25 febrero 1985; y núm. 644/2007, 22 junio. Vid. también el contenido de la reciente STS núm. 264/2021, 23 marzo.

⁶⁷ Esto es, cuando se anula la sentencia firme porque no existió delito que se hubiese cometido, ningún sentido tiene remitir las actuaciones para declarar la inocencia y proceder a una nueva instrucción de la causa. Así, por ejemplo, en el caso de delito contra la propiedad intelectual cuando aparece una sentencia civil que declaró la nulidad de la patente (STS núm. 1231/2005, 14 octubre) o en supuestos de condena por falta de permiso de conducir o por haber sido privado de los puntos de su carnet, cuando aparece un documento que evidencia inequívocamente que el penado sí disponía del permiso (SSTS núm. 489/2019, 16 octubre; y núm. 117/2020, 12 marzo) o de tales puntos (SSTS núm. 85/2015, 10 febrero; y núm. 415/2020, 21 julio). E idéntica consecuencia está prevista también para aquellos infrecuentes casos, antes ubicados en el núm. 2º del art. 954 LECrim y que hoy quedan dentro del ámbito de este motivo, en que se anula la condena a una persona por la muerte de otra que después aparece viva. Si bien sólo se conoce en esta

finalidad del dictado de la sentencia absolutoria, sin la realización de actividad investigadora alguna⁶⁸. Ahora bien, en el marco de los procesos de revisión en que los nuevos hechos o los nuevos elementos de prueba son tan determinantes que llevan sin paliativos a concluir la falta de responsabilidad penal de una persona, la remisión de los autos realmente «tiene sentido en aquellos casos en que declarada la inocencia de un condenado deba proseguirse la instrucción para hallar al verdadero culpable»⁶⁹. Esto ocurre, por ejemplo, en situaciones tan habituales como las de error en la identificación de una persona, evidenciado con la práctica de nuevas pruebas⁷⁰, y de acreditación de que el condenado por el delito se encontraba detenido o internado en un centro penitenciario o sanitario en el momento de cometerse⁷¹.

Un supuesto que podríamos considerar a caballo entre las dos consecuencias expuestas, por cuanto nuestro Tribunal Supremo lo ha tratado en sus sentencias de manera ambivalente, es el referido a la suplantación de identidad. Así, pese a que en varios pronunciamientos se acuerda el reenvío de la causa para la investigación de la autoría de los hechos⁷², el Tribunal Supremo viene defendiendo en otras resoluciones la falta de necesidad de efectuarlo. Con base en razones de justicia, economía procesal y evitación de dilaciones innecesarias, procede a rectificar la sentencia recurrida, sus-

materia la STS s/núm. 10 julio 1926, dictada en el denominado «caso Grimaldos», no resulta descartable que se den en la práctica algunos supuestos que guardan con el que recogía la norma una cierta identidad de razón. Este es el caso que recoge la STS núm. 674/2014, 23 octubre 2014.

⁶⁸ Tras la anulación de la sentencia revisada resulta frecuente la utilización por el Tribunal Supremo de fórmulas genéricas, habituales en el lenguaje forense, que aluden a la remisión de actuaciones «a los efectos legales oportunos» o para que se resuelva «lo que proceda con arreglo a derecho». Estas frases, una vez la revisión ha evidenciado la inocencia del condenado, permiten entender que el reenvío funciona aquí como un trámite a los solos efectos de que se dicte la sentencia absolutoria final. En tal sentido, Sánchez Montenegro, J.C., *El recurso de revisión penal*, cit., p. 187.

⁶⁹ STS núm. 736/2012, 2 octubre.

⁷⁰ Cfr. SSTS núm. 789/1997, 24 mayo; núm. 392/2014, 8 mayo; y núm. 458/2021, 27 mayo.

⁷¹ Así, por ejemplo, SSTS núm. 1700/1999, 26 enero; núm. 521/2000, 28 marzo; núm. 291/2015, 13 mayo; y núm. 261/2018, 31 mayo. La misma remisión de actuaciones ha de realizarse también en procesos de revisión promovidos al amparo de la causa recogida antiguamente en el núm. 1º del art. 954 LECrim y que hoy se entiende integrada en el motivo presente. Esto es, para los casos en que dos o más personas están sufriendo condena por un mismo delito que sólo pudo cometerse por una de ellas, el efecto que todavía hoy dispone el párrafo 1º del art. 958 LECrim es la anulación de ambas sentencias contradictorias y la remisión de las actuaciones al tribunal a quien corresponda para la instrucción de la causa. Procedieron a hacerlo así las dos únicas resoluciones que han estimado la revisión con base en este motivo: SSTS s/núm. 28 octubre 1975; y núm. 1404/2001, 3 julio.

⁷² Vid. SSTS 25 s/núm. mayo 1987; núm. 1003/1998, 17 septiembre; núm. 85/2000, 24 enero; núm. 315/2004, 5 abril; núm. 1112/2004, 13 octubre; núm. 458/2013, 13 mayo; núm. 558/2018, 15 noviembre; y núm. 458/2021, 27 mayo.

tituyendo el nombre suplantado por la auténtica identidad del autor⁷³. Ello sin perjuicio de acordar que se deduzca testimonio a los efectos de incoar un nuevo proceso contra la persona que suplantó para perseguir el posible delito de usurpación de estado civil (art. 401 Código Penal)⁷⁴.

Volviendo a la letra del art. 766.1 ALECrIm, la segunda cuestión que nos planteábamos respecto de este motivo es la de si la consecuencia que establece es aplicable a los casos en que la aparición de nuevos hechos o elementos de prueba evidencie, no ya la inocencia del condenado, sino la necesidad de imponerle una pena menos grave. Esto es, queda la duda de la forma en que debe actuarse en este segundo caso, ya que ni cabe que se dicte un pronunciamiento totalmente anulatorio, ni tampoco que se incoe un segundo procedimiento frente a un eventual culpable diferente al condenado. Todas estas dificultades fueron puestas de manifiesto en los casos, admitidos desde antiguo, de revisión de una sentencia firme por aplicación errónea de la agravante de reincidencia, que se vieron solventados en la práctica con la nulidad parcial de la sentencia revisada y la sustitución por el Tribunal Supremo de la pena que fue impuesta en dicha sentencia⁷⁵. De hecho, como gran novedad en nuestro sistema, a diferencia del Anteproyecto de 2020, la Propuesta de Texto articulado de 2013 recogió una consecuencia específica para los casos en que la revisión conduce a una pena más favorable para el condenado; esto es, «cuando la solicitud se dirigiese a degradar la responsabilidad penal». Para todos estos casos, «el Tribunal dictará segunda sentencia en la que variará en lo que corresponda la sentencia objeto de revisión» (art. 631.4). Puesto que el cambio que se opera en estos supuestos sólo afecta a la persona del condenado y no implica la necesidad de volver a investigar para hallar a otro culpable, se optaba de manera decidida, y acertada en nuestro criterio, por la eliminación del reenvío.

Con todo, ello no quiere decir que esta regla general no haya de tener alguna excepción en supuestos que concluyen con una pena más favorable

⁷³ El reenvío no es necesario en este caso, se ha dicho, «puesto que se llevó a cabo juicio contradictorio, con práctica y valoración de las pruebas, sin que el nombre del acusado haya afectado en nada al desarrollo del juicio ni a la resolución tomada (salvo la alteración del nombre del autor)». SSTS núm. 570/2015, 8 octubre; núm. 440/2016, 24 mayo; y núm. 72/2020, 25 febrero.

⁷⁴ Así, SSTS núm. 797/2014, 20 noviembre; núm. 570/2015, 8 octubre; y núm. 96/2016, 18 febrero.

⁷⁵ Así, SSTS s/núm. 27 julio 1994; núm. 407/2002, 7 marzo; núm. 204/2015, 9 abril; y núm. 304/2015, 18 mayo; y ATS s/núm. 23 noviembre 2000. Todo ello con base en que la apreciación o no de la reincidencia no determina la existencia o no de un eventual culpable distinto al acusado, con lo que la revisión sólo tiene eficacia respecto del plus de agravación penal y no del hecho nuclear del delito por el que ha sido condenado y de la propia declaración de culpabilidad que queda indemne.

para el condenado. El reenvío ha de mantenerse siempre en todos aquellos casos en que resulta de lo actuado el dato objetivo e indiscutible de que el condenado no tenía la edad de la que partió el tribunal al imponerle la pena. En estos supuestos, los mismos intereses en juego, unidos a la especialidad en la realización de las tareas judiciales, así como el distinto sistema de consecuencias jurídicas previsto para los delitos cometidos por los menores, abona la remisión de la causa al Ministerio Fiscal para su nueva investigación y a los Juzgados de Menores para su posterior enjuiciamiento⁷⁶.

Para terminar, aunque el legislador y el redactor del ALECrim guardan silencio al respecto en alusión a los tres motivos que examinamos en este epígrafe, se debe tener en cuenta que la rescisión de la sentencia penal podrá ser parcial, no sólo en los supuestos de revisión basados en la valoración de pruebas obtenidas de manera delictiva y de aparición de nuevos hechos o elementos de prueba, cuando se concluya con una pena más favorable para el condenado. Puesto que la sentencia objeto de revisión puede contener tantos pronunciamientos como pretensiones hayan sido formuladas en el primitivo proceso, la rescisión también podrá ser parcial cuando la causa que fundamenta el proceso venga referida sólo a alguno de tales pronunciamientos. Esto es, en atención al motivo de revisión que se alega, puede ocurrir que no se solicite la rescisión de la sentencia firme respecto de todos los delitos que dieron lugar a la condena de una persona; o que el proceso revisor no afecte a todas las personas condenadas en dicha sentencia. En tales casos nos hallamos ante dos tipos de revisión, que bien pueden tildarse de carácter «parcialmente objetiva» y carácter «parcialmente subjetiva»⁷⁷.

⁷⁶ Vid. SSTS núm. 144/2004, 5 febrero; núm. 555/2004, 27 abril; núm. 1385/2004, 18 noviembre; núm. 1235/2005, 19 octubre; núm. 230/2008, 25 abril; núm. 879/2014, 19 diciembre; núm. 195/2016, 9 marzo; y núm. 116/2020, 12 marzo. Igualmente, la opción del reenvío se ha sostenido en algún concreto caso de inaplicación de la atenuante de la legítima defensa. Así, STS núm. 1594/2003, 28 noviembre.

⁷⁷ Apunta este carácter Muñoz Rojas, T., «Estudio sobre la revisión penal», cit., p. 86. El primero de los dos casos se da, por ejemplo, cuando la aparición de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba sólo evidencia la inocencia respecto de uno de los delitos concurrentes (vid. SSTS núm. 189/2014, 4 febrero; núm. 92/2015, 16 febrero; núm. 182/2015, 20 marzo; núm. 592/2016, 6 julio; núm. 299/2017, 27 abril); mientras que el segundo es, por ejemplo, el de aquella sentencia de revisión que sólo afecta a la condena de uno de los acusados, la única que se produjo en virtud de un testimonio que luego fue declarado falso por sentencia firme (vid. STS núm. 518/2015, 9 septiembre) o en la que sólo tienen influjo los nuevos hechos (STS núm. 517/2020, 21 octubre).

6.4. Reparación de la lesión y posible nulidad de la sentencia (motivo del art. 760.2 ALECrIm)

En relación al motivo de revisión de sentencias firmes fundado en la existencia de una sentencia del TEDH que declara la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 766.5 ALECrIm recoge una regla particular según la cual «la Sala, atendiendo a la naturaleza del derecho vulnerado y a las circunstancias de la violación, decidirá lo que corresponda para reparar la lesión, acordando, en su caso, la nulidad de la sentencia firme revisada y determinando el alcance de dicha nulidad». Como se observa, el redactor del Anteproyecto se aparta del contenido de la sentencia prevista para el resto de los motivos, y, si bien se mueve en la línea de los textos de reforma de la LECrIm que no llegaron a hacerse efectivos⁷⁸, sobrepasa ampliamente lo aplicado hasta ahora por el Tribunal Supremo para este tipo de casos.

En efecto, si repasamos los pocos supuestos en que la Sala de lo Penal ha dictado sentencia estimatoria de la revisión por la causa que se examina, observamos cómo el Alto Tribunal, en la mayor parte de las sentencias dictadas antes y después de la reforma de 2015, se ha limitado a la declaración de la «nulidad» —rescisión— de la sentencia firme objeto de revisión⁷⁹. Sólo en un caso —que nosotros conozcamos— se ha pronunciado a favor de completar este contenido con la retroacción de las actuaciones al momento de la infracción⁸⁰. De hecho, en un momento posterior, ya vigente la reforma de 2015, la misma Sala se ha opuesto a esta posibilidad, al entender que lo único constatado y evidenciado con la revisión es que el acusado fue enjuiciado y condenado en la instancia con vulneración de su derecho. Esto es, «el hecho nuevo, la sentencia del TEDH, debe relacionarse con el objeto

⁷⁸ En tal sentido el ALECrIm de 2011 preveía para este supuesto que la Sala «establecerá la forma de reparación del derecho vulnerado» (art. 667.3), mientras que la Propuesta de 2013 concretaba un poco más, al establecer que la Sala, «en atención a la naturaleza del derecho vulnerado, contenido de la sentencia y demás circunstancias, decidirá si es procedente o no la nulidad, su alcance, y, en su caso, el dictado de segunda sentencia o necesidad de repetición del juicio oral u otras actuaciones» (art. 631.5).

⁷⁹ Así, con anterioridad a la reforma: STS núm. 177/2015, 26 marzo; ya vigente el nuevo motivo de revisión: SSTS núm. 84/2017, 24 febrero; y núm. 283/2017, 19 abril; y en aplicación de dicho motivo por el Tribunal Supremo: SSTS núm. 426/2020, 27 julio; y núm. 544/2020, 22 octubre.

⁸⁰ En efecto, ante la ausencia de una disposición legal que prevea tal efecto y otorgue legitimidad a esta forma de proceder, en STS núm. 145/2015, 12 marzo, la Sala echa mano, de una forma bastante forzada, de la remisión legal existente en materia de procedimiento de revisión a los preceptos previstos para el recurso de casación (art. 959 LECrIm), haciéndola extensiva a los referidos al quebrantamiento de forma [art. art. 901 bis a) LECrIm].

del recurso de revisión, la anulación de la sentencia condenatoria que se ha producido con lesión de un derecho fundamental»⁸¹.

Yendo más allá de esta limitación —impuesta, como es sabido, por la inexistencia de una previsión normativa referida al resultado de este motivo de revisión—, aplaudimos al redactor del Anteproyecto en su inicial referencia a las múltiples formas de reparar la lesión. Siendo diversas las posibles vulneraciones de los derechos y libertades que declara el TEDH, en atención a la gran cantidad de supuestos que pueden llegar a plantearse en la práctica, varios han de ser los contenidos que, en atención a las mismas, tenga la sentencia de revisión. Sin embargo, habiendo optado el legislador por incluir el presente supuesto entre las causas de revisión, hemos de mostrar nuestro desacuerdo con la segunda parte del art. 766.5 ALECRim; esto es, con que se regule como simple posibilidad la nulidad de la resolución objeto de impugnación⁸². Por su propia naturaleza el proceso de revisión tiende a la rescisión total o parcial de la sentencia condenatoria que se revisa; sin que esto tenga que llevar consigo, como ya hemos puesto de manifiesto en los dos apartados previos de este estudio, la nulidad de todas las actuaciones desarrolladas en el proceso concluido con ella⁸³. El carácter rescindente del proceso de revisión no resulta incompatible con la subsistencia de material «independiente de la vulneración declarada», que en un juicio rescisorio posterior —en realidad en el proceso anterior que ha quedado reabierto— puede llevar a que se imponga la misma pena que la inicialmente impuesta, a que ésta se reduzca, a que se absuelva a quien fue condenado o a que incluso se sobresea la causa.

⁸¹ STS núm. 113/2017, 22 febrero. En concreto, se señala en ella: «No es factible la solución que propone el Abogado del Estado que insta se proceda a anular la sentencia condenatoria retrotrayendo las actuaciones al momento de la vista para ordenar una nueva suprimiendo la causa de nulidad, pues esa posibilidad no aparece prevista en el ordenamiento procesal y, además, supondría una lesión al derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho».

⁸² Esta conclusión parecía sostenerse igualmente en STS núm. 633/2015, 23 octubre, cuando señalaba: «la existencia de vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, bien en el desarrollo del proceso, bien en la obtención o práctica de una determinada prueba de cargo, no siempre determinará la nulidad de la sentencia condenatoria dictada contra quien acudió al Tribunal de Estrasburgo, pues puede que no haya sido afectado todo el proceso o que la declaración no se refiera a todas las pruebas, y que subsista material suficiente, independiente de la vulneración declarada, que autorice el mantenimiento de la condena, total o parcialmente».

⁸³ Pese a ello, un ejemplo de lo que se señala nos lo proporciona la STS núm. 626/2017, 21 septiembre, que, estimando la revisión planteada, anula parcialmente la sentencia condenatoria en lo referente al delito relacionado con la vulneración contenida en la sentencia del TEDH y dispone que se mantengan el resto de los pronunciamientos.

7. EFECTOS DE LA REVISIÓN SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA Y EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Puesto que el único título ejecutivo en el ámbito penal es la sentencia firme de condena, a partir del momento en que se estima la revisión con base en la inocencia del condenado, y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo rescinde totalmente esta sentencia, se produce el sobreseimiento de la ejecución. El inicialmente condenado no es ya responsable penal, por lo que, en virtud de la sentencia de revisión, se ha de producir la cancelación de los asientos desfavorables que se hayan practicado como consecuencia de la sentencia condenatoria injusta en los registros administrativos correspondientes de apoyo a la Administración de Justicia⁸⁴.

Además de la cancelación de antecedentes penales, la sentencia ha de decretar en su caso la inmediata puesta en libertad del penado que está cumpliendo condena. No obstante, cuando el condenado haya sufrido alguna pena corporal como consecuencia de la sentencia firme anulada, si en la nueva sentencia que se dicte en el proceso rescisorio posterior se le impone alguna otra, según dispone el art. 767.1 ALECRim para este supuesto, el tiempo y la importancia de aquélla se han de tener en cuenta en el cumplimiento de esta segunda. Y lo mismo respecto del tiempo de prisión provisional que se hubiera sufrido en la causa revisada, salvo que ya se hubiese abonado en la condena inicial o en otro procedimiento (art. 767.2 ALECRim).

Por su parte, cuando la sentencia que estima la revisión se dicte una vez ha concluido la ejecución de la condena, el penado, o sus causahabientes en caso de fallecimiento, tienen derecho a las indemnizaciones a que hubiere lugar según el Derecho común, sin que la sentencia revocatoria produzca efecto alguno sobre la pena cumplida.

⁸⁴ De los seis registros que, según el art. 1.2 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, integran el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, contienen datos relativos a la sentencia penal firme o a las personas condenadas por la comisión de un delito: el Registro Central de Penados, el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género, el Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores y el Registro Central de Delincuentes Sexuales. Respecto de la cancelación de inscripciones de antecedentes penales, vid. art. 19 del Real Decreto.

III. LA REVISIÓN POR CAMBIO LEGISLATIVO O DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. CONSIDERACIONES *DE LEGE LATA*: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Si el motivo de revisión recogido en el art. 954.1 d) LECrim —art. 760.1 c) ALECrím— se fundamenta en la existencia de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba, esto excluye la posibilidad de fundamentar esta causa de impugnación de una sentencia firme en cuestiones de contenido jurídico. Así, no es posible que este cauce de revisión sirva a los fines de plantear la concurrencia de irregularidades, defectos o errores de interpretación cometidos por el tribunal juzgador en la aplicación de las normas⁸⁵. Sin embargo, esto no ha impedido que en concretas resoluciones judiciales el órgano de revisión haya barajado la posibilidad de que cambios producidos en las normas y en los criterios jurídicos sostenidos en su interpretación se hagan valer a través del presente motivo.

En efecto, en primer lugar, por lo que se refiere a las modificaciones legales, sólo en una concreta ocasión el Tribunal Supremo ha apuntado, como una opción posible, considerar «hecho nuevo» al cambio a favor del reo de las normas aplicables a un concreto supuesto de hecho, lo que permitiría franquear la puerta de la revisión. Serían casos de normas que pudieran hacerle impune y en las que siempre concurriera, en palabras del Alto Tribunal, el elemento esencial que requiere la revisión, «cual es el cambio de las bases esenciales del enjuiciamiento»; esto es, que pudieran considerarse sobrevenidas, al no haber sido tenidas en cuenta en la sentencia judicial objeto de revisión⁸⁶. Si bien resulta loable la finalidad pretendida, la letra del motivo de revisión no permite que se produzca una suerte de interpretación extensiva de sus términos, y se pase de una modificación de los presupuestos de hecho tomados en consideración en la sentencia impugnada, al cambio del sustrato jurídico que sirvió de base enjuiciamiento.

En segundo lugar, en diversas ocasiones el Tribunal Supremo se ha planteado también la posibilidad de fundar la revisión de sentencias firmes en los cambios jurisprudenciales, sobre la base de la despenalización de una conducta anteriormente considerada delictiva y en virtud de la identificación de la expresión «hechos nuevos que evidencien la inocencia del condena-

⁸⁵ Así, AATS s/núm. 25 mayo 1999; y s/núm. 30 enero 2001.

⁸⁶ «Con el carácter ampliatorio que puede suponer la interpretación de las normas en favor del reo, en este caso se podría considerar también posible la revisión cuando hayan cambiado las normas aplicables que hagan posible tal favorecimiento». STS núm. 515/1997, 21 abril.

do» con la doctrina que consagra una nueva línea interpretativa⁸⁷. Puesto que un cambio en la jurisprudencia puede proyectarse en un cambio sobre la valoración de la prueba y sobre los extremos necesarios para que se dé la tipicidad de la conducta, parece claro, a decir de algún autor, que también es capaz de evidenciar la inocencia del condenado⁸⁸. Sin embargo, con la excepción de una concreta resolución judicial⁸⁹, fuertemente criticada por la doctrina⁹⁰, este cauce ha sido desechado por el Alto Tribunal, al considerar con insistencia que nos hallamos ante una cuestión estrictamente jurídica y no fáctica⁹¹. Además, a diferencia de las modificaciones legislativas ya examinadas, los cambios jurisprudenciales pueden ser no definitivos, ya que ni comportan una derogación de la norma anterior, ni gozan de la fuerza vinculante que tiene la ley⁹².

En tercer lugar, idénticas posibilidades se han planteado también respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional que modifican la realidad jurídica; tanto las que declaran la inconstitucionalidad de un precepto, cuanto las que resuelven un recurso de amparo. Respecto de las primeras, el art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) exceptúa la regla general y abre la puerta a la revisión «de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad». El conflicto se ha suscitado respecto de las segundas, las estimatorias del recurso de amparo, ya que en ocasiones el propio Tribunal Constitucional se ha mostrado favorable a considerarlas «hecho

⁸⁷ En concreto, la cuestión se planteó respecto del delito contra la salud pública y el delito de contrabando, cometidos por la persona que introduce la droga en territorio nacional. Y es que, a partir de un acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, plasmado en una primera STS núm. 1088/1997, 1 diciembre, se produjo un cambio de criterio más beneficioso en relación a las condenas por estos delitos.

⁸⁸ Así, López Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2014, p. 1409.

⁸⁹ STS núm. 176/1999, 13 febrero; con apoyo en las SSTs núm. 132/1998, 3 febrero; y núm. 613/1998, 6 mayo.

⁹⁰ La fundamentación de dicha sentencia es considerada endeble, forzada y poco convincente por Sánchez Montenegro, J.C., *El recurso de revisión penal*, cit., pp. 159 y ss.

⁹¹ Toda discrepancia sobre la cuestión quedó resuelta por Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para unificación de doctrina de 30 de abril de 1999, ratificado en el Pleno posterior de 14 de julio de 2000, según el cual el cambio jurisprudencial no debe ser incluido como hecho nuevo en la aplicación del motivo de revisión.

⁹² Cfr. Martínez Arrieta, A., *El recurso de casación y de revisión penal*, cit., p. 400.

nuevo» a los efectos del motivo de revisión⁹³. Frente a ello, aduciendo una competencia única como intérprete de la legalidad penal ordinaria, el Tribunal Supremo ha venido reiterando en acuerdos y sentencias⁹⁴ que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las materias no puede condicionarle e imponerle unos criterios y pautas hermenéuticas en la interpretación y aplicación de los preceptos sustantivos del orden penal. En la medida en que la doctrina del Tribunal Constitucional se formula en el marco de un recurso de amparo, sus efectos se deben circunscribir al otorgamiento de dicho amparo a los recurrentes, con la nulidad de las resoluciones contrarias (arts. 53 y ss. LOTC) y sin que pueda producirse una asimilación de los efectos de dicho recurso a los procedimientos de inconstitucionalidad (art. 38 LOTC)⁹⁵.

2. RÉGIMEN DEL ALECRIM DE 2020

La negación de las posibilidades de extensión de los actuales motivos de revisión a los cambios de contenido jurídico no supone que deba mantenerse una actitud contraria a la configuración *de lege ferenda* de un procedimiento específico para la modificación de sentencias firmes por algunas de estas causas. Así, sobre la base de los otros textos prelegislativos que no llegaron a ver la luz, el Anteproyecto de 2020 prevé un régimen particular para aquellos supuestos en que una ley penal establezca la obligación de revisar las sentencias condenatorias firmes por aplicación del principio de retroactividad de la disposición penal más favorable (art. 769 ALECRim), al igual que regula la revisión fundada en sentencias que declaren la inconstitucionalidad y nulidad de una norma, penal o de otra naturaleza, que haya sido determinante de un pronunciamiento condenatorio firme (art. 770 ALECRim).

⁹³ Es el caso de una sentencia que suponía una redefinición del tipo penal del delito de intrusismo (STC núm. 150/1997, 29 septiembre) y de un cambio jurisprudencial en la interpretación del *dies a quo* para el comienzo de la prescripción (SSTC núm. 63/2005, 14 marzo; y núm. 29/2008, 20 febrero).

⁹⁴ Vid. los Acuerdos adoptados en los Plenos no jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2005, 25 de abril de 2006 y 26 de febrero de 2008, así como las SSTs núm. 1026/2006, 26 octubre; y núm. 430/2008, 25 junio.

⁹⁵ Cfr. ATS s/núm. 26 marzo 2009. Pese a ello, este auto cuenta con un voto particular, en el que el Magistrado discrepante estima que también en estos casos debe admitirse la vía de la revisión. Entiende injustificable que, ante dos situaciones milimétricamente idénticas, personas condenadas en firme a consecuencia de la valoración de una norma por los órganos jurisdiccionales que el Tribunal Constitucional estima incompatible con la Constitución sólo la que recurrió en amparo sea liberada de la pena indebida de prisión.

Sin perjuicio de lo que para el segundo supuesto pueda disponer en cuanto a los efectos de su pronunciamiento el propio Tribunal Constitucional, el procedimiento común para ambos tipos de revisión se regula en el art. 769 y es el que, a continuación, reproducimos: «a) El incidente podrá abrirse de oficio o a instancia del penado o del Ministerio Fiscal. b) Para decidir sobre la revisión de la pena serán oídos la persona penada y su defensa, el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas por plazo común de tres días. c) Podrá acordarse, mientras se sustancia el incidente, la suspensión de la ejecución de la pena si se prevé que una eventual revisión podría perder eficacia en otro caso. d) Transcurrido el plazo, el juez o tribunal sentenciador resolverá por medio de auto. e) Contra este auto podrá interponerse el mismo recurso que contra la sentencia que se revise»⁹⁶.

A pesar de que el autor del ALECrím lo tilda de «sencillo procedimiento» y lo incluye como uno de los logros a remarcar en la Exposición de Motivos que recoge al texto (apdo. LXXXIII), lo cierto es que, como puede concluirse de su simple lectura, nos hallamos ante un cauce inclasificable, de naturaleza híbrida e inconcreta, que reúne unas características que lo alejan totalmente del procedimiento previsto en general para la revisión. Así, a pesar de ir dirigido a la «revisión» de una sentencia «firme», esta vía de impugnación se configura como un «incidente» (?) —lo que quizás nos recuerda al mal llamado «incidente» de nulidad de actuaciones—, que es posible incoar de oficio⁹⁷ y que concluye con un auto (?), que parece sustituir —o complementar quizás (?)— a aquella sentencia firme; auto contra el que, de manera más que sorprendente, «podrá interponerse el mismo recurso (?) que contra la sentencia que se revise» (todos los interrogantes de extrañeza que incluimos en el presente párrafo son nuestros).

⁹⁶ Estos cinco apartados del art. 769 ALECrím son copia literal de los apdos. a) b) y c) del art. 670 del ALECrím de 2011 y los apdos. a) y d) del art. 632 de la Propuesta de Texto articulado de 2013. Sólo ha quedado excluido del nuevo régimen el apdo. b) del segundo de ellos, que, a través de una injustificada asimilación de la revisión a los recursos de apelación y de casación cuando resultan inadmitidos, disponía: «Frente a la decisión rechazando abrir el incidente cabrá recurso de queja».

⁹⁷ Nótese que se admite para los cambios legislativos y consecuencias del recurso de inconstitucionalidad la posibilidad de una revisión de oficio que se excluye, como ya ha quedado expuesto, para los casos en que se ha producido una vulneración de un derecho humano declarada por el TEDH.

IV. LA ANULACIÓN DE SENTENCIAS FIRMES DICTADAS EN AUSENCIA DEL INculpADO

Complementando los capítulos relativos al juicio de revisión y a la revisión de sentencias firmes por cambio legislativo o declaración de inconstitucionalidad, también dentro del Título V del Libro VII del ALECRim, bajo la rúbrica de «La revisión de sentencias firmes», el capítulo II se dedica al instituto de «La anulación de sentencias dictadas en ausencia». Integrado por un único precepto, el art. 768, su contenido viene a remplazar lo previsto en la actualidad por el art. 793 LECrim, si bien con algunas mejoras que, como cierre de este estudio, procedemos a examinar en el presente apartado.

Como es sabido por todos, en el proceso penal rige el principio general de la preceptiva presencia del inculcado en el juicio como garantía de su defensa (arts. 786.1 y 841 LECrim)⁹⁸. Sin embargo, a partir de la introducción del régimen del procedimiento abreviado en nuestro sistema se permite, de manera excepcional, la celebración en su ausencia, siempre que se cumplan una serie de requisitos establecidos en el art. 786.1.II LECrim. Con la misma excepcionalidad, el Anteproyecto de 2020 prevé idéntica posibilidad para casos de incomparecencia voluntaria de la persona acusada, cuando, existiendo suficientes elementos de juicio para proceder al enjuiciamiento, concurren una serie de requisitos que coinciden en esencia con los exigidos en la actualidad: que la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si es de distinta naturaleza, que su duración no exceda de diez años; que la citación se haya producido en las condiciones previstas legalmente; y que la persona acusada esté en condiciones de comprender el contenido de la citación y las consecuencias de su incomparecencia (art. 59 ALECRim). Pues bien, para los casos en que el juicio se haya celebrado en su ausencia, el texto reconoce a la persona acusada la posibilidad de solicitar su nulidad con base en que se haya desarrollado sin cumplir con estos requisitos o en que la ausencia haya sido involuntaria y justificada. Con carácter general, estas pretensiones de nulidad han de formularse a través de los recursos previstos contra la sentencia (art. 60 ALECRim), salvo que el acusado se encuentre en paradero desconocido al tiempo de notificarle

⁹⁸ Recuérdese que esta necesaria presencia del acusado para la celebración del juicio oral es consecuencia derivada de la vigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión y del derecho a un proceso con todas las garantías, entre ellas la de la posibilidad de ser oído. Además afecta directamente al derecho de defensa, en cuanto que el acusado puede intervenir en el plenario en su propia defensa no solo a través de su Letrado, sino también mediante su propia declaración y en el ejercicio del derecho a la última palabra. Cfr. STC núm. 10/1995, 16 enero; y la STS núm. 514/2006, 5 de mayo.

ésta. Es en el caso de que después comparezca o sea hallado, y se consiga notificarle la sentencia a los efectos del cumplimiento de la pena aún no prescrita (art. 768.1.I ALECrím) cuando encuentra su campo de actuación el procedimiento de anulación que ahora nos interesa.

En efecto, el cauce de impugnación contenido en el art. 768.1.II y 2 ALECrím sustituye, como se ha dicho, al denominado «recurso de anulación», regulado en el art. 793.2 LECrím en sede del procedimiento abreviado, aplicable igualmente en el proceso penal especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 803.2 LECrím). La nueva redacción del precepto presenta varios cambios que se adaptan a las sentencias y acuerdos no jurisdiccionales procedentes del Tribunal Supremo, a la vez que clarifican algunas de las dudas planteadas por una incompleta y deficiente regulación, puestas de manifiesto por la Fiscalía General del Estado y por la doctrina científica⁹⁹. De una manera muy esquemática, siguiendo la estructura trazada en el estudio de la revisión de sentencias firmes, exponemos a continuación los rasgos esenciales del instituto, con las novedades que incorpora el nuevo texto.

1. NATURALEZA JURÍDICA: EL PROCESO DE ANULACIÓN

Ante la imprecisa regulación de este medio de impugnación, una primera cuestión que desde un inicio se ha planteado como polémica es la de su naturaleza jurídica. En atención a un régimen legal tan particular, el interrogante se ha movido en un doble plano: el de su inclusión o no en la categoría de los recursos; y el de su carácter rescisorio, además de rescindente, en referencia a los efectos que se persiguen y logran por este cauce. Pues bien, dejando para más adelante el examen de esta segunda cuestión,

⁹⁹ En efecto, desde su inclusión en la LECrím en 1988, ante la parquedad —por no decir ausencia— e inconcreción de su regulación, la configuración de este medio impugnatorio ha sido criticado de forma unánime por los autores encargados de su estudio. Son importantes las dudas que se han planteado respecto de su naturaleza, requisitos, competencia para su conocimiento y efectos. Así lo puso de manifiesto la Circular 1/1989, de la Fiscalía general del Estado. Entre la doctrina, cfr. también entre otros, González-Cuellar García, A. «Los recursos en el procedimiento abreviado», en *Diario La Ley*, octubre 1989, p. 5; Aragonés Martínez, S., «Notas sobre el recurso de anulación contra sentencias dictadas en ausencia del acusado», en *Actualidad penal*, 1990, núm. 3, pp. 29 y ss.; Rives Seva, A.P., «El juicio en ausencia y el recurso de anulación de la Ley Orgánica 17/1988, de 28 de diciembre», en *Poder Judicial*, 1990, núm. 19, pp. 55 y 66; Pérez-Cruz Martín, A.J., «Aproximación al estudio del nuevo “recurso de anulación”. Análisis reformado del artículo 797 de la LECrím», en *Justicia*, 1990, p. 623 y ss.; Garberí Llobregat, J., *La ausencia del acusado en el proceso penal. Especial referencia al proceso penal abreviado*, Ed. Colex, Madrid 1992, pp. 201 y ss.; y Muerza Esparza, J., *El proceso penal abreviado*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 161 y ss.

en relación a lo primero, los autores han sostenido posturas encontradas y, así, frente a quiénes, con base en la calificación y consideración otorgada por el legislador, han creído ver en él un verdadero recurso —ordinario, en atención a la remisión legal en su tramitación, efectos y requisitos al recurso de apelación (art. 793.2 LECrim); extraordinario, al ir dirigido a anular una sentencia firme (art. 245.3 LOPJ)—, hay autores que han entendido que no nos hallábamos ante un recurso, ni ordinario ni extraordinario, sino ante un «medio de impugnación de carácter excepcional»¹⁰⁰.

El ALECrim rompe de manera definitiva con la consideración de recurso al recoger este medio de impugnación en el título referido a «La revisión de sentencias firmes». Además, a la modificación en la redacción de las referencias anteriores a aquella figura —«interponer el recurso» se sustituye por «promover su anulación»—, se suma la desaparición de la remisión al recurso de apelación para la concreción de sus requisitos y efectos, y la inclusión de una norma específica de competencia funcional para su conocimiento. Según ésta, la solicitud de anulación ha de presentarse «ante el tribunal que hubiera dictado la sentencia de instancia» que se pretende anular (art. 768.1.II), lo que la separa de la atribución del conjunto de recursos devolutivos¹⁰¹ y lo acerca a la rescisión de sentencias firmes por el demandado rebelde en el proceso civil (art. 501 LEC). Así pues, a similitud de lo que sucede con la revisión de sentencias firmes, la nueva regulación trataría de poner término a una vieja discusión de muchos años, reconociendo a esta vía de la anulación la naturaleza de acción de carácter autónomo, distinta e independiente del proceso concluido con la sentencia que se impugna con ella.

¹⁰⁰ Acerca de las diferentes opiniones doctrinales, vid. Muerza Esparza, J., *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 151 y ss. La STS núm. 922/2000, 12 mayo, subraya la escasa contribución de la doctrina científica a la determinación de la verdadera naturaleza jurídica. No obstante, tampoco nuestros tribunales han mostrado una uniformidad destacable en esta materia. Muy gráficamente, nuestras Audiencias Provinciales definen el instituto como «un recurso extraordinario», «una posibilidad», «un medio» o «remedio excepcional» o «una manera o forma» de proceder a la anulación de una sentencia. *Ad exemplum*, SSAP Islas Baleares (Sección 2ª) núm. 239/2000, 4 diciembre; Barcelona (Sección 8ª) s/núm. 31 diciembre 2001; Almería (Sección 3ª), núm. 144/2006, 26 mayo; Málaga (Sección 3ª) núm. 278/2019, 12 julio.

¹⁰¹ Se termina también así con una de las lagunas más importantes planteadas por la regulación actual, la del tribunal encargado de conocer de la anulación de las sentencias dictadas por órganos colegiados en los juicios celebrados en ausencia del acusado. Cfr. STS núm. 922/2000, 12 mayo; y el apartado 1º del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2000.

2. OBJETO DEL PROCESO: RESCISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES DICTADAS EN AUSENCIA DEL INculpADO

En efecto, el proceso de anulación no forma parte del mismo proceso penal que se celebró, ni tampoco versa sobre lo mismo sobre lo que recayó la sentencia materia de impugnación. Para comprobarlo, baste con examinar los tres elementos que conforman su objeto.

Comenzando por los sujetos, el art. 768.1 ALECrIm regula la legitimación activa cuando dispone que tiene derecho a promover su anulación el condenado en ausencia. Como es lógico, la legitimación pasiva, aunque nada disponga el precepto, habrá de corresponder a quienes fueron partes acusadoras en el proceso penal; esto es, no sólo al Ministerio Fiscal, sino también a quienes se vieron favorecidos de alguna manera por la sentencia objeto de anulación.

En relación al *petitum* de la solicitud, si bien la denominación de este cauce de impugnación parece contradecirlo, lo cierto es que, de una forma generalizada entre los tribunales, se alude a la «rescisión» como el efecto que se pretende con él. Al igual que sucede en el proceso de revisión, nos hallamos en este caso ante un juicio rescindente, cuyo objeto es igualmente una sentencia firme, dictada en primera instancia o en apelación, de carácter condenatorio, y cuyo fin se limita al control de si el tribunal que la dictó respetó escrupulosamente los requisitos legales que exige el juicio en ausencia¹⁰². Es por ello que, aunque este procedimiento se sitúa en el ámbito penal —de nuevo en atención al carácter de la sentencia que se impugna, al orden al que pertenece el tribunal que conoce de él y a la norma que lo regula—, lo que en él se solicita es una modificación de la realidad jurídica, que en modo alguno se extiende al enjuiciamiento de la responsabilidad penal de una persona.

Por último, en cuanto a los hechos que constituyen la causa por la que se pide, éstos sólo pueden estar relacionados con el incumplimiento de los requisitos legales para la celebración del juicio en ausencia. Esto es, junto a la falta de alguna de las exigencias contenidas en el art. 59 ALECrIm, la

¹⁰² Como se establece en el apartado 2º del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2000. Si bien en algún pronunciamiento aislado se ha sostenido, aludiendo al art. 238.3 LOPJ, en atención a la denominación del recurso y la remisión legal al recurso de apelación, la consecuencia de la «nulidad» [vid. SAP (Sección 2ª) núm. 401/1997, 4 junio), de una manera más propia, el Alto Tribunal se refiere generalmente al efecto «rescindente» de la anulación. Cfr. STS núm. 1371/2002, 19 julio. Incluso, la precitada STS núm. 922/2000, 12 mayo, asemeja el caso del denominado «recurso» de anulación al del «recurso» de revisión.

solicitud podrá fundarse en la existencia circunstancias que, objetivamente consideradas, hayan imposibilitado o entrañado un sustancial inconveniente para efectuar la asistencia¹⁰³. En consideración al tipo del quebrantamiento que supone el enjuiciamiento en ausencia del acusado, el art. 768.2 ALECrIm dispone: «La petición de anulación solo podrá interponerse por infracción de normas y garantías procesales, siempre y cuando se hubiera producido efectiva indefensión». Con ello, a la vez que trata de superarse la confusión que supone en la actualidad la remisión genérica que realiza el art. 793.2 LECrIm al recurso de apelación y a sus motivos, se sientan las bases de cuál ha de ser en este caso el contenido de la sentencia.

En conclusión de lo expuesto, en atención a la tutela que se pretende, según se ha llegado a afirmar por algunas de nuestras Audiencias, la anulación de sentencias dictadas en ausencia «es en realidad una acción de impugnación específica, a través de cuyo ejercicio se interpone una pretensión constitutiva de anulación —rescisión— de una sentencia condenatoria firme fundada en el incumplimiento de los requisitos legales que hacen posible la celebración del juicio oral en ausencia del acusado»¹⁰⁴.

3. PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN

Según dispone el art. 793.2 LECrIm, frente a la sentencia dictada en ausencia es posible recurrir en anulación por el condenado «en el mismo plazo» establecido para el recurso de apelación; esto es, en plazo de diez días; a contar «desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia». Los problemas de determinar cuándo ha de entenderse producido este momento son los que parecen haber llevado al redactor del ALECrIm a establecer que sea «al notificársele la sentencia» al condenado en ausencia cuando se le haga saber que tiene derecho a promover su anulación «en el plazo de veinte días» (art. 768.1.II). De esta forma, se entiende que el *dies a quo* del plazo, el cual ya no coincide en su extensión con el previsto para interponer el recurso de apelación, queda

¹⁰³ Así, por ejemplo, que el acusado se encuentre ingresado en un centro penitenciario [SSAP Islas Baleares (Sección 2ª) núm. 239/2000, 4 diciembre; Madrid (Sección 1ª) núm. 455/2001 19 julio; Málaga (Sección 9ª) núm. 570/2016, 13 octubre] o atendiendo a un familiar muy grave en un hospital [SAP Barcelona (Sección 8ª) s/núm. 31 diciembre 2001]. Acerca de las pautas hermenéuticas más adecuadas para poder considerar justificada o no la ausencia de un acusado a juicio, vid. SAP Málaga (Sección 3ª) núm. 278/2019, 12 julio.

¹⁰⁴ SSAP Barcelona (Sección 8ª) núm. 364/2007, 6 junio; y Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) núm. 369/2016, 17 octubre; y núm. 70/2020, 9 marzo.

fijado en aquel momento en que se notifique formalmente la sentencia a efectos de su cumplimiento.

Por lo demás, como única referencia al procedimiento a seguir para la tramitación del proceso de anulación, el art. 768.2 ALECrím señala que éste «Se sustanciará de conformidad con lo establecido para el recurso de apelación contra sentencias». Esto es, la pretensión que se ejercita en este supuesto seguirá los trámites previstos en los arts. 734 y ss. ALECrím, que, en síntesis, adaptados al supuesto que examinamos, son tres: a) la presentación del escrito de solicitud, con los requisitos de contenido establecidos para los supuestos de infracción de normas o garantías del proceso (art. 731 ALECrím), con solicitud de práctica de la prueba por el condenado y con firma de abogado y procurador (art. 734); b) la admisión de la solicitud, con traslado al resto de partes y posible presentación de otros escritos de alegación con proposición de pruebas (art. 735); y c) la posibilidad de celebración de vista, con la práctica de la prueba, trámite de conclusiones, informes y derecho a la última palabra de los acusados (art. 737). Como es lógico, el contenido de cada uno de estos trámites se encuentra condicionado por las limitaciones que impone el objeto del proceso de anulación, de tal forma que no podrán admitirse alegaciones que se aparten de su objetivo y alcance¹⁰⁵. Igualmente, como recoge el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2000, «únicamente podrá acordarse la práctica de pruebas referidas específicamente a la concurrencia o no de los requisitos legalmente prevenidos para la celebración del juicio en ausencia» (apdo. 3º).

4. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DE ANULACIÓN

Si los motivos que se pueden alegar para que prospere la pretensión sólo se refieren a defectos de requisitos formales que debieron impedir la celebración del juicio en ausencia del acusado, es claro que el único contenido posible de la sentencia es la nulidad de todo lo actuado desde que se produjo el defecto formal, para que pueda efectuarse posteriormente la repetición del juicio en presencia del inculpado. Pues bien, en relación a estos resultados, la duda se ha producido respecto de la atribución del conocimiento del proceso rescisorio. Así, la remisión que en la actualidad realiza el art. 793.2 LECrím a la eficacia del recurso de apelación, junto a la falta de una explícita formulación legal de los supuestos en los que debe prosperar la anulación,

¹⁰⁵ Cfr. STS núm. 1703/1999, 8 marzo; y SAP Islas Baleares (Sección 2ª) núm. 239/2000, 4 diciembre.

ha llevado, según se ha señalado desde la práctica, a que se hable de dos posturas enfrentadas: la de los que estiman que el proceso de anulación es un juicio rescindente exclusivamente, que deja sin efecto la sentencia y provoca la remisión de los autos al órgano que dictó la resolución anulada, para que celebre nuevo juicio y dicte nueva sentencia; y la de los que entienden que, tras el juicio rescindente, es el propio órgano que conoce de la anulación el que debe efectuar el juicio rescisorio, conocer en plenitud de su desarrollo y dictar la nueva sentencia, como si se tratase enteramente de un recurso de apelación. Habiéndose decantado la jurisprudencia por el acierto de la primera opción¹⁰⁶, el ALECrím pone fin a la polémica, al establecer una regla de competencia funcional que atribuye el conocimiento del proceso de anulación al mismo tribunal que dictó la sentencia impugnada (art. 768.1.II). De esta forma, tras la celebración del juicio rescindente, una vez anulada la sentencia y decretada la retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio a presencia del inculpado, no será necesaria la devolución de la causa al órgano que conoció del primitivo proceso. Coincidirá la competencia para conocer de los tres procesos en el mismo tribunal, si bien entendemos que para la repetición del juicio en ausencia cambiará la composición, al verse afectada la imparcialidad de aquellos de sus integrantes, que en el primero entraron a valorar la prueba practicada y se pronunciaron sobre las pretensiones de fondo planteadas por acusación y defensa¹⁰⁷.

V. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto, el examen de la propuesta de regulación en el ALECrím de 2020 de los medios de impugnación de sentencias firmes en el proceso penal arroja resultados satisfactorios. No obstante, frente al acierto en la configuración general de los dos procedimientos principales

¹⁰⁶ Cfr. el precitado Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de febrero de 2000. También SSAP Almería (Sección 1ª) núm. 54/2002, 10 mayo; y Asturias (Sección 2ª) núm. 515/1998, 2 octubre; y núm. 264/2002, 21 noviembre. Téngase en cuenta que sostener en la actualidad la opción contraria, se ha dicho, llevaría a que se produjese una especie de inadmisibile duplicidad en los supuestos en que el «recurso» de anulación ha sido precedido del de apelación. Así, SAP Málaga (Sección 3ª) núm. 224/2001, 24 julio.

¹⁰⁷ En efecto, si bien el art. 738 ALECrím no hace referencia a ello al regular el contenido de la sentencia apelada por infracción de normas o garantías procesales, tal consecuencia, prevista actualmente en el art. 792.2.II LECrím, se recoge en las sentencias estimatorias del «recurso» de anulación. Cfr. SSAP Las Palmas (Sección 2ª) núm. 47/2008, 16 diciembre; y Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) núm. 70/2020, 9 marzo.

que recoge, el régimen proyectado presenta aspectos particulares que resultan claramente mejorables.

En primer lugar, en relación al juicio de revisión, resultan claramente positivos los cambios efectuados en relación a las partes y al procedimiento. Por un lado, al mayor orden que se consigue con la regulación en un único precepto del régimen de doble legitimación activa, con otorgamiento de un trato idéntico al Ministerio Fiscal y al penado, se añade la novedad, por vez primera en nuestro sistema, de asumir que en el proceso de revisión exista una posición pasiva, integrada por el resto de partes del proceso penal del que la revisión trae causa. Por otro lado, la nueva sustanciación del procedimiento rompe con el sistema de doble fase de preparación e interposición y anula acertadamente la remisión a los trámites del recurso de casación, con una regulación más simple y detallada de la solicitud de revisión, su admisión a trámite y la preceptiva celebración de una vista con audiencia a todos los interesados.

El ALECrím mantiene sin cambios el número y contenido de los motivos de revisión resultantes de la reforma operada en 2015 —lo que, en relación al atinente a la concurrencia de una sentencia estimatoria del TEDH, nos obliga a mantener críticas ya efectuadas a la limitación en materia de plazo y de legitimación activa—, y presenta como novedad más importante la cobertura de la laguna resultante de aquella reforma acerca del contenido de la sentencia estimatoria de la revisión. El art. 766 ALECrím sigue los pasos del actual art. 958 LECrím —así como del Anteproyecto de LECrím de 2011 (art. 667)— y prevé una a una las consecuencias para cada uno de los motivos. Sin embargo, ante las dudas ya expuestas que ello suscita, sería deseable, en nuestro criterio, que, a similitud de lo que sucedía en la Propuesta de Texto articulado de LECrím de 2013 (art. 631), se fijen cuatro reglas, dos para motivos concretos y dos de carácter general, que, por su simplicidad, clarifiquen la regulación de esta materia. Las dos primeras abarcarían, respectivamente, aquel supuesto en que sobre un mismo hecho y encausado han recaído dos sentencias firmes; en favor de la anulación de la sentencia que hubiere ganado firmeza con posterioridad; y el caso de concurrencia de una sentencia condenatoria del TEDH; que, en atención a la gran variedad de supuestos que pueden llegar a plantearse en la práctica, llevaría a la fijación de una regla lo suficientemente amplia —nulidad y sustitución del contenido o reenvío de la causa al momento en que se produjo la infracción— que permita albergarlos todos y reparar el derecho vulnerado. Una tercera regla, ésta de carácter general —aplicable a la obtención de pruebas mediante la comisión de un delito, al delito de prevaricación, a la sentencia contra-

dictoria dictada por un tribunal de otro orden jurisdiccional y a los nuevos hechos o nuevos elementos de prueba—, abarcaría aquellos supuestos en que la revisión conduce a una pena más favorable para el condenado. En estos casos, siguiendo la solución otorgada por el Tribunal Supremo a los supuestos de estimación de la revisión basada en la aplicación errónea de la agravante de reincidencia, a salvo los casos de incompetencia por tratarse de menores, el tribunal debería dictar una segunda sentencia en la que variaría la sentencia objeto de revisión. Por último, a modo de cláusula de cierre, una cuarta regla iría dirigida a cubrir los casos de estimación de la revisión que no han sido contemplados hasta ahora. Esto es, los supuestos que concluyen con la evidencia de la inocencia del acusado y que, en su caso, cuando el hecho punible todavía subsiste, precisan de la apertura de una nueva instrucción para perseguir al verdadero culpable. Para estos casos bastaría una regla de carácter flexible que estableciese la rescisión de la sentencia impugnada, con la posibilidad, «si fuera procedente», de remitir los autos al instructor de la causa con el fin de reabrir la investigación.

En segundo lugar, la propuesta de regulación de la revisión de sentencias firmes por cambio legislativo o declaración de inconstitucionalidad resulta absolutamente criticable. Y ello por razones tanto de oportunidad como de contenido. Por un lado, si bien con anterioridad a la reforma de 2015 la especialidad de una causa de revisión basada en cambios de contenido jurídico podía justificar la creación de un procedimiento diferenciado del de revisión general, hoy en día no creemos que esto sea necesario, al haberse incorporado otros motivos que no siempre encuentran su fundamento en la concurrencia de nuevo material fáctico que afecte a los elementos objetivos del tipo o a la participación del condenado en el delito. En concreto, los supuestos de prevaricación judicial —originada a veces por infracción en la aplicación de las normas y por la extralimitación del marco de discrecionalidad concedido legalmente a jueces y magistrados— y de sentencias estimatorias de vulneración dictadas por el TEDH —no siempre fundamentadas en un erróneo análisis de los hechos o una ilógica valoración jurídica de las pruebas por el tribunal juzgador, sino también en una desacertada interpretación jurídica de la norma— han abierto la puerta, según creemos, a supuestos como el presente. Es por ello que hubiera bastado, en nuestro criterio, la inclusión de un nuevo motivo de revisión en el art. 760 ALECrim, asimilando el «hecho jurídico» que en los señalados supuestos constituye la condena por prevaricación o la sentencia del TEDH, con la disposición penal más favorable a aplicar y la declaración de inconstitucionalidad de una norma que fue determinante del contenido de la sentencia. Por otro lado,

en el ámbito de su contenido, la buscada sencillez del procedimiento no creemos que se consiga con la simple calificación de «incidente» del conjunto de sus trámites, ni con la consignación de su decisión en un «auto» de imposible incardinación y compatibilidad con la sentencia firme objeto de impugnación. La seriedad de la cosa juzgada y la excepcionalidad de aquellos medios que la deshacen obligan, cuando menos, según creemos, a la realización de propuestas de reforma mejor pensadas, con opciones integradas en el sistema, menos incoherentes técnicamente y más acordes a la importancia de la materia.

Por último, en relación al procedimiento de anulación de sentencias firmes en ausencia del inculpado, el ALECrím corrige la imprecisión de la regulación actual, a través de la fijación de su naturaleza jurídica y la concreción de los presupuestos, el contenido y efectos de la sentencia que lo decide. No obstante, dentro de la importante mejora, existe un extremo en el que la opción que se toma en el texto no nos parece la más adecuada. Así, realizada una importante modificación que aleja el instituto de la categoría de los recursos, a nuestro juicio también hubiera resultado mucho más lógico llevar el cambio hasta sus últimas consecuencias y, en lugar de una remisión forzada a la regulación de la apelación en materia de procedimiento, referir la tramitación del proceso a los preceptos correspondientes del juicio de revisión. No en vano nos hallamos ante dos supuestos de rescisión de sentencias firmes que han experimentado un «feliz encuentro» en el texto prelegislativo, susceptible de aclarar muchas de las dudas e incoherencias que presentan sus regulaciones; deficientes, parcas y confusas como consecuencia en gran medida del hecho de haber sido configuradas a través de la remisión a los recursos de casación y de apelación.

VI. ANEXO BIBLIOGRÁFICO

Aguilera de Paz, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo VI, Ed. Reus, Madrid, 1916. Aragonese Martínez, S., «Notas sobre el recurso de anulación contra sentencias dictadas en ausencia del acusado», en *Actualidad penal*, núm. 3, 1990. Barona Vilar, S., «La legitimación en el proceso de revisión penal», en *Poder Judicial*, núm. 36, 1994. Barona Vilar, S., «La revisión penal», en *Justicia*, núm. 4, 1987. Bellido Penadés, R., «Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrím de 2015», en *Diario La Ley*, núm. 8526, 24 abril 2015. Calamandrei, P., «Vicios de la sentencia y medios de gravamen», en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Sentís Melendo, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945. Cobos Gavala, R., «La necesidad de establecer legalmente un quinto motivo de revisión penal», en *Justicia*, núm. 4, 1990. De La

Plaza, M., *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, 1951. Doval Del Mateo, J.D., *La revisión civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979. Fairén Guillén, V., «Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. II, 1949. Fenech Navarro, M., *Derecho Procesal Penal*, vol. II, Autoedición, Barcelona, 1960. Garberí Llobregat, J., *La ausencia del acusado en el proceso penal. Especial referencia al proceso penal abreviado*, Ed. Colex, Madrid, 1992. Garciandía González, P.M., *El proceso de revisión de las sentencias penales. Análisis de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016. Garciandía González, P.M., «Motivos de revisión penal: análisis de la nueva configuración del art. 954 LECrim tras la reforma de 2015 y al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 39, 2016. Gómez Colomer, J.L., «Revisión en el proceso penal español», en *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, núm. especial de diciembre de 2001. Gómez Colomer, J.L. y Barona Vilar, S.), *Proceso penal. Derecho procesal III*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Gómez Orbaneja, E., *Derecho procesal penal* (con Herce Quemada), Ed. Artes Gráficas y Ediciones SA, 8ª ed., Madrid, 1975. González-Cuellar García, A. «Los recursos en el procedimiento abreviado», en *Diario La Ley*, octubre 1989. Guasp, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Madrid, 1948. López Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2014. Manresa, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885. Martínez Arrieta, A., *El recurso de casación y de revisión penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Miguel y Alonso, C., *Informes en torno a la futura reforma procesal española*, Ed. Universidad de Salamanca, 1971. Moreno Catena, V., y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2012. Muerza Esparza, J., *El proceso penal abreviado*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002. Muerza Esparza, J., *La reforma del proceso penal abreviado y el enjuiciamiento rápido de delitos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003. Muñoz Rojas, T., «Estudios sobre la revisión penal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1ª época, núm. II, abril-junio 1968. Pérez-Cruz Martín, A.J., «Aproximación al estudio del nuevo “recurso de anulación”. Análisis reformado del artículo 797 de la LECrim», en *Justicia*, 1990. Prieto-Castro y Ferrándiz, L., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982. Rives Seva, A.P., «El juicio en ausencia y el recurso de anulación de la Ley Orgánica 17/1988, de 28 de diciembre», en *Poder Judicial*, núm. 19, 1990. Sánchez Montenegro, J.C., *El recurso de revisión penal*, Edisofer, Madrid, 2005. Sigüenza López, J., *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2007. Tomé García, J.A., «Sugerencias en torno a una futura reforma legislativa de la revisión penal», en *Anuario jurídico y económico escorialense*, núm. 22, 1990. Tomé García, J.A., *Derecho Procesal Penal* (con De la Oliva Santos, Aragonese Martínez, Hinojosa Segovia y Muerza Esparza), Ed. Universitaria Ramón Areces, 7ª ed., Madrid, 2004. Vallespín Pérez, D., *La revisión de la sentencia firme en el proceso civil*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002. Viada López-Puigcerver, C., y Aragonese Alonso, P., *Curso de Derecho Procesal Penal*, vol. II, Ed. Prensa Castellana, Madrid, 1970. Villamarín López, M.L., «La revisión penal *contra reum*», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2003.

UNA (RE)LECTURA DEL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN EN EL PROCESO PENAL

A (re-)reading of the Concentration Principle in Criminal Procedure

Pedro Miguel FREITAS

Professor Auxiliar de Direito Penal e Direito Processual Penal

Universidade Católica Portuguesa.

pfreitas@ucp.pt

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTOS. III. CONCENTRACIÓN TEMPORAL. 3.1. Interrupción. 3.2. Aplazamiento. 3.3. La ley española. IV. CONCENTRACIÓN ESPACIAL. 4.1. Excepciones. 4.2. La ley española. V. Concentración funcional. VI. CONCENTRACIÓN MATERIAL-JURISDICCIONAL. VII. LOS MACROPROCESOS. VIII. CONCLUSIÓN. IX. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En comparación con los demás principios, el principio de concentración es uno de los principios generales del proceso penal que ha recibido menos atención por parte de la doctrina, y las obras dedicadas exclusivamente a él son relativamente escasas. Con este trabajo pretendemos contribuir a la densificación del principio de concentración desde su concepción tradicional —dimensión temporal y espacial—, pero también proponer una reconfiguración de su contenido, ampliando sus formas de aparición, teniendo como fondo el derecho portugués y español, en particular.

Palabras clave: principio de concentración; principio de inmediación; juicio oral; interrupción; aplazamiento.

Abstract: Compared to the other principles, the principle of concentration is one of the general principles of criminal procedure that has received less attention from legal scholars, with relatively few works dedicated exclusively to it. With this work, we intend to contribute to the densification of the principle of concentration, referring its traditional understanding —temporal and spatial dimension—, but also proposing an expansive reconfiguration of its content, against the backdrop of Portuguese and Spanish law, in particular.

Keywords: principle of concentration; principle of immediacy; trial hearing; interruption; adjournment.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal moderno se guía por un conjunto de principios generales. Estos juegan un papel muy relevante en la interpretación del derecho

procesal penal y en la integración de las lagunas y, en esa medida, explican los rasgos dominantes del proceso penal¹. Pueden agruparse en principios relacionados con la promoción procesal, la persecución procesal, la prueba y, por último, la forma. Prestaremos especial atención a uno de los principios relacionados con la persecución procesal²: el principio de concentración.

A pesar del poco énfasis que ha recibido el principio de concentración en la doctrina procesalista, creemos que su relevancia práctica exige una mirada más atenta y actualizada que, partiendo de una concepción tradicional, no se limite a ella.

Tradicionalmente, por este principio se entiende la exigencia de un seguimiento espacio-temporal unitario e ininterrumpido del proceso judicial. En otras palabras, el principio de concentración implica “uma prossecução processual unitária e continuada de todos os termos e atos do processo, quer de um ponto de vista espacial quer de um ponto de vista temporal” (Antunes 2018, 190)³.

A pesar de la amplitud de su enunciado, el principio de concentración ha sido estudiado y aplicado principalmente en lo que respecta a su dimensión temporal⁴ y, en este contexto, en lo que se refiere al momento del juicio oral. Citando a Figueiredo Dias, el principio de concentración “ganha o seu maior e autónomo relevo no que toca à audiência de discussão e julgamento” (Dias 2004, 183). El Código de Proceso Penal (CPP) portugués prevé expresamente la regla de la continuidad temporal para el juicio oral (artículo 328)⁵ y para el “debate instrutório” (artículo 304)⁶. Pero si configuramos el principio de concentración temporal como aplicable a todo el proceso penal, “desde a aquisição da notícia do crime até ao trânsito em julgado da decisão que lhe põe fim” (Pimenta 1989, 196), encontramos varias manifestaciones del mismo a lo largo del CPP: la tarea de decidir sobre una cuestión prejudicial asignada a un tribunal no penal vuelve al tribunal penal cuando ha

¹ Maria João Antunes (2018, 63).

² Figueiredo Dias (2004, 183) y Maria João Antunes (2018, 171). Paulo Pinto de Albuquerque considera que el principio de concentración se inscribe en los principios relativos a la producción de prueba (2011, 51).

³ Véase también Manuel Simas Santos, Manuel Leal-Henriques y João Simas Santos (2020, 61).

⁴ También se conoce como el principio de continuidad. Cf. José Costa Pimenta (1989, 192).

⁵ Nos referimos en particular al juicio oral en el procedimiento ordinario. Los procedimientos especiales sumarios y abreviados siguen, salvo pequeños cambios, las mismas reglas que los procedimientos ordinarios en este sentido. En este sentido, véanse los artículos 386, 387 y 391-E del CPP.

⁶ El apartado 1 del artículo 304 hace referencia al artículo 328 del CPP.

transcurrido el período de suspensión o no se ha propuesto ninguna acción en el plazo máximo de un mes (artículo 7, no. 4 del CPP)⁷; normas relativas al tiempo de los actos procesales (artículo 103 a 107-A); plazos de duración máxima de las medidas coercitivas (artículo 215 y 218), de la fase de investigación (artículo 276) y de la instrucción (artículo 306); designación de la fecha del juicio oral (artículo 312)⁸. Este entendimiento está respaldado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Como sabemos, este artículo consagra el derecho a un juicio justo, que incluye el derecho de toda persona a que “sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre (...) el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. El TEDH ha sostenido que para evaluar si el proceso penal ha tenido una duración razonable y, por tanto, es compatible con el apartado 1 del artículo 6 del CEDH, debe tenerse en cuenta, por ejemplo, la fecha de la detención⁹, de la apertura de las investigaciones preliminares¹⁰ o de la acusación¹¹. En otras palabras, el momento procesal pertinente a efectos del apartado 1 del artículo 6 del CEDH es anterior a el juicio oral y se extiende hasta el momento de la decisión judicial definitiva, aunque sea en apelación¹². Por lo tanto, se concluye que una protección eficaz de los derechos fundamentales del acusado en virtud

⁷ Según el artículo 7, párrafo 4: “O tribunal marca o prazo da suspensão, que pode ser prorrogado até um ano se a demora na decisão não for imputável ao assistente ou ao arguido. O Ministério Público pode sempre intervir no processo não penal para promover o seu rápido andamento e informar o tribunal penal. Esgotado o prazo sem que a questão prejudicial tenha sido resolvida, ou se a acção não tiver sido proposta no prazo máximo de um mês, a questão é decidida no processo penal”.

⁸ Seguimos esencialmente a José Costa Pimenta, 1989: 196. Este autor también menciona el proceso sumarísimo como una forma de proceso “*altamente concentrada* no tempo” (artículo 392 y siguientes del CPP).

⁹ Wemhoff c. Alemania, no. 2122/64, de 27/06/1968, párrafo. 19 (“El Tribunal estima que debe correr a partir del 9 de noviembre de 1961, fecha en la cual fueron formuladas contra Wemhoff las primeras acusaciones, al mismo tiempo que se ordenó su arresto”).

¹⁰ Ringeisen c. Austria, no. 2614/65, de 16/07/1971, párr. 110 (“El Tribunal comparte la opinión de la Comisión, según la cual la duración de los procedimientos por estafa -la apertura de las investigaciones preliminares tuvo lugar el 21 de febrero de 1963, la decisión final el 24 de abril de 1968- resultaba (...)”).

¹¹ Neumeister c. Austria, no. 1936/63, 27/06/1968, párrafo. 18 (“El período que debe tomarse en consideración para comprobar si se ha cumplido lo dispuesto en el citado texto empieza necesariamente el día en que se acusa a alguien, sin lo cual sería imposible resolver sobre el fundamento de la acusación, interpretando esta palabra en el sentido del Convenio”).

¹² Eckle. c. Alemania, no. 8130/78, de 15/07/1982, párrafo. 76 (“En cuanto al fin del “plazo” en materia penal, el período regulado por el artículo 6, párrafo 1, cubre el total del procedimiento a examen, comprendidos los procedimientos de apelación (...)”).

del CEDH exige el respeto del principio de concentración a lo largo de todo el proceso¹³.

El propósito de este artículo es explicar las características, fundamentos y limitaciones del principio de concentración, en su dimensión temporal y espacial, y plantear una propuesta para ampliarlo a dos dimensiones adicionales —funcional y material—, intentando, siempre que sea posible, un marco a la luz de las normas jurídicas españolas y portuguesas¹⁴.

II. FUNDAMENTOS

La base del principio de concentración temporal se sitúa, inmediatamente, en la protección de la inmediación¹⁵ y, mediatamente, en el descubrimiento de la verdad material. Cuando nos referimos a la protección de la inmediación como medio para el descubrimiento de la verdad material, en lo que respecta a la concentración, queremos decir con ello que las ventajas inherentes a la relación de comunicación estrecha, directa e inmediata entre el juez y la producción de la prueba acaban desvaneciéndose con el paso del tiempo. La falta de concentración temporal no pone en duda el contacto inmediato entre el juez y los medios de prueba. Tampoco el proceso de formación de su percepción y convicción personal sobre la misma, sino que pone en peligro su integridad, plenitud y totalidad.

La dispersión temporal de los actos procesales expone la memoria humana a fenómenos de distorsión o incluso de eliminación¹⁶. Es ilustrativa en este aspecto la propuesta de Ebbinghaus que, a finales del siglo XIX¹⁷, sugiere la existencia de una “curva de olvido”, según la cual el 50% de la información aprehendida se pierde una hora después de su adquisición.

Incluso puede sostenerse, en otro nivel de comprensión, que el principio de concentración temporal y el principio de inmediación desempeñan un papel complementario en el dibujo de la imagen global del hecho y su

¹³ Relevante en este sentido, María Pesqueira Zamora (2015, 45 y ss.).

¹⁴ Puntualmente mencionaremos otros sistemas jurídicos, pertenecientes a la realidad jurídica *lusófona*, cuya inspiración y matriz está precisamente en el sistema jurídico portugués.

¹⁵ Principio ligado umbilicalmente al principio de oralidad, aunque autónomo.

¹⁶ Como se afirma en la sentencia del TSJ de 06/02/2008, caso no. 07P4374, “(...) todo o processo aquisitivo da informação em que se consubstancia a produção de prova como relação directa e imediata entre o meio de prova e o julgador perde definição e esbate-se com o distanciamento temporal. Deixa de ter sentido a afirmação de uma imediação no plano jurídico quando tal imediação é negada pela neurofisiologia e pelos mecanismos da memória”.

¹⁷ Hermann Ebbinghaus (1885). Se pueden encontrar estudios posteriores en Joyce Lacy y Craig Stark (2013) y Jaap Murre y Joeri Dros (2015).

impresión en la memoria del juez¹⁸. La intermediación “torna possível, na apreciação das provas, a formação de um juízo insubstituível sobre a credibilidade da prova; das razões que se podem observar, no exame directo da prova, para acreditar, ou não acreditar, na mesma”¹⁹, mientras que la proximidad en el tiempo entre el momento en que se adquiere la prueba y el momento en que se adopta la decisión contribuye a que se conserve, “com nitidez, na memória os elementos que (...) tenham impressionado [o julgador] na recepção da prova, fruto de sua observação pessoal sujeita a desaparecer com o passar do tempo”²⁰. En términos sencillos, si la intermediación permite al juez formarse un juicio más eficaz sobre la credibilidad de las pruebas, dada la forma y el contexto en que se producen, la concentración temporal contribuye a que la claridad y la definición de este juicio permanezcan hasta el momento en que el juez tiene que tomar una posición sobre la causa penal.

El recuerdo de la información no verbal que indica la mayor credibilidad de una prueba sobre otra es una tarea que biológicamente se hace difícil o imposible con una extensión temporal excesiva.

En esencia, la razón que subyace a la afirmación del principio de concentración, en su dimensión temporal, es la de evitar la “interrupção da produção de prova repetidas vezes ou por períodos longos, pois ela torna impossível a captação de uma imagem global dos meios de prova e a formulação de um juízo concatenado sobre toda a prova” (Albuquerque 2011, 850). En una formulación más general del fundamento del principio de concentración, puede decirse que este principio está “fundado pela necessidade de que se não suscitem obstáculos ou impedimentos ao exercício do processo” (Figueiredo Dias 2004, 183).

Si ampliamos nuestro horizonte interpretativo a todo el proceso penal, y no sólo al juicio oral, deberíamos considerar también, como fundamentos del principio de concentración, la protección de los derechos fundamentales (imputado, asistente, víctima y perjudicado) y la necesidad de aplicar los requisitos preventivos²¹.

¹⁸ Figueiredo Dias (2004, 184), siguiendo la estela de Eduardo Correia, sostiene que el principio de concentración es un corolario de los principios de oralidad e intermediación.

¹⁹ Cf. Sentencia del TSJ de 19/12/2007, Caso no. 07P4203.

²⁰ Cf. Sentencia del TSJ de 29/10/2008, Caso no. 07P4822.

²¹ José Costa Pimenta (1989, 192) defiende la existencia de cinco fundamentos del principio de concentración temporal: los intereses del imputado (preferencia por un proceso penal rápido, salvo que una excesiva celeridad procesal ponga en riesgo sus derechos, garantías e intereses), los intereses del perjudicado (resarcimiento de los daños sufridos lo antes posible), los intereses de la prevención penal (fines preventivos), los intereses del sistema (evitar una justicia lenta y,

María Pesqueira Zamora prefiere señalar dos categorías de fundamentos del principio de concentración temporal: eficacia de la prueba producida ante el juez y eficacia temporal del proceso²². En la primera categoría, destaca la “oralidade del sistema de enjuiciamiento que favorece (...) la celebración del acto de juicio de forma concentrada, es decir, en el menor número de sesiones, a fin de obtener una imagen unitaria de la prueba practicada en el mismo” (Pesqueira Zamora 2015, 44). Junto a este fundamento, destaca también que está en “juego el plazo razonable, conectado por un lado, con el derecho de todo ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas y, por el otro, con el principio de celeridad del proceso y la economía procesal” (Pesqueira Zamora 2015, 44).

El principio de concentración no se agota en su aspecto temporal²³. Una dimensión espacial de la misma ha sido señalada por alguna doctrina²⁴. Los motivos aducidos son la protección de la imparcialidad, la transparencia y la dignidad del sistema de justicia penal²⁵, por un lado, y su instrumentación en relación con el principio de publicidad²⁶, por otro. Como veremos a continuación, esta dimensión de la concentración debe interpretarse también en relación con el principio de intermediación²⁷.

III. CONCENTRACIÓN TEMPORAL

Los legisladores portugueses y españoles han adoptado el principio de concentración principalmente en la perspectiva de la concentración temporal, sobre todo en lo que respecta al juicio oral. Es la afirmación de un seguimiento procesal temporalmente continuo y unitario de los actos procesales o, en palabras de María Pesqueira Zamora, de lo que trata el principio de concentración es de “reunir los diversos actos del proceso en un

por tanto, desprestigiada) y la exigencia del principio de intermediación (concentración temporal al servicio del principio de intermediación).

²² María Pesqueira Zamora (2015, 44 y ss.).

²³ Por el contrario, Germano Marques da Silva (2010, 105), Paulo Pinto Albuquerque (2011, 59) y Paolo Tonini (2012, 639).

²⁴ Figueiredo Dias (2004, 183), José Costa Pimenta (1989, 192) y Maria João Antunes (2018, 190).

²⁵ Como dice de forma impresionante José Costa Pimenta, “toda a gente pode compreender como seria inaceitável o Ministério Público ou o juiz, por exemplo, procederem ao interrogatório do arguido, no café da esquina, entre duas cervejas” (1989, 200).

²⁶ José Costa Pimenta aclara que “a realização em *sede própria* visa igualmente possibilitar a *assistência* de pessoas estranhas, garantindo assim o *princípio da publicidade*, constitucionalmente consagrado (artigo 209.º da Constituição)” (1989, 200).

²⁷ Dejaremos las consideraciones sobre otras dimensiones o modalidades de concentración para las secciones dedicadas a ellas.

lapso de tiempo lo más corto posible, contribuyendo así, en la brevedad de los pleitos” (Pesqueira Zamora 2015, 35-36), principio que, según la autora, “opera con toda su fuerza en el juicio oral” (Pesqueira Zamora 2015, 36).

El artículo 744 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) consagra precisamente esta idea. Afirma que “[a]bierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión”. No es el único artículo que se refiere a la continuidad del proceso²⁸, pero probablemente sea el más importante, aunque sólo sea porque describe cómo debe desarrollarse el juicio oral, una de las fases más relevantes, si no la más relevante, del proceso penal²⁹.

En el CPP, a su vez, existe una disposición idéntica relativa al juicio oral³⁰. Bajo el título de “Continuidad de la audiencia”, el artículo 328 del CPP establece que el juicio se desarrolla de forma continua hasta su clausura³². Esta regla sufre algunas limitaciones debido a las interrupciones y aplazamientos, pero la idea es la continuidad del proceso, desde el principio hasta el final del juicio oral.

Esta solución normativa portuguesa acabó influyendo en otros sistemas jurídicos con un bagaje jurídico y cultural similar, que adoptaron normas parecidas, aunque a veces la terminología no sea absolutamente coincidente³³.

3.1. Interrupción

La regla de continuidad temporal no es absoluta.

²⁸ Véanse, por ejemplo, los artículos 156 y 205 de la LECrim.

²⁹ En palabras de María Pesqueira Zamora “[el juicio oral es] la pieza clave del proceso penal puesto que todo debe probarse en él, nada está acreditado fuera de él y, toda la actividad que en él se despliega habrá de responder a esos principios cuya vulneración acarreará, sin duda, la nulidad de todo lo actuado” (2015:29).

³⁰ En realidad, como ya se ha dicho, también el “debate instrutório” (artículo 304, no. 1) debe tener lugar sin interrupciones, siguiendo, en esencia, el régimen previsto para el juicio oral, en lo que se refiere a la concentración temporal. Más concretamente, el “debate instrutório” debe ser continuo, aunque se admiten “as interrupções estritamente necessárias, em especial para alimentação e repouso dos participantes” (artículo 328, no. 2, *ex vi* artículo 304, no. 1 del CPP).

³¹ Nos referimos en particular al juicio oral en el procedimiento ordinario. Los procedimientos especiales sumarios y abreviados siguen, salvo pequeños cambios, las mismas reglas que los procedimientos ordinarios en este sentido. En este sentido, véanse los artículos 386, 387 y 391-E del CPP.

³² También es relevante el apartado 1 del artículo 365 del CPP.

³³ En Angola, en los artículos 366, 367 y 368 del CPP; en Brasil, en los artículos 400 y 411 del CPP; en Cabo Verde, en el artículo 356 del CPP; en Guinea Bissau, en el artículo 226 del CPP; en Mozambique, en el artículo 373 del CPP; en la RAE de Macao, en el artículo 309 del CPP; en Santo Tomé y Príncipe, en el artículo 303 del CPP; en Timor Oriental, en el artículo 250 del CPP.

En el caso de la ley portuguesa, la exigencia de la continuidad del juicio oral sufre excepciones que pueden denominarse interrupciones o aplazamientos, que tienen diferentes motivos, naturaleza y duración.

Las interrupciones son breves pausas en el curso del proceso y sirven principalmente para satisfacer necesidades humanas como el descanso y la alimentación, o para restablecer el orden público o prestar asistencia médica.

Dependiendo del motivo y del momento en que se produzca la interrupción, el juicio oral se reanuda el mismo día o el siguiente día hábil. Consideremos un escenario en el que el juicio oral comenzara por la mañana. Si el juicio oral no finaliza en esa misma mañana, habrá una interrupción para que los intervinientes puedan almorzar y el juicio oral continuará, si es posible, por la tarde del mismo día.

Pero hay otros motivos que pueden justificar una interrupción del juicio oral: ausencia o imposibilidad de participación de una persona, cuya presencia es indispensable y que no puede ser sustituida inmediatamente; necesidad de aportación de medios de prueba no disponibles en ese momento; resolución de una cuestión prejudicial, previa o incidental, que es conveniente que tenga lugar antes de continuar con el juicio oral; elaboración de un informe social o información de los servicios de reinserción social (artículo 328, no. 3 del CPP).

Una vez que haya cesado la interrupción, el juicio oral se reanudará a partir del último acto procesal realizado sin poner en duda la validez de los actos procesales realizados hasta entonces.

3.2. Aplazamiento

Además de la interrupción, el CPP prevé la figura del aplazamiento. Esta última se encuentra en una relación de subsidiariedad con respecto a la primera. Si la mera interrupción no es suficiente para superar el obstáculo a la continuidad del juicio oral, el juez puede recurrir al aplazamiento. Dado que la interrupción es temporalmente menos perturbadora que el aplazamiento, debería utilizarse preferentemente en lugar del aplazamiento. Con la primera figura —la interrupción— se protege mejor el principio de inmediación y todas las ventajas que generalmente le señalamos. Sin embargo, esto no siempre es suficiente y, cuando se justifica, el juez puede optar por el aplazamiento.

El aplazamiento del juicio oral no puede ser *sine die*³⁴. El juez —que decide el aplazamiento mediante un auto motivado y notificado a los sujetos procesales— determina una fecha para la reanudación del juicio oral. Esta fecha no debe superar los 30 días³⁵.

Dado que todas las declaraciones, solicitudes, aclaraciones, promociones, órdenes y presentaciones orales se documentan en formato audio o audiovisual (artículo 364, números 1 y 2), bajo pena de nulidad, el legislador portugués no asignó el efecto de pérdida de eficacia de las pruebas producidas cuando el aplazamiento supera los 30 días. En otras palabras, aunque el artículo 328, no. 6, establece que “[o] adiamento não pode exceder 30 dias”, no se prevé ninguna consecuencia por el incumplimiento de este mandato normativo³⁶.

No siempre ha sido así. En la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2015, de 14 de abril, que actualizó por última vez el artículo 328, el número 6 incluía no sólo la prohibición de un aplazamiento de más de 30 días, sino también, y sobre todo, la imposición de la pérdida de eficacia de

³⁴ Paulo Albuquerque (2011, 851).

³⁵ En los sistemas jurídicos *lusófonos*, la regla es que el período máximo de aplazamiento es de 30 o 60 días. El artículo 368 del Código Penal angoleño contempla dos plazos: 30 y 60 días. Si el juicio oral se aplaza más de 30 días, el juez puede ordenar la repetición de los actos procesales orales no grabado en medios audiovisuales. El aplazamiento de más de 60 días supondrá la pérdida de eficacia de las pruebas ya producidas y la necesidad de repetir las, cuando no se hayan registrado. Mientras que en Brasil no existe ninguna disposición expresa en el CPP en este ámbito, en Cabo Verde se decidió establecer un plazo máximo de 30 días tras el cual las pruebas presentadas pierden eficacia (artículo 356 del CPP). La misma solución se encuentra en el Código de Proceso Penal de Guinea-Bissau, Mozambique y Timor Oriental (artículo 226, n° 4, artículo 373, n° 6 y artículo 250, n° 5, respectivamente). El artículo 303 del CPP de Santo Tomé y Príncipe, que trata del principio de concentración temporal, no impone límites temporales al aplazamiento del juicio oral. Sin embargo, el apartado 6 del artículo 308 establece que, si el juicio oral debe aplazarse por razones graves, debe continuarse lo antes posible. Si transcurren más de 30 días entre las sesiones, las pruebas producidas caducan a menos que se hayan registrado o reducido por escrito. Por último, una mención al CPP de la RAE de Macao, donde se encuentra una solución ligeramente diferente. Si el aplazamiento no supera los 5 días, el juicio oral se reanudará desde el último acto procesal, y las pruebas producidas hasta entonces seguirán siendo perfectamente válidas (artículo 309, n° 4 del CPP). Si el aplazamiento es de entre 6 y 60 días, el tribunal puede decidir repetir la prueba (artículo 309, n° 5 del CPP). Si hay un aplazamiento de más de 60 días, es necesario repetir la prueba, ya que se pierde la eficacia de la ya producida (artículo 309, n° 6 del CPP).

³⁶ Sólo se prevé que “[s]e não for possível retomar a audiência neste prazo, por impedimento do tribunal ou por impedimento dos defensores constituídos em consequência de outro serviço judicial já marcado de natureza urgente e com prioridade sobre a audiência em curso, deve o respetivo motivo ficar consignado em ata, identificando-se expressamente a diligência e o processo a que respeita” (artículo 328, párrafo 6 del CPP).

la prueba producida cuando no se reanudara el juicio oral en el plazo de 30 días.

La amplitud de la consecuencia prevista en el artículo 328, no. 6, en su redacción anterior, planteaba, sin embargo, algunas dudas. ¿Habría que volver a presentar todas las pruebas o sólo aquellas que, por su naturaleza intrínseca, fueran más permeables al paso del tiempo y, en consecuencia, más susceptibles de poner en duda el principio de inmediación?

La doctrina entendía que no todas las pruebas perdían eficacia. Las pruebas testificales, las declaraciones del acusado, del asistente y de las partes civiles, prestadas oralmente durante el juicio oral, tendrían que repetirse, bajo pena de nulidad³⁷, mientras que el debate y el examen de los medios de prueba y de obtención de pruebas, como, por ejemplo, los documentos o las escuchas telefónicas, seguirían siendo efectivos³⁸. La ratio de esta norma era salvaguardar la “oralidade e imediação da prova, que necessariamente tem de estar presente na memória dos julgadores”³⁹, de modo que no hubiera que repetir las pruebas que no fueran tan volátiles o permeables al paso del tiempo.

El Tribunal Supremo de Justicia portugués (TSJ) se pronunció a través de la decisión de establecimiento de jurisprudencia no. 11/2008⁴⁰. En concreto, se sostuvo que el aplazamiento del juicio oral por un periodo superior a 30 días implica la pérdida de eficacia de las pruebas practicadas con sujeción al principio de inmediación, aunque se haya documentado⁴¹.

La reforma de 2015, a través de la Ley no. 27/2015, de 14 de abril, supuso un punto de inflexión en esta materia, operada de la mano del legislador. En el proyecto de ley que originó la referida reforma⁴², se lee que

“sendo hoje em dia obrigatória a documentação da prova, sob pena de nulidade (artigo 363.º do Código de Processo Penal), considera-se que está assegurada por essa via (...) a fidelidade por parte do Tribunal de 1.ª Ins-

³⁷ Véase la decisión del TRE del 12/09/2006, caso no. 984/06-1.

³⁸ Paulo Albuquerque (2011, 852).

³⁹ Cf. Sentencia del TSJ de 06/02/2008, caso no. 07P4374.

⁴⁰ Caso no. 4822/07-3.

⁴¹ No ha prevalecido el entendimiento del Ministerio Fiscal en las alegaciones presentadas en la misma sentencia de que “se as declarações prestadas oralmente em audiência se encontrarem documentadas através de gravação magnetofónica ou áudio-visual, ou de outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral daquelas, mostrando-se, por isso, ultrapassados os receios de um eventual risco de impossibilidade de apreciação unitária da prova, e caso a audiência não possa vir a ser retomada no prazo de 30 dias, não perde eficácia a produção da prova já realizada”.

⁴² Propuesta de ley no. 263/XII.

tância à prova produzida em audiência, porquanto este poderá colmatar os naturais limites da memória humana e das próprias notas pessoais tomadas sobre a produção de prova, recorrendo à audição ou visualização das respectivas gravações magneto fónicas ou audiovisuais.

No contexto tecnológico atual, a sanção legalmente prevista —perda da eficácia da prova pela ultrapassagem do prazo legal de 30 dias para a continuação da audiência de julgamento— antolha-se desajustada, sendo certo que se considera que a eliminação desta sanção não contende com a manutenção plena dos princípios da concentração da audiência e da imediação”.

A la vista de este cambio en el artículo 328 del CPP, ya no es pertinente, al menos en parte, la afirmación de la citada decisión de establecimiento de jurisprudencia de que el legislador “ao fixar o prazo de 30 dias como limite inultrapassável certamente que se fundamentou na contribuição da ciência na definição do espaço temporal dentro do qual permanecem as percepções pessoais que fundamentam a atribuição de credibilidade a um determinado meio de prova”⁴³. El plazo de 30 días como límite máximo para el aplazamiento del juicio oral sigue fijado en el artículo 328, no. 6, y, en esa medida, la aportación científica para el establecimiento de un plazo procesalmente relevante es perfectamente actual. Sin embargo, al suprimir la pérdida de eficacia como consecuencia del incumplimiento de este plazo, el legislador portugués ha debilitado su carácter impositivo.

El argumento de las ganancias en términos de celeridad procesal resultantes del mantenimiento de la eficacia de las pruebas producidas no ha convencido a los juristas portugueses, en particular a Maria João Antunes, para quien “o regime atual, ao permitir sempre a continuação da audiência, não prevendo que a prova já produzida possa perder eficácia, parece fazer tábua rasa do entendimento de que só a concentração temporal permite acautelar as vantagens decorrentes de uma relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os sujeitos e participantes processuais. O que não é ultrapassável, do nosso ponto de vista, pela obrigatoriedade da documentação das declarações prestadas oralmente na audiência (artigo 263º do CPP)” (Antunes 2018, 192).

⁴³ Cf. Sentencia del TSJ de 06/02/2008, caso no. 07P4374.

3.3. La ley española

El régimen jurídico español no difiere sustancialmente del portugués. La regla general está recogida en el artículo 744 de la LECrim, que permite la suspensión del juicio oral en los siguientes casos: las partes no dispongan al inicio de las sesiones, por causas ajenas a su voluntad, de las pruebas que han propuesto en sus escritos (artículo 745); la resolución de cuestiones incidentales (artículo 746, no. 1); la práctica de actos en un lugar distinto de las sesiones (artículo 746, no. 2); la ausencia de testigos cuya participación se considere imprescindible por el tribunal (artículo 746, no. 3)⁴⁴; la enfermedad repentina de algún individuo del Tribunal, del fiscal o del defensor de cualquiera de las partes (artículo 746, no. 4); enfermedad repentina e incapacitante de los procesados (artículo 746, no. 5); alteración sustancial de los hechos, de tal manera que requiera la presentación de nuevos elementos de prueba o sumaria instrucción suplementaria (artículo 746, no. 6).

El auto de suspensión debe también, si es posible, fijar la duración de la misma y las condiciones necesarias para que el juicio oral continúe. Cuando el motivo de la suspensión ya no existe, el juicio oral debe continuar desde el último acto procesal realizado.

También es importante mencionar que el significado que atribuimos en el CPP al concepto de interrupción del juicio oral, en los términos del artículo 328, no debe confundirse con la figura de la interrupción a la que se refiere parte de la doctrina española. Los autores españoles hacen una distinción teórico-procesal entre la suspensión del juicio oral y la interrupción. Tienen en común el efecto de la paralización de los procedimientos, pero se distinguen por criterios como su causa, su duración o sus consecuencias. Por suspensión del juicio oral entienden “una suspensión momentánea o temporal en cuanto a su duración, debido a la concurrencia de un obstáculo que impide la continuación del acto procesal, pero que superado éste, el proceso sigue su curso, mediante su reanudación” (Pesqueira Zamora 2015, 266) y “los actos efectuados hasta el momento de la paralización conservan su validez” (Pesqueira Zamora 2015, 266). La interrupción, por lo contrario, “no es de carácter breve, dado que puede prolongarse indefinidamente y, además, no es posible la reanudación del juicio desde el momento en que se paralizó, sino que es necesario un nuevo plenario, motivo por el que quedan invalidados los actos realizados con anterioridad a la suspensión del jui-

⁴⁴ Pero en este caso el Tribunal puede cambiar el orden de presentación de las pruebas, dejando para el final los testigos ausentes, así continuando el juicio.

cio oral” (Pesqueira Zamora 2015, 266). *Apodícticamente*, Gómez Colomer (1986, 871) señala que en la “suspensión del proceso [al contrario de lo que ocurre en la interrupción], los actos procesales realizados con anterioridad conservan toda su validez”.

IV. CONCENTRACIÓN ESPACIAL

El principio de concentración espacial, también conocido como principio de localización⁴⁵, vinculado al principio de intermediación y oralidad, implica que el juicio oral se celebre en un lugar adecuado a la solemnidad de los actos procesales que se van a realizar. Por lo tanto, en lo que respecta a el juicio oral, éste se desarrolla íntegramente en la sala de vistas⁴⁶, y en ella aparecen los actores procesales⁴⁷. La misma idea se aplica a los otros actos procesales, a saber, el “debate instrutório”.

Una desviación al principio de concentración espacial ocurre siempre que “os actos e diligências *começam e acabam em lugares diferentes* ou, na ausência de excepção, são realizados por inteiro *fora da sua sede legal, natural e adequada*” (Pimenta 1989, 202)⁴⁸.

La determinación de los lugares de ubicación de los tribunales judiciales (Tribunal Supremo de Justicia, tribunales de apelación y tribunales de primera instancia) se realiza mediante los dictámenes de la Ley de Organización del Sistema Judicial (Ley no. 62/2013, de 26 de agosto-LOSJ). El Tribunal Supremo de Justicia tiene su sede en Lisboa (artículo 45 de la LOSJ y artículo 4, no. 1, del Régimen aplicable a la organización y funcionamiento de los tribunales judiciales, Decreto-Ley no. 49/2014, de 27 de marzo -ROFTJ). Los tribunales de apelación están instalados en cinco municipios (Coimbra, Évora, Guimarães, Oporto y Lisboa⁴⁹) y son conocidos precisamente por el nombre del municipio en el que se encuentran (artículo 67, no. 1 de la LOSJ). Los tribunales de primera instancia pueden ser tribunales de

⁴⁵ Figueiredo Dias (2004, 183) y José Costa Pimenta (1989, 192).

⁴⁶ Maria João Antunes (2018: 190).

⁴⁷ El acta de del juicio oral indicará el lugar, la fecha y la hora de apertura y cierre de la misma y de las sesiones que la componen (artículo 362, no. 1, al. a) del CPP). Todos los actos procesales que se hayan realizado por escrito deben mencionar el lugar en el que se han llevado a cabo (artículo 94, no. 6 del CPP).

⁴⁸ El autor señala como un caso flagrante de violación del principio de concentración espacial “as audiências realizadas nos *corredores* dos tribunais ou nos *gabinetes* dos magistrados”.

⁴⁹ Véase el anexo I de la LOSJ.

comarca⁵⁰ o tribunales de jurisdicción territorial ampliada^{51/52} (tribunal de propiedad intelectual; tribunal de competencia, regulación y supervisión; tribunal marítimo; tribunal de ejecución de las penas; tribunal central de instrucción criminal⁵³). El territorio portugués está dividido en 23 comarcas⁵⁴, donde se distribuyen los tribunales de comarca⁵⁵.

Conocer con exactitud la posición que ocupa cada uno de los actores procesales en la sala es una cuestión de importancia relativa, que no entra en conflicto con el núcleo esencial del principio de concentración espacial. Para la continuidad y la unidad espacial del proceso penal, la tipología de la sala del juicio oral o “teia”⁵⁶ no es relevante. No pretendemos con esta afirmación dar una idea de disminución en relación con este tema, sino sólo subrayar que, aunque constituya una manifestación significativa del modelo de proceso penal vigente en un lugar determinado, no es decisiva para la afirmación del principio de concentración espacial.

4.1. Excepciones

El juicio oral, así como los trámites procesales ordenados en ella, deben tener lugar, a la luz del principio de concentración espacial, en un único espacio, en su sede natural, es decir, la sala de juicios orales de los tribunales judiciales. Sin embargo, es admisible que se celebre fuera de su sede natural, por razones ligadas al interés de la justicia u otras circunstancias de peso⁵⁷, por ejemplo, cuando hay un elevado número de acusados y asistentes y las salas disponibles en el tribunal no son lo suficientemente grandes.

⁵⁰ Véase el artículo 79 y siguientes de la LOSJ y los artículos 64, 66 y siguientes del ROFTJ.

⁵¹ Véase el artículo 111 y siguientes de la LOSJ y el artículo 65 del ROFTJ.

⁵² Véase el artículo 33, no. 1 de la LOSJ.

⁵³ Véase el apartado 3 del artículo 83 y el anexo III de la LOSJ y el artículo 65 del ROFTJ.

⁵⁴ Véase el apartado 2 del artículo 33 y el anexo II de la LOSJ.

⁵⁵ En el espacio *lusófono*, resulta especialmente interesante el artículo 366 del CPP angoleño, titulado “Continuidad y concentración de la audiencia”, que establece en sus apartados 2 y 3 que el juicio oral tiene lugar en la sala del tribunal competente, pero que, excepcionalmente, el juez puede trasladar el juicio oral a otro lugar, concretamente cuando haya un elevado número de acusados y otros participantes en el proceso.

⁵⁶ El Estatuto Judicial de 1962 (Decreto-Ley 44278 de 14 de abril), derogado desde entonces, establecía que “[n]os tribunais de 1.ª instância, à direita dos juizes e em lugar separado toma assento o representante do Ministério Público; a seguir a este, têm assento os advogados, os assistentes técnicos e, depois, os solicitadores “ (artículo 100, no. 1), “[e]m frente da tribuna dos juizes tomam lugar os funcionários da secretaria (artículo 100, no. 2) y “[n]a teia ou recinto reservado para o tribunal tomam também lugar os intervenientes no acto judicial a realizar e ainda as pessoas cujo ingresso presidência autorize” (artículo 101). Sobre este tema, véase Figueiredo Dias (2004, 184 y ss.).

⁵⁷ Cf. artículo 82, párrafo 2, LOSJ.

Otras excepciones al principio de concentración espacial se encuentran en los siguientes preceptos: la *translactio iudicii* por obstrucción al ejercicio de la jurisdicción (artículo 37 del CPP), la reconstrucción del hecho (artículo 150 del CPP), el examen *in situ* (artículo 354 del CPP), la toma de declaraciones a residentes fuera del distrito (artículo 275.º-A del CPP), la toma de declaraciones a residentes fuera del municipio (artículo 318 del CPP) y la toma de declaraciones a domicilio (artículo 319 del CPP)⁵⁸.

También será posible realizar trámites procesales en los municipios en los que no haya un tribunal, siempre que el Ministerio de Justicia, tras consultar al Consejo Superior Judicial y al Consejo Superior del Ministerio Fiscal, indique mediante decreto: “a) Instalações adequadas, designadamente edifícios públicos, em que se podem realizar atos judiciais, julgamentos criminais da competência de juiz singular e audiências de julgamento de processos de natureza cível da competência dos juízos locais cíveis ou dos juízos de competência genérica;

b) A instalação, em espaços afetos a serviços da justiça ou a outros serviços públicos, de equipamentos tecnológicos que permitam a comunicação, por meio visual e sonoro, em tempo real, com vista à realização de inquirições ou outras diligências processuais, sempre que o magistrado considere que a utilização daquele meio não prejudica a genuinidade da produção e da assunção da prova e que as acessibilidades dificultam o acesso dos cidadãos residentes nesse município ao tribunal ou juízo da causa”⁵⁹.

4.2. La ley española

Como es de suponer, el ordenamiento jurídico español también establece la regla de que el poder judicial se ejerce en las sedes de los órganos jurisdiccionales. Es en estos lugares donde, en virtud del artículo 268, no. 1, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se llevan a cabo las actuaciones judiciales, aunque, al igual que en Portugal, se permite excepcionalmente que tengan lugar fuera de esos lugares. Así, por razones de buena administración de justicia, los juzgados y tribunales pueden constituirse en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción.

El artículo 269 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, especifica dos casos en los que la buena administración de justicia puede justificar una desviación del principio de concentración espacial: la

⁵⁸ Excepciones al principio de concentración espacial, que se contempla aquí en relación con todo el proceso penal. Muy cerca de nuestro entendimiento, José Costa Pimenta (1989, 201).

⁵⁹ Véase el artículo 82.º-A de la LOSJ.

constitución de Juzgados y las Secciones o Salas de los Tribunales o Audiencias, a petición de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, en una población distinta a la de su sede (no. 1); la constitución de los jueces de lo penal, a iniciativa de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, en las poblaciones de la sede de los Juzgados que hayan instruido las causas que les compite conocer (no. 2).

Otras excepciones al principio de concentración espacial se encuentran en la LECrim: declaraciones de miembros de la familia real que no sean el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe heredero o los Regentes del Reino (artículo 411 y 412)⁶⁰; declaraciones de agentes diplomáticos acreditados en España, sus familiares, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas (artículo 411 y 415); declaraciones de quienes ejercen o han ejercido las funciones de Presidente del Gobierno, miembro del Gobierno, Presidente del Congreso de los Diputados y del Senado, Presidente del Tribunal Constitucional, Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Fiscal General del Estado o Presidente de Comunidad Autónoma (artículo 412, no. 2, 3 y 4, y 413)⁶¹; declaraciones de Diputados o Senadores, Magistrados del Tribunal Constitucional y de Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Defensor del Pueblo, Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración, Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Presidente y Consejeros Permanentes del Consejo de Estado, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, Secretarios de Estado, Subsecretarios y asimilados, Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, Gobernadores civiles y Delegados de Hacienda (artículo 412, no. 5 y 413)⁶²; declaraciones de miembros de las Oficinas Consulares (artículo 412, no. 7 y 415); declaración de testigo físicamente impedido de acudir al llamamiento judicial (artículo 419); declaración de testigo residente fuera del partido o término municipal (artículo 422 y 423); declaración de testigo residente en el extranjero (artículo 424); toma de declaraciones en el lugar de los hechos (artículo 438), toma de declaraciones en el domicilio del

⁶⁰ No obstante, véanse las normas aplicables durante el juicio oral, en particular el artículo 702 de la LECrim.

⁶¹ Cf. artículo 702 y 703 de la LECrim.

⁶² Cf. artículo 702 y 703 de la LECrim.

testigo (artículo 718)⁶³; reconocimiento fuera de la sala de audiencias (artículo 720 y 725, *a contrario*); prueba de inspección ocular (artículo 727)⁶⁴.

V. CONCENTRACIÓN FUNCIONAL

Una tercera dimensión del principio de concentración, que no vemos reflejada en la ya escasa doctrina sobre el principio de concentración en general, es la concentración funcional.

El principio de concentración funcional o principio de plenitud tiene su máximo exponente en los modelos procesales penales inquisitoriales. Como el juez es simultáneamente la entidad que investiga, acusa y juzga, el proceso es necesariamente más rápido. Pero esto es a costa de los derechos fundamentales del acusado, ya que éste prácticamente no tiene derechos⁶⁵. Se trata de una concentración funcional excesiva, ilegítima e inaceptable.

Con la afirmación del modelo acusatorio del proceso penal y el principio de la acusación, que exige una separación entre la entidad que investiga y acusa y la que juzga, se descarta ciertamente una aplicación maximalista del principio de concentración funcional. Aun así, es posible encontrar espacio para el principio de concentración funcional en la línea de un proceso penal compatible con un Estado democrático de derecho, siempre que tenga un alcance *intrafásico*.

Lo que diferencia este concepto de concentración funcional del otro es que no se extiende al proceso penal en su conjunto, sino que se compartimenta en cada una de las fases procesales. No se pretende, por tanto, argumentar que todas las funciones del proceso deban confluir en una única entidad, sino que la continuidad procesal en cada una de las fases procesales debe concentrarse subjetivamente.

El artículo 328-A del CPP es una manifestación expresa de este principio. Titulada “El principio de la plena asistencia de los jueces”, la norma establece que “[s]ó podem intervir na sentença os juizes que tenham assistido a todos os atos de instrução e discussão praticados na audiência de julgamento”. La *ratio* de este artículo se entiende fácilmente: el principio de intermediación y oralidad se vería irremediablemente socavado si se permitiera una sustitución irrestricta e infundada de los jueces durante el juicio oral. La convicción que los jueces formen en relación con las pruebas

⁶³ Cf. también artículo 720 de la LECrim.

⁶⁴ Cf. también artículo 326 de la LECrim.

⁶⁵ Germano Marques da Silva (2010, 73) y Maria João Antunes (2018, 20).

aportadas personalmente en el juicio oral sería fragmentaria o atomizada, lo que provocaría graves perjuicios en el momento de redactar la decisión final. Especialmente cuando tendrían que enumerar los medios de prueba que contribuyeron a la formación de su convicción en cuanto al sentido de la decisión. En esencia, la intención del artículo 328.º-A del CPP es que los jueces que participen en la redacción de la decisión final estén en posesión de una imagen global de las pruebas que, posteriormente, y en el menor tiempo posible, se utilizarán en la decisión de condenar o absolver.

Por la propia naturaleza de las cosas, no siempre será posible respetar plenamente el principio de concentración funcional. Si uno de los jueces no puede asistir temporalmente, el juicio oral será interrumpido mientras subsista este impedimento⁶⁶. Si uno de los jueces fallece o sufre un impedimento permanente, el presidente del tribunal promueve su sustitución y, por regla general, no se repiten los actos procesales ya realizados (artículo 328-A, párrafo 2, del CPP).

Creemos que, en este último caso, la regla debería ser la inversa, es decir, la repetición de actos procesales, salvo que, por su naturaleza y relevancia, su repetición no sea específicamente justificada. Sin embargo, esta no es la opción del legislador portugués: tanto si el impedimento es temporal como si es permanente/fallecimiento, la regla es no repetir los actos procesales (artículo 328-A, nº 6 del CPP). Excepcionalmente, el juez puede decidir que se repitan, teniendo en cuenta factores “como o número de sessões já realizadas, o número de testemunhas já inquiridas, a possibilidade de repetição da prova já produzida, a data da prática dos factos e a natureza dos crimes em causa” (artículo 328-A, no. 7 del CPP).

Estamos, pues, de acuerdo con Gómez Colomer (1986, 873-874), que, en cuanto a LECrim, entiende que el juez es, en los términos del artículo 749, una persona no reemplazable y, por tanto, si muere, necesariamente pierde eficacia la parte del juicio oral ya transcurrida.

VI. CONCENTRACIÓN MATERIAL-JURISDICCIONAL

Lo que proponemos como cuarta faceta del principio de concentración está relacionado con el requisito de concentrar todas las cuestiones relevantes para la decisión del caso penal en la jurisdicción penal. El proceso penal es, por tanto, el lugar adecuado para resolver cuestiones que, inde-

⁶⁶ A menos que el juez que preside considere imperativo continuar el juicio oral, en cuyo caso promoverá la sustitución del juez impedido (artículo 328-A, no. 3 del CPP).

pendientemente de su naturaleza jurídica —penal o no penal (por ejemplo, civil o administrativa)— son relevantes⁶⁷. En este sentido, el tribunal penal también es competente para resolver cuestiones no penales.

Tradicionalmente, la doctrina se refiere a esta dimensión como principio de suficiencia, otorgándole autonomía dentro del conjunto de principios generales relativos a la persecución procesal, junto al principio de concentración, de investigación y de contradicción. Su base es, una vez más, la evitación de obstáculos para el enjuiciamiento⁶⁸.

Como puede verse, el carácter innovador de nuestra propuesta no será tanto el contenido material del principio, sino su reubicación como manifestación del principio de concentración.

El principio de suficiencia o, en nuestra propuesta, el principio de concentración material-jurisdiccional determina que el “processo penal é promovido independentemente de qualquer outro e nele se resolvem todas as questões que interessarem à decisão da causa” (artículo 7 del CPP). A la luz del ordenamiento jurídico español, “la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación” (artículo 3 de la LECrim).

El sistema jurídico portugués no adopta un sistema de remisión obligatoria de la cuestión prejudicial al tribunal competente. El tribunal penal, por regla general, conoce las cuestiones prejudiciales, lo que se explica por las “exigências de concentração do processo penal no tempo e, por outro, com a certeza de que à resolução penal da questão principal nem sempre aproveitará o tratamento, em sede própria, da questão não penal” (Antunes 2018, 80)⁶⁹. Excepcionalmente, cuando “for necessário julgar qualquer questão não penal que não possa ser convenientemente resolvida no processo penal”, el tribunal penal suspenderá el proceso, durante un determinado periodo, para que la cuestión prejudicial sea enviada al tribunal no penal (artículo 7, no. 2 del CPP).

⁶⁷ Según Maria João Antunes (2018, 80): “[no processo penal] se resolvem, nomeadamente, as denominadas «questões prejudiciais em processo penal», aquelas que constituem um antecedente jurídico-concreto da questão principal, que são autónomas quanto ao objeto e à natureza, podendo dar origem a um processo independente, e que são necessárias à resolução da questão principal de natureza penal”.

⁶⁸ En este sentido, Figueiredo Dias (2004, 164 y 167).

⁶⁹ En el mismo sentido, Figueiredo Dias (2004, 164).

En consecuencia, el régimen portugués puede denominarse mixto⁷⁰, intermedio⁷¹, de devolución opcional⁷², de suficiencia discrecional⁷³ o *per mezo*.

La cuestión prejudicial se devuelve al tribunal competente cuando se cumplen simultáneamente tres requisitos⁷⁴: la autonomía jurídica y la esencialidad de la cuestión prejudicial, la imposibilidad⁷⁵ de que la cuestión prejudicial sea resuelta (adecuadamente) por el tribunal penal⁷⁶, y la posibilidad de que el acusado (y eventualmente el demandado civil) intervenga en el tribunal no penal⁷⁷.

Si se devuelve la cuestión prejudicial, nos encontraremos con una cuestión prejudicial en el sentido propio. Como señala Germano Marques da Silva, las cuestiones prejudiciales en sentido propio son aquellas que, además de tener una prejudicialidad sustantiva, dan lugar a una prejudicialidad procesal, en el sentido exacto de que se juzgan en un proceso diferente⁷⁸.

⁷⁰ Germano Marques da Silva (2010, 132).

⁷¹ Figueiredo Dias (2004, 169).

⁷² Figueiredo Dias (2004, 171).

⁷³ Figueiredo Dias (2004, 171).

⁷⁴ Sentencia pertinente del TRC de 23/05/2012, caso no. 387/08.7TATMR.C1: “ I - Em matéria de devolução de questões prejudiciais para processo não penal, o legislador optou por um regime de discricionariedade juridicamente vinculada.

II - O critério legal que vincula esse poder discricionário assenta cumulativamente nos requisitos da “necessidade” e na “conveniência”, exigindo ainda a autonomia e a anterioridade da questão prejudicial relativamente à questão prejudicada.

a) A “necessidade” reporta-se aos elementos do tipo legal de crime e pressupõe a indispensabilidade de conhecimento da questão dita prejudicial em termos tais que a questão penal não poderá sequer ser decidida sem a prévia decisão da questão prejudicial;

b) A “conveniência” deverá resultar de razões de natureza subjectiva ou processual, como seja a decisão por um tribunal de competência específica ou a utilização de uma determinada tramitação ou forma processual dificilmente compatível com a prevista para o processo penal;

c) A “autonomia” relativamente à questão prejudicada traduz-se em a questão prejudicial poder ser tratada como questão juridicamente autónoma, susceptível de constituir objecto de um processo específico;

d) A sua “anterioridade” relativamente à questão prejudicada significa que a questão prejudicial deve ser pré-existente relativamente ao evento hipoteticamente consubstanciador da responsabilidade criminal (pré-existente do ponto de vista fáctico; a natureza prévia do ponto de vista jurídico, aquilo a que a doutrina chama a antecedência lógico-jurídica, está abrangida na necessidade do conhecimento da questão prévia)”.

⁷⁵ Más concretamente, Paulo Albuquerque, 2011: 69, describe este requisito como la existencia de un impedimento legal o una imposibilidad de hecho para que el tribunal penal decida sobre la cuestión prejudicial por sus propios medios.

⁷⁶ Maria João Antunes (2018, 80) menciona factores como la complejidad y especialidad de la cuestión prejudicial.

⁷⁷ Cf. Paulo Albuquerque (2011, 69).

⁷⁸ Germano Marques da Silva (2010, 133).

Se distinguen de las cuestiones prejudiciales en sentido impropio, porque estas últimas se resuelven en el mismo proceso que la cuestión principal.

Según Figueiredo Dias, la prejudicialidad procesal de una cuestión (o su concepto procesal) implica la existencia de un antecedente jurídico-concreto de la cuestión principal; de una cuestión autónoma en cuanto a su objeto y naturaleza y, por tanto, susceptible de dar lugar a un proceso autónomo; de la necesidad de su resolución para conocer y decidir la cuestión principal⁷⁹.

Los teóricos jurídicos portugueses no están completamente de acuerdo en cuanto al efecto de cosa juzgada de la decisión sobre la cuestión prejudicial, especialmente en el contexto de la interrelación entre las diferentes jurisdicciones. Sistemáticamente, hay cuatro hipótesis abstractas en discusión en relación con la concentración material-jurisdiccional: a) decisión del tribunal penal sobre una cuestión prejudicial penal⁸⁰; b) decisión del tribunal penal sobre una cuestión prejudicial no penal; c) decisión del tribunal no penal sobre una cuestión prejudicial penal; y d) decisión del tribunal no penal sobre una cuestión prejudicial no penal⁸¹.

En cuanto a la primera hipótesis, hay que mencionar desde el principio que no todos los teóricos jurídicos portugueses la perciben como una solución prevista en el artículo 7 del CPP. A modo de ejemplo, Germano Marques da Silva considera que las cuestiones prejudiciales en los procesos penales no se rigen por el artículo 7 del CPP, sino por las normas de competencia por conexión⁸². En consecuencia, o bien el tribunal penal competente para la cuestión prejudicial es también competente, por las normas de conexión (artículo 24 y siguientes del CPP), para juzgar la cuestión prejudicial, hipótesis en la que decide ambas cuestiones, o no lo es. En este caso, la cuestión prejudicial es decidida por un tribunal penal diferente. El autor considera que, en este caso, debe procederse a la suspensión del proceso penal en el que se juzga la cuestión principal, por aplicación analógica del artículo 7, no. 2 del CPP. Sólo cuando esto no es posible o se considera inconveniente, propone la aplicación del principio de suficiencia.

Según el autor, los efectos de la sentencia sobre la cuestión prejudicial sólo se producirán en el proceso en el que se dicte, esto se fuera una cuestión prejudicial en sentido impropio. Una solución diferente se aplica a la resolución de las cuestiones prejudiciales propiamente dichas: el tribunal que

⁷⁹ Figueiredo Dias (2004, 165).

⁸⁰ Más adelante abordaremos la cuestión de la autonomía de esta hipótesis.

⁸¹ Seguimos de cerca el pensamiento y la sistematización trazada por Paulo Albuquerque (2011, 68 y ss.). Véase también Figueiredo Dias (2004, 165-166).

⁸² Germano Marques da Silva (2010, 136).

conozca de la cuestión principal estará vinculado por la resolución dictada por el tribunal que conozca de la cuestión prejudicial⁸³.

Paulo Pinto de Albuquerque tiene una opinión diferente y considera que el artículo 7 del CPP sirve precisamente para salvaguardar las situaciones que no entran en las reglas de la competencia por conexión. Sostiene que el artículo 7, no. 1 del CPP es aplicable y, en esa medida, para evitar sentencias contradictorias y promover la rapidez procesal, el tribunal penal es el encargado de resolver las cuestiones prejudiciales penales. Ejemplifica su opinión con la competencia del tribunal penal, en los procesos por difamación, para valorar la veracidad de las acusaciones formuladas por el acusado, “mesmo que se encontre pendente processo criminal contra o difamado para prova do facto imputado com uma sentença condenatória, ainda que não transitada (...) ou mesmo que se encontre pendente um inquérito movido pelos arguidos por factos criminosos cometidos pelos assistentes” (Albuquerque 2011, 71).

Figueiredo Dias apoya la opinión de que el principio de suficiencia se aplica sin ninguna limitación a las cuestiones prejudiciales en los procesos penales, porque el tribunal penal tiene competencia material para decidir la cuestión prejudicial, aunque dicha competencia no le fuera atribuida por las normas generales de competencia⁸⁴. Llega a la conclusión de que la hipótesis de que el tribunal penal se pronuncie sobre una cuestión prejudicial penal no es una hipótesis que tiene verdadera autonomía en este contexto teórico. Incluso cuando “outras regras ou princípios do processo penal —pense-se, v.g. no princípio do juiz legal ou natural— impeçam que se subtraia a questão prejudicial ao conhecimento do tribunal competente segundo as regras gerais; mas o problema já nada terá então a ver com o que aqui se considera, mesmo que possa em definitivo condicionar a sua solução”⁸⁵.

La decisión del tribunal penal sobre una cuestión prejudicial no penal también provoca desacuerdos entre los teóricos del derecho. Algunos autores consideran que esta decisión no produce efectos de cosa juzgada más allá del proceso penal en el que se decidió, aplicando por analogía, dada la omisión del legislador penal en esta materia, el artículo 92, no. 2 del Cód-

⁸³ Germano Marques da Silva (2010, 137-138).

⁸⁴ Figueiredo Dias (2004, 172).

⁸⁵ Figueiredo Dias (2004, 172).

go de Proceso Civil (CPC)⁸⁶, *ex vi* artículo 4 del CPP⁸⁷. Mientras que otros alegan la existencia de efectos de cosa juzgada fuera del proceso penal en relación con el acusado y lo demandado civil, siempre que hayan intervenido en el proceso penal⁸⁸.

Hay mayor acuerdo en cuanto a los efectos de *res judicata* de una decisión de un tribunal no penal sobre una cuestión prejudicial penal. El apartado 2 del artículo 92 del CPC prevé expresamente que los efectos de la decisión sólo se produzcan en el proceso en el que se dictó⁸⁹. Esta solución puede aplicarse, sin mayores dificultades, de forma análoga a otros procesos no civiles.

Queda por analizar los efectos de la decisión del tribunal no penal sobre una cuestión prejudicial no penal. Como ya se ha dicho, estamos ante una cuestión prejudicial propiamente dicha, usando la terminología propuesta por Germano Marques da Silva, que implica la vinculación del tribunal penal que dio lugar a la devolución de la cuestión prejudicial al tribunal competente. De lo contrario, no tendría sentido. Al remitir la cuestión prejudicial a un tribunal no penal, el tribunal penal reconoció que la cuestión no sería resuelta adecuadamente por él. Es lógico que la solución legal encontrada por el tribunal no penal se imponga en el proceso penal suspendido. Con una limitación que señala la doctrina: el efecto de cosa juzgada de la decisión del tribunal no penal sólo se produce en relación con el proceso penal si el acusado y el demandado civil han tenido la oportunidad de participar en el proceso no penal⁹⁰. Independientemente del ejercicio efectivo de la facultad de intervención en el proceso no penal, su posibilidad será suficiente para que se consideren respetadas las garantías de defensa, presunción de inocencia y contradicción⁹¹.

Una solución materialmente idéntica se propone en aquellos casos en los que la cuestión prejudicial no penal ha sido objeto de una decisión judicial *res judicata*. Germano Marques da Silva aclara que “a decisão será vincu-

⁸⁶ Bajo los términos de los cuales: “1. Se o conhecimento do objeto da ação depender da decisão de uma questão que seja da competência do tribunal criminal ou do tribunal administrativo, pode o juiz sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie.

2. A suspensão fica sem efeito se a ação penal ou a ação administrativa não for exercida dentro de um mês ou se o respetivo processo estiver parado, por negligência das partes, durante o mesmo prazo; neste caso, o juiz da ação decidirá a questão prejudicial, mas a sua decisão não produz efeitos fora do processo em que for proferida”.

⁸⁷ Germano Marques da Silva (2010, 137).

⁸⁸ Paulo Albuquerque (2011, 70).

⁸⁹ Paulo Albuquerque (2011, 71) y Germano Marques da Silva (2010, 137).

⁹⁰ Paulo Albuquerque (2011, 70) y Germano Marques da Silva (2010, 138).

⁹¹ Paulo Albuquerque (2011, 70).

lante para a jurisdição penal nos mesmos termos e com os mesmos limites pelos quais a respectiva lei processual (civil, administrativa, laboral, fiscal, etc.) regula a eficácia do respectivo caso julgado”⁹². Con dos limitaciones: se debe verificar la facultad legal del acusado y del demandado civil para intervenir en el proceso no penal; y si el objeto del proceso no penal no es mixto (penal y no penal)⁹³.

VII. LOS MACROPROCESOS

Unas últimas palabras sobre la realidad de los macroprocesos y hasta qué punto son el resultado de una concentración excesiva.

La respuesta a esta pregunta debe empezar por definir qué es un macroproceso. Esto puede parecer una tarea algo básica, ya que cualquier ciudadano tendrá una noción aproximada de lo que es un macroproceso. Pero no existe una definición unánime al respecto.

El diccionario de la Real Academia Española no registra esta palabra, mientras que los diccionarios de lengua portuguesa concluyen que un macroproceso es un proceso grande, lo que no nos resulta especialmente útil.

Paulo Matta señala dos posibles realidades distintivas de los macroprocesos: la cuantitativa y la cualitativa. Con la realidad cuantitativa se refiere a “uma acção cujos autos e mais documentos escritos é enorme”, mientras que la realidad cualitativa llevaría a la existencia de un macroproceso cuando se trata de “uma acção muito grande considerada a sua dificuldade, complexidade, dificuldade, confusão, enredamento, heterogeneidade, variedade ou obscuridade, seja em termos de matéria de facto que integra, seja na perspectiva do seu enquadramento jurídico”⁹⁴. De las dos realidades, afirma que es la cualitativa la que indica principalmente la presencia de un macroproceso, mientras que la cuantitativa sólo tiene una importancia subsidiaria. Así, sostiene que un macroproceso es, por regla general, un caso especialmente complejo, pero conserva la misma denominación, aunque, sin ser complejo, produzca un “gigantismo dos autos”.

⁹² Germano Marques da Silva (2010, 138).

⁹³ Paulo Albuquerque (2011, 64).

⁹⁴ Paulo Matta (2021, 449-450).

Desde el punto de vista jurídico, el CPP sólo tiene una aproximación a lo que puede considerarse un macroproceso. El artículo 215, que trata de los plazos máximos de la prisión provisional, establece que éstos deben aumentarse cuando se investigue alguno de los delitos que en él se enumeran (por ejemplo, terrorismo, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación) y el caso sea especialmente complejo por el número de procesados o ofendidos o porque el delito cometido tenga un carácter altamente organizado.

En nuestra opinión, es correcto caracterizar un macroproceso en torno a cinco ejes: complejidad, volumen, duración y cobertura mediática. Para que se trate de un verdadero macroproceso, debe existir al menos la complejidad o el volumen del caso.

El instituto de la conexión de procesos o delitos no es indiferente a la aparición de un número importante de macroprocesos. Ya sea porque un solo autor comete varios delitos (conexión subjetiva) —con una sola conducta o relacionados entre sí— o porque varios autores participan en la comisión de un delito o delitos relacionados entre sí (conexión objetiva), aplicando las reglas de la conexión procesal, se produce una concentración procesal: una sola causa que debe ser juzgada por un solo tribunal. La razón principal de esta solución es promover la economía procesal, por ejemplo, para evitar que los testigos sean llamados a declarar en varios procesos sobre hechos que forman parte de la misma situación. La producción de pruebas y el descubrimiento de la verdad material, en la medida en que permite al juez tener una visión general de los hechos, son argumentos importantes a favor de la conexión procesal.

Sin embargo, la conexión procesal puede favorecer, en determinadas situaciones, la aparición de macroprocesos, bien por la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho a resolver, bien por la creación de expedientes con varios miles de documentos, innumerables testigos, recursos y otros actos procesales. El descubrimiento de la verdad material y la realización de la justicia ficen en cuestión, debido a los enormes retrasos causados y al agotamiento de los plazos de prescripción. Así como el propio principio de concentración espacial, cuando es necesario asegurar la presencia de un gran número de testigos, ofendidos y procesados.

Por lo tanto, la conexión de los delitos no siempre es deseable. El artículo 30 del CPP ordena la separación total o parcial de las causas conexas cuando, por ejemplo, la conexión afecta grave y desproporcionadamente a los derechos del investigado o supone un riesgo para la impartición oportuna de la justicia o para la pretensión punitiva del Estado. El artículo 17 de la LE-

Crim ofrece una solución similar, descartando la conexión procesal cuando conlleva una excesiva complejidad o retraso en el proceso (la regla es, de hecho, la separación de los delitos⁹⁵).

En definitiva, la separación de delitos puede ser aconsejable, sobre todo porque, como señala Euclides Dâmaso (2019), “os elefantes também se comem, fatiados”.

VIII. CONCLUSIÓN

Por las más variadas razones, el principio de concentración no ha sido analizado adecuadamente por la doctrina y la jurisprudencia portuguesa y española. El principio de concentración gravita en torno al principio de inmediación y oralidad y, debido a su carácter instrumental y auxiliar, se ve eclipsado por este último en el escenario de atención de la doctrina jurídica. Creemos que no tiene por qué ser así y, a lo largo de este artículo, planteamos propuestas que pueden servir de base para una lectura renovada e innovadora del principio de concentración. Si sirven al menos para que surjan nuevos estudios sobre este principio, consideraremos que el objetivo de nuestro trabajo se ha cumplido.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Albuquerque, Paulo Pinto. 2011. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina.
- Antunes, Maria João. 2018. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina.
- Correia, Eduardo. 1956. *Processo Criminal*. Coimbra: s.e.
- Dâmaso, Euclides. “Mega processos: não, obrigado.” periódico Observador, 11 de abril de 2019, disponible en <https://observador.pt/opiniaio/mega-processos-nao-obrigado/>.
- Dias, Figueiredo. 2004. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Ebbinghaus, Hermann. 1885. *Über das Gedächtnis, Untersuchungen zur experimentellen Psychologie*, Leipzig: Duncker & Humblot.
- Gómez Colomer, Juan Luis. “Paralización Del Procedimiento.” In *Nueva Enciclopedia jurídica XVIII*, editado por Pellisé Prats Buenaventura y Mascareñas Carlos-E, XVIII:848—77. Barcelona: Seix, 1986.

⁹⁵ Cf. Prieto Morera, Agustín. 2015. “La política legislativa para evitar las macrocausas. Reflexiones de derecho comparado.” *Foro FICP — Tribuna y Boletín de la FICP*, no. 1:315.

- Lacy, Joyce e Stark, Craig. 2013. "The neuroscience of memory: implications for the courtroom." *Nature reviews. Neuroscience* 14, no. 9: 649-658.
- Matta, Paulo Saragoça da, "Megaprocessos - fatalidade, estratégia, oportunismo?", in *Corrupção em Portugal, Avaliação legislativa e propostas de reforma*, coordenado por Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso y Sónia Moura, 448-64. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021.
- Murre, Jaap y Dros, Joeri. 2015. "Replication and Analysis of Ebbinghaus' Forgetting Curve." *PLoS ONE* 10, no. 7: 1-23.
- Pesqueira Zamora, Maria Jesus. 2015. *La suspension de los juicios orales*. Barcelona: J.M. Bosch.
- Pimenta, José da Costa. 1989. *Introdução ao Processo Penal*. Coimbra: Almedina.
- Prieto Morera, Agustín. 2015. "La política legislativa para evitar las macrocausas. Reflexiones de derecho comparado." *Foro FICP — Tribuna y Boletín de la FICP*, no. 1:308-329.
- Santos, Manuel Simas, Leal-Henriques, Manuel e Santos, João Simas. 2020. *Noções de Processo Penal*. Lisboa: Rei dos Livros.
- Silva, Germano Marques. 2010. *Curso de Processo Penal*. Lisboa: Verbo.
- Tonini, Paolo. 2012. *Manuale di procedura penale*. Milão: Giuffrè Editore.

COLLECTIVE REDRESS: ACCESO A LA JUSTICIA Y REPRESENTACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO¹

Collective redress: access to justice and group representation

Andrea PLANCHADELL-GARGALLO

Catedrática de Derecho Procesal
Universitat Jaume I (Castellón, España)
planchad@uji.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES LEGALES. III. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2020/1828. IV. LA OPCIÓN POR LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN: 1. Requisitos de las entidades habilitadas para ejercer las acciones de representación: 1.1. Acción de representación nacional. 1.2. Acción de representación transfronteriza; 2. Información y control de las entidades habilitadas.; 3. Especial referencia a la financiación y su transparencia, 4. Contenido de las acciones de representación: 4.1. Las medidas de cesación; 4.2. Las medidas resarcitorias; 5. La obligación de información al consumidor individual; 6. El acuerdo. V. LA ADECUACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN. VI. REFLEXIÓN FINAL. VII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El objetivo principal de este trabajo, tras una breve referencia a los antecedentes legales que llevan a la Directiva sobre acciones colectivas y de su contenido, es el análisis del modelo de representación propuesto y que el legislador español tendrá que tomar en consideración; modelo que se analiza desde la perspectiva de la garantía fundamental del acceso a la justicia y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Abstract: The main objective of this pages, after a brief reference to the legal background leading to the Proposal for a Directive on collective redress and its content, is the analysis of the proposed representation model, which shall be taken into consideration by Spanish legislator; model that is analyzed from the perspective of the fundamental guarantee of access to justice and the right to effective judicial protection.

¹ Esta publicación se encuadra en el Proyecto de Investigación del que soy Investigadora Principal “*Acciones colectivas y acceso a la justicia: reflexiones para una necesaria reforma*”, financiado por la Universitat Jaume I, Plan de Promoción de la Investigación 2021 (Código: UJI-B2021-19).

Palabras clave: Acciones colectivas; consumidores y usuarios; entidades representativas; adecuada representación; tutela judicial efectiva.

Keywords: Collective redress; consumers; representative entities; adequate representation; Due process.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2014, durante la presidencia de Jean-Claude Juncker, se renovó, con apoyo en los artículos 114 y 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o el art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el interés de la Comunidad Europea en la protección de los consumidores y usuarios, dándose un nuevo impulso, al menos teórico, a la ya dilatada trayectoria de la Unión en la materia. Desde dicho año no han sido pocas las iniciativas y los esfuerzos por dotar a los consumidores en el ámbito de la Unión europea de una adecuada protección²; empeño que no puede desvincularse del auge de las nuevas tecnologías en el ámbito del consumo y que ha aumentado, la ya de por sí globalización del fenómeno³.

En este sentido, en enero de 2020 el *Legal Affairs Committee* confirmó la posición del Parlamento sobre la nueva norma que introducirá reglas sobre acciones colectivas (*collective redress*) para toda la Unión; camino que culmina con la aprobación de la Directiva UE 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (a partir de ahora,

² Un resumen de dichas actuaciones se pueden encontrar en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ndfc_factsheet1_consumers_es.pdf (último acceso 5 de mayo de 2022). V., también, FAIR-GRIEVE, D/HOWELLS, G. (2009), "Collective redress procedures-European debates", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 58, pp. 380 y 401 y ss; HODGES, C. (2014), "Collective Redress: A breakthrough or a *Damp Squibb*?", *J. Consum Policy*, núm. 37, pp. 68 y ss. Como indica BIARD, A. (2018), "Collective redress in the UE: A rainbow behind the clouds?", *ERA Forum*, núm. 19, p.190, la necesidad de estas acciones se ha puesto nuevamente de manifiesto en los últimos años a raíz de escándalos como los del "Dieselgate" y las masivas cancelaciones de Ryanair en septiembre de 2017, presentándose en abril de 2018 el paquete legislativo conocido como un "New Deal for consumers", pp. 197 y ss; PORETTI, P. (2019), "Collective redress in the European Union— current issues and future outlook", *EU and Comparative Law Issues and Challenges series*, vol. 3, pp. 399 y ss. En las conclusiones del Abogado General, Sr. Michal Bobek presentadas el 14 de noviembre de 2017 en el Asunto C-498/16, M. Schrems contra Facebook Ireland Limited, se reconoce que "se han creado robustos mecanismos para la protección de los consumidores...".

³ De hecho, el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión de la evaluación de impacto que acompaña a la Directiva que nos ocupa, junto con la Directivas 93/13, 98/6, 2005/29 y 2011/83, de 11 de abril de 2018 (Parte 2/3, COM, 2018, 184 final), incide en la trascendencia y urgencia de una protección uniforme en las transacciones digitales.

Directiva 2020/1828). Como tendremos ocasión de mostrar en el siguiente epígrafe, son numerosas las normas que en este momento son de aplicación a la protección de los consumidores y usuarios en el ámbito europeo, si bien dicha regulación presenta un carácter fragmentado y sectorial. La referida Directiva está llamada a dotar de una regulación global a dicha protección, sin que ello suponga derogar las numerosas normas sectoriales, actuando como una especie de paraguas a este conjunto legal⁴.

Recordemos que los mecanismos de litigación colectiva persiguen que los sistemas jurídicos se adapten a esta litigación en masa sin “colapsar” y haciendo posible la protección de intereses de consumidores y usuarios en casos en que las reclamaciones individuales no serían viables económicamente, ni siquiera eficientes, dando cumplimiento a la exigencia de tutela judicial efectiva⁵. En este sentido, no podemos olvidar que la facilidad con la que en estos momentos se realiza todo tipo de transacciones comerciales, favorecidas por los avances tecnológicos y de la comunicación, o la libre circulación de personas y mercancías, tienen también consecuencias negativas cuando su funcionamiento es inadecuado, de forma que la distribución de un producto defectuoso o una actividad ilícita puede tener efectos “desastrosos”. De ahí, la necesidad de que los ordenamientos jurídicos se transformen y adapten a dicha realidad para evitar que estos comportamientos puedan quedar impunes.

Si bien somos conscientes de que el legislador español debe transponer este texto al ordenamiento español antes del 25 de diciembre de 2022, no es nuestra intención adelantar dicha tarea, sino que la finalidad de estas páginas — como hemos indicado en el resumen — es analizar un aspecto concreto de la de la Directiva cuya trascendencia para dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores y usuarios es fundamental.

⁴ La importancia de esta cuestión se ha puesto de manifiesto recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 16 de julio de 2020, asunto C-73/19, caso *Movic* y otros, en un caso de competencia desleal.

⁵ FAIRGRIEVE, D/HOWELLS, G. (2009), “Collective redress procedures-European debates”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 58, April, p. 381; HAAR, B. (2018), “Regulation through litigation — Collective Redress in need of a new balance between individual rights and regulatory objectives in Europe”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 19, pp. 207, quien destaca, además, su carácter regulador de ciertas políticas de la Unión; GROSS, V. (2017), “Keeping the status quo: business success in the EU collective redress initiative”, *Interest Groups & Advocacy*, núm. 6, pp. 161 y ss.

II. BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES LEGALES

La Recomendación de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados Miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE), sentando las bases de la futura evolución, ya ponía de manifiesto que regular el acceso a la justicia de grupos más o menos numerosos de personas es un elemento esencial para conseguir su declarado objetivo de “mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia”, así como “conseguir un nivel elevado de protección de los consumidores⁶.

Pero la preocupación de la Unión Europea por la protección de los consumidores es anterior. Ya en la cumbre de París, en el año 1972, se dio entrada a las políticas de consumo como uno de los objetivos de la Unión⁷.

⁶ De ahí la mención expresa a la misma que encontramos en las ya referidas conclusiones del Abogado General, Sr. Michal Bobek presentadas el 14 de noviembre de 2017 en el Asunto C-498/16, M. Schrems contra Facebook Ireland Limited (ep. 122), señalándola como la única iniciativa real “... dichos problemas también han sido ampliamente reconocidos por la Comisión, que ha propuesto en diversas ocasiones promover la adopción de instrumentos de la Unión sobre el recurso colectivo. Dichas propuestas no han llevado todavía a la adopción de ningún instrumento legislativo aplicable. Hasta la fecha, únicamente se ha adoptado una Recomendación de la Comisión...”.

⁷ V., sobre la evolución de la política comunitaria en la materia FERNÁNDEZ MASIA, E. (2001), “Protección de los intereses colectivos de los consumidores y actividades ilícitas transfronterizas en la Unión Europea”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 56, pp. 11 y ss.; HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. (2006), “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario: Cuestiones de derecho internacional privado”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 79, pp. 18 y ss; LANGE, S. (2011), *Das begrenzte Gruppenverfahren (Konzeption eines Verfahrens zur Bewältigung von Großschäden auf der Basis der Kapitalanleger-Musterverfahrenssetzes)*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 1 y ss; RUIZ GONZÁLEZ, J.G. (2010), *Las asociaciones de consumidores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 99 y ss; VIGORITI, V. (2009), “L’azione risarcitoria di classe: Sollecitazioni europee, resistenze italiane”, *Contratto e Impresa-Europa* (14) 2, pp. 680 y ss; LASARTE ALVAREZ, C. (2010), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4ª ed., Ed. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, pp. 15 y ss; PANIAGUA ZURERA/MIRANDA SERRANO (2012), “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores”, en MIRANDA/PAGADOR, *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 20 y ss; MENDEZ PINEDO, E. (1998), *La protección de consumidores en la Unión Europea*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 42 y ss; HERNANDEZ BATALLER, B. (2005), “La protección de los consumidores en la Unión Europea y la Directiva 85/577/CEE: Situación actual y perspectivas de futuro”, en AAVV, *Hacia un Código del consumidor*, Manuales de formación continuada, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 411 y ss; CLIFTON/DÍAZ-FUENTES/FERNÁNDEZ — GUTIÉRREZ/REVUELTA (2011), “La evaluación de la protección de los consumidores a partir de herramientas económicas. Aplicación al caso de los servicios económicos de interés general (SEIG)”, en TOMILLO URBINA (Dir.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico (Actas del II Congreso Euroamericano de Protección jurídica de los consumidores)*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor., pp. 39 y ss; PAISANT, G. (2011), “Perspectivas de protección para los consumidores europeos”, en TOMILLO URBINA (Dir.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Ed. Colex, Madrid, pp. 349 y ss.

Así, en el año 1975 (Diario Oficial núm. C 92, de 24 de abril de 1975) se presenta el primer Programa de acción relativo a la protección de los consumidores reconociendo cinco categorías de derechos fundamentales: El derecho a la protección de la salud y la seguridad; el derecho a la protección de los intereses económicos; el derecho a la indemnización de los daños; el derecho a la información y a la educación; y el derecho a la representación.

Posteriormente, y sin ánimo de exhaustividad, el Acta Única (que entra en vigor el 1 de julio de 1987) permitió incorporar la noción de consumidor a las políticas comunitarias; y el art. 100 A facultaba a la Comisión a proponer medidas que persigan la protección del consumidor tomando como base “un nivel de protección adecuado”. Si bien no se encuentra en este texto una definición precisa de qué cabe entender por consumidor, se le debe reconocer el mérito de sentar las bases para el reconocimiento jurídico de la política a favor de los consumidores. El Tratado de Maastricht supone el fin de esta primera etapa que persigue la promoción de la protección de los consumidores como auténtica política comunitaria, si bien sometido al principio de subsidiaridad (art. 129, A: “Contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores”).

Desde una perspectiva global, y sin entrar en detalles, los primeros esfuerzos en esta protección se centran en la aprobación de normas de carácter material, debiendo esperar casi 20 años para encontrar, en el Libro Verde de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la Justicia, de 16 de noviembre de 1993⁸, referencias a la protección procesal de los mismos.

Basta consultar la página web de la Comisión Europea para constatar que no han sido pocos los esfuerzos por crear un adecuado marco de protección de los consumidores y usuarios de forma que todos los consumidores de la Unión europea, con independencia de su lugar de residencia, de dónde viajen o compren, gocen de una elevado nivel de protección contra los riesgos o amenazas para su seguridad e intereses económicos derivados del consumo, permitiéndoles una adecuada defensa de sus derechos e intereses⁹. Así, encontramos en el acervo comunitario documentos importantes en materia de protección de consumidores y usuarios, si bien en el campo

⁸ V., sobre la evolución de una protección procesal de los intereses de los consumidores y usuarios partiendo del Libro Verde, PLANCHADELL GARGALLO, A. (2016), “Los retos de Europa ante la litigación colectiva”, en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGAS TORRES, *Derecho, Justicia, Universidad (Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, tomo II, Ed. Ramón Areces, Madrid, pp. 2618 y ss.

⁹ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/47/las-medidas-de-proteccion-de-los-consumidores>.

en que se han hecho mayores esfuerzos es en el constituido por la acción de cesación. Referencia obligada es la Directiva 98/27/CE del 19 de mayo de 1998, en que se establecen mecanismos procesales específicos para que los consumidores afectados puedan ejercer las acciones de cesación con la finalidad de poner fin a todo comportamiento que atente contra los derechos derivados del consumo; completándose, entre otros, por los siguientes textos sustantivos: La Directiva 84/450/CEE (publicidad engañosa); la Directiva 85/577/CEE (contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales); la Directiva 87/102/CEE (crédito al consumo); Directiva 89/552/CEE (ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva); la Directiva 90/314 /CEE (viajes, vacaciones y circuitos combinados); la Directiva 92/28/CEE (publicidad de los medicamentos); la Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas en los contratos, modificada por la Directiva 2019/2161); la Directiva 94/47/CEE (régimen de inmuebles de tiempo compartido); la Directiva 97/7/CEE (contratos a distancia); la Directiva 1999/44/CEE (venta y garantía de bienes de consumo); documentos que fueron unificados en la Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (derogada con la aprobación de la Directiva que comentamos en estas páginas); la Directiva 2014/40/UE; la Directiva 2011/64/UE, sobre el impuesto del tabaco; la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico; la Directiva (UE) 2015/2366, relativa a las transferencias transfronterizas o el Reglamento (CE) núm. 924/2009 sobre los pagos transfronterizos.

Mención expresa requiere también la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, de 25 de octubre de 2011, que sustituye a la Directiva 85/577/CEE y a la Directiva 97/7/CE; igualmente, modifica la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos y la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo; norma que ha sido modificada parcialmente por la Directiva 2019/2161. En el ámbito de las prácticas comerciales desleales, publicidad engañosa y comparativa puede citarse la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales (modificada también por la Directiva 2019/2161) o la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y la publicidad comparativa. En materia de créditos al consumo, la Directiva 2008/48/CE pretende homogeneizar el nivel de protección de los derechos que disfrutaran consumidores y usuarios. La Directiva 2015/2302 se refiere a viajes combinados o la Directiva 2008/122, sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. En cuanto a los mercados de energía, se puede citar la Directiva 2012/27/UE o el Reglamento núm.

2017/1369. Junto a estos documentos, la atención al “recurso” colectivo indemnizatorio aparece reflejado ya en la Estrategia comunitaria para los años 2007-2012.

Más recientemente, la Directiva UE 2019/2161, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 93/13 y Directivas 98/6 y 2011/83, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, se sigue insistiendo en la necesidad de aplicar de manera eficaz y en toda la Unión la legislación en materia de protección de los consumidores; siendo foco central de esta Directiva la ineficacia de las sanciones.

Ante la cantidad de textos y normativa aplicable, de la que acabamos de hacer un esbozo, destaca positivamente la creación de la Red de centros europeos de los consumidores (las llamadas “Euroventanillas”) y el portal “Tu Europa”, en que se puede encontrar detallada información sobre los derechos contractuales, servicios de telecomunicaciones e internet, viajes, servicios y productos financieros, así como en los mecanismos de resolución de litigios en materia de consumo y litigios en línea o la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

Centrándonos en el documento que nos ocupa, en el año 2008 se publica un informe sobre *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, que pone de manifiesto que no todos los mecanismos existentes en los Estados cumplen con las expectativas de tutela con que se aprobaron, por lo que debe hacerse un esfuerzo para que dicha insatisfacción no se reproduzca en el funcionamiento de los mecanismos europeos.

Desde la Comisión Europea se procede, en el año 2011, a elaborar una consulta sobre “un planteamiento europeo coherente con el recurso colectivo”¹⁰. Estamos ante un concepto amplio que abarca tanto la demanda colectiva por vía de tribunales como las vías alternativas, al igual que los mecanismos que pueden conducir a la cesación o prevención de prácticas empresariales ilícitas o la indemnización por los daños causados. Dicha consulta se plasma en la Resolución de 2 de febrero de 2012 “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”, un intento de fijar los principios comunes que permitan el acceso uniforme a la justicia a través de un recurso colectivo en la Unión.

¹⁰ Creemos que es muy significativo para evaluar el interés y futuro que esta cuestión tiene, el número de respuestas emitidas a dicha consulta: 100; de las que los países que más ha respondido han sido Francia, Alemania

Al año siguiente, el 11 de junio, se publica por la Comisión la Comunicación “Hacia un marco europeo horizontal del recurso colectivo”, en el que se hace un balance de las acciones que se habían realizado hasta dicha fecha y de las opiniones de los interesados y del Parlamento, presentando la posición de la Comisión sobre ciertos aspectos centrales respecto a dicho recurso. En dicha comunicación se define el proceso colectivo como “... un mecanismo procesal que, por motivos de economía procesal y/o eficacia ejecutoria permite la agrupación de numerosas pretensiones jurídicas similares en una única demanda. Ese mecanismo facilita el acceso a la justicia, especialmente en los casos donde los perjuicios individuales son tan limitados que los demandantes potenciales, podrían considerar superfluo interponer una acción. Además, refuerza el poder de negociación de esos demandantes potenciales y contribuye a la administración eficaz de la justicia, evitando la multiplicación de procesos por pretensiones derivadas de una misma infracción”. Establece, también, las dos modalidades de pretensión que pueden presentarse: “... el proceso colectivo puede adoptar la forma de acción de cesación, mediante la que se pretende el cese de la práctica contraria a Derecho, o de acción de indemnización, con la que se persigue la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos”.

Estos documentos dejaron patente que “algo debía hacerse” desde las instancias europeas, y ello pese a la complejidad que entraña. Una de las posibilidades de actuación que se presenta, como alternativa a la pasividad o a arbitrar mecanismos de cooperación entre los Estados, es la de establecer un procedimiento judicial de recurso colectivo “europeo”, al estilo del de escasa cuantía o monitorio, conviviendo con los propios instrumentos nacionales, cuyas claves serían la financiación, la evitación de denuncias injustificadas (para prevenir el peligro del uso fraudulento de los mecanismos colectivos), si se sigue un sistema de *opt-in* (mucho más exigente en su preparación) o de *opt-out*, a quién se reconoce legitimación o cómo repartir la indemnización; algunas de ellas claramente acogidas por la Recomendación a que nos hemos referido¹¹.

La extensa enumeración de documentos que acabamos de presentar, así como puntos de interés indicados ponen de manifiesto la dificultad de aprobar un texto único que pudiera aplicarse a tal variedad de situaciones. Dicho esto, es evidente que debe acogerse positivamente la aprobación definitiva

¹¹ Con detalle puede verse nuestro trabajo PLANCHADELL GARGALLO, A. (2016), “Los retos de Europa ante la litigación colectiva”, en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGAS TORRES, *Derecho, Justicia, Universidad (Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos)*, tomo II, cit., pp. 2618.

Directiva 2020/1828¹², a expensas de la trasposición que de la misma se realice por el legislador español¹³.

III. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2020/1828

La Directiva 2020/1828 en su considerando 7 establece que tiene como objetivo “garantizar que en todos los Estados miembros los consumidores dispongan, a escala de la Unión y nacional, de al menos un mecanismo procesal efectivo y eficiente de acciones de representación para obtener medidas de cesación y medidas resarcitorias”, lo que repercutirá positivamente en una mayor confianza de los consumidores, capacitándolos para un mejor ejercicio de sus derechos, a la vez que contribuirá a una competencia más leal y a crear unas “condiciones de competencia equitativas para los empresarios que ejercen su actividad en el mercado interior”. Se trata de fijar un “nuevo marco para los consumidores” (Programa de Trabajo de la Comisión para 2018)¹⁴.

¹² COROMINAS BACH, S. (2014), “Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (La Recomendación de 11 de junio de 2013)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, pp. 10 y 11; MONTESINOS GARCÍA, A. (2014), “Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas de ADR”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, núm., 12 (diciembre), pp. 88; MONTESINOS GARCÍA, A. (2015) “Aspectos procesales de las acciones colectivas en defensa de los consumidores de servicios bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 138, pp. 249 y ss; OTERO CRESPO, M. (2013), “Las acciones colectivas en Europa ¿Un paso adelante? Las líneas generales propuestas en la Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE)”, *Boletín CeDe*, noviembre, p. 2.

¹³ Muy útil, GARNICA MARTÍN, J.F./FERRERES COMELLA, A/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I/AGUILERA MORALES, M. (2021), “Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, *Diario La Ley*, núm. 9938, 22 de octubre; AGUILERA MORALES, M., “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 78-79, pp. 97 y ss.

¹⁴ Como pone de manifiesto el control de adecuación REFIT de la legislación de la UE sobre consumidores y comercialización (23 de mayo de 2017) y el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Recomendación 2013/397/UE de la Comisión, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión “el riesgo de infracciones al Derecho de la Unión que afectan a los intereses colectivos de los consumidores aumenta con la globalización y la digitalización de la economía”. A ello se añade el creciente aumento del comercio transfronterizo y la problemática del comercio online; comercio que ha experimentado un crecimiento más que significativo ante la situación de confinamiento, en mayor o menor escala, experimentada como consecuencia de la pandemia provocada por la COVID-19. Si bien el

Sin perjuicio de lo que diremos en las siguientes páginas, la regulación de la Directiva parte del necesario compromiso entre facilitar el acceso a la justicia de los consumidores, a través de la acción de representación, y garantizar las salvaguardas adecuadas frente a litigios abusivos y derechos de los comerciantes (art. 1).

La Directiva consta de un total de 26 artículos cuyo contenido se refiere a¹⁵:

- Artículo 1: Objetivo y finalidad de la Directiva, esto es, garantizar que las entidades habilitadas puedan interponer acciones de representación para la protección de los consumidores y usuarios.
- Artículo 2: Ámbito de aplicación de la Directiva, centrado en las infracciones de la legislación de la Unión que se enumeran en su Anexo I, también en su transposición en la legislación nacional, cometidas por comerciantes que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores (servicios financieros, energías, telecomunicaciones, etc., hasta completar un total de 66 documentos legales entre Directivas y Reglamentos).
- El artículo 3 contiene las definiciones de interés¹⁶.
- Los requisitos y obligaciones que deben cumplir las entidades habilitadas para poder ejercer las distintas acciones se establecen en el artículo 4, distinguiendo entre las acciones de representación nacionales y las transfronterizas.

referido informe y el control de adecuación ponen de manifiesto la trascendencia de la Directiva de cesación, también dejan al descubierto sus deficiencias

¹⁵ AGUILERA MORALES, M., “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828, *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 78-79, pp. 97 y ss; LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2021), “La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828”, *Diario La Ley*, núm. 9834, Sección Tribuna, 21 de abril, La Ley 4323/2021; MARTÍNEZ DEL TORO, S (2021), “Líneas generales del sistema de acciones colectivas planteado por la Directiva europea sobre acciones de representación”, *Práctica de Tribunales*, núm. 150, pp. 4 y ss.

¹⁶ Selectivamente, por no reiterar el contenido completo del art. 3, el consumidor se define como toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión. La acción de representación se define como toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores interpuesta por una entidad cualificada en nombre de dichos consumidores y con la intención de solicitar una orden de cesación y/o una medida resarcitoria. Los intereses colectivos de los consumidores se definen, aparentemente, de una forma mucho más simple que en nuestro ordenamiento, pues no entra en la posible determinación o no de los miembros del grupo, ni distingue entre intereses colectivos y difusos, sino que conciben como los intereses generales de los consumidores, y, en particular con la finalidad de medidas resarcitorias el interés de un grupo de ellos. No define el art. 3 qué entender por entidad habilitada, a las que dedica el art. 4.

- El artículo 5 regula la información y supervisión de las entidades habilitadas por parte de los Estados miembros.
- El art. 6 regula la posibilidad de que varias entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones de representación transfronterizas puedan ejercitarlas ante las autoridades judiciales o administrativas de uno de los Estados cuando la presunta infracción del derecho de la Unión afecte o pueda afectar a consumidores de distintos Estados miembros.
- El art. 7, bajo la denominación de acciones de representación, regula aspectos tan trascendentales como las dos modalidades de acción de representación cuyo ejercicio se contempla, desarrolladas en los arts. 8 y 9, y a las que posteriormente hacemos referencia.
- La regulación de las medidas de cesación y de las medidas resarcitorias se encuentra en los arts. 8 y 9, respectivamente, incluyendo la posibilidad de su solicitud cautelarmente¹⁷. En el caso de las medidas de cesación, la representación por las entidades no se hace depender de la voluntad del consumidor individual.
- El artículo 10 regula la financiación de las acciones resarcitorias, dando cumplimiento a la necesidad de transparencia al respecto.
- El art. 11 prevé, si bien únicamente en el marco de las medidas resarcitorias, la posibilidad de llegar a un acuerdo colectivo, así como las condiciones para su validez.
- El art. 12 se dedica a las costas procesales estableciendo la obligación para los Estados Miembros de asegurar que la parte condenada al resarcimiento se haga también cargo de las costas generadas por el proceso conforme a lo previsto en la legislación nacional; igualmente, se prevé que los consumidores individuales no tengan que asumir el coste del procedimiento, salvo en caso de conducta dolosa o negligente.
- El artículo 13 establece la obligación para las entidades habilitadas de informar, particularmente a través de su página web, sobre la acción de representación interpuesta, así como del estado en que se encuen-

¹⁷ Las medidas de cesación incluyen la solicitud de hacer cesar o prohibir una práctica; además, si así lo consideran los Estados miembros, puede también solicitarse que una práctica constituye una infracción del derecho de la Unión y la publicación, total o parcial, de la sentencia o de una declaración de rectificación. Las medidas de resarcimiento pueden referirse a la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado.

- tran las acciones ya interpuestas y su resultado. También se establece la información sobre la interposición y estado de la acción resarcitoria a los consumidores interesados para que puedan indicar, expresa o tácitamente, su voluntad de ser representados en dicha acción.
- El art. 14 se refiere a la disponibilidad, en los Estados miembros, de bases de datos electrónicas en que se contenga información referida a las entidades habilitadas designadas para interponer tanto acciones nacionales como transfronterizas, así como información general sobre las acciones.
 - El artículo 15 indica que las resoluciones firmes en que se declare la existencia de la infracción puedan ser alegadas como prueba en cualquier otra acción ante los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales, para poder solicitar medidas resarcitorias contra el mismo empresario por la misma práctica, “de conformidad con la normativa nacional sobre valoración de la prueba”.
 - La suspensión de los plazos de prescripción se fija en el art. 16.
 - El artículo 17 establece la obligación de diligencia procesal a lo largo del proceso, así como la tramitación mediante procedimiento acelerado de las acciones resarcitorias.
 - El artículo 18 establece la posibilidad de que el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa que supervise la acción de representación ordene al comerciante que proporcione las pruebas pertinentes que tenga a su disposición y bajo su control (exhibición de pruebas).
 - El artículo 19 garantiza sanciones efectivas, disuasorias y proporcionadas ante el incumplimiento del demandado.
 - El artículo 20 determina las normas sobre asistencia aplicables a las entidades habilitadas.
 - Los artículos 21 a 26 contemplan las disposiciones relativas a la derogación de la Directiva 2009/22/CE, la evaluación y la elaboración de informes, la transposición, disposiciones transitorias, la entrada en vigor y los destinatarios de la norma.

Sin perjuicio del interés del texto en su conjunto, en las páginas que siguen vamos a centrarnos, como reza el título de este trabajo, en la representación de los miembros del grupo.

IV. LA OPCIÓN POR LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN

La Directiva 2020/1828, como hacía, por ejemplo, la derogada Directiva de cesación, ha optado por un modelo de representación¹⁸, es decir, la habilitación de una serie de entidades (cuyos requisitos se establecen en el art. 4) para que representen en juicio el interés colectivo de los consumidores; ello sin perjuicio de las posibilidades de litigación que corresponden al consumidor a título individual. A tal fin, las entidades podrán solicitar el cese o la prohibición de una infracción, la confirmación de que dicha infracción se ha producido y el resarcimiento por el daño causado, conforme a las leyes nacionales. Junto con las entidades a que se refieren estos artículos, el último numeral del art. 4 permite que los Estados Miembros designen también a organismos públicos que puedan ejercer las acciones de representación, manteniendo —en este sentido— los que ya aparecen en la Directiva 2009, que no perderían su condición.

La representación a través de entidades habilitadas se considera, por tanto, la mejor forma de superar los obstáculos a que se enfrentaría individualmente un consumidor ante los perjuicios causados por una infracción, tanto en el ámbito nacional como transfronterizo (complejidad del procedimiento, costes de la litigación, desequilibrio entre las partes del proceso, entre otros). A su vez, esta exigencia de “habilitación” permite un control por los Estados miembros respecto a la seriedad y potencialidad de dichas entidades para llevar a cabo dicha función.

Esta acción de representación es compatible con las acciones similares que se prevean en las legislaciones de los Estados miembros (art. 1.2)¹⁹; de hecho, serán los Estados los que decidirán si adaptan su legislación a la acción de representación prevista en la Directiva o la prevén como alterna-

¹⁸ Sobre las distintas posibilidades o modelos puede verse PLANCHADELL GARGALLO, A. (2013), *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español (Un estudio comparado)*, cit., pp. 39 y ss. V., también, HODGES, H/VOET, S. (2017), “Delivering collective redress: Response to the European Commission’s Inception Impact Assessment ‘A New Deal for Consumers — revision of the Injunctions Directive’ Ares(2017)5324969”, disponible en https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/1710_policy_on_collective_redress_3.pdf (último acceso de 5 de mayo de 2022), muy críticos en particular con el sistema de representación elegido, a través de asociaciones, mostrándose favorable a que la defensa de los consumidores se otorgue a agencias independientes al modo de *Ombudsmen*.

V., también, AGUILERA MORALES, M., “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828, *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 78-79, pp. 107.

¹⁹ Artículo 1.2 “La presente Directiva no impide que los Estados miembros adopten o mantengan en vigor medios procesales de protección de los intereses colectivos de los consumidores en el ámbito nacional...”.

tiva a la misma, conviviendo estas modalidades. Si bien, como establece el mismo art. 1.2 *in fine*, los Estados deben asegurarse de que al menos exista un mecanismo que permita a las entidades interponer dichas pretensiones, de forma que si no existe deberán preverlo o aceptar la acción de representación prevista en la Directiva.

Dado que en este texto se hace referencia constante a la necesidad de tener en cuenta las tradiciones jurídicas y los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, creemos que es importante indicar, aún someramente, que las modalidades de litigación colectiva que encontramos se pueden resumir en los siguientes²⁰:

- a) Acciones de grupo, en las que el proceso se inicia por un grupo de afectados que se constituye expresamente para defenderse, pudiendo representar a más consumidores (es el caso de España, Italia, Portugal o Dinamarca, siendo realmente la más próxima al modelo de las *class actions* estadounidenses). Estas acciones conviven con otras formas de representación de los intereses de los consumidores y usuarios, como es el caso de las asociaciones de consumidores y usuarios (en España y Portugal) o con el *Ombusmann*, en Dinamarca.
- b) Acciones en las que se acumulan las acciones individuales en un procedimiento (Alemania, Inglaterra).
- c) Acciones en defensa de consumidores y usuarios planteadas por entidades específicas y facultadas o habilitadas para ello, públicas o privadas (Defensor del Pueblo, organizaciones de consumidores y usuarios o “demandante líder” -leader *plaintiff*-, así, Bulgaria, Francia,

²⁰ V., PLANCHADELL GARGALLO, A. (2013), *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español (Un estudio comparado)*, cit., pp. 263 y ss. También, para más detalle, KOCH, H. (2000), “Die Verbandsklage in Europa. Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtlichen Grundlagen”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, pp. 417 y ss; KOCH, H. (2003), “Prozeßführung bei komplexen Verfahren in Europa”, en STORME, M., *Procedural laws in Europe*, Ed. Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, p. 374; GIUSSANI, A. (2003), “The “Verbandsklage“ and the class action: Two models for collective litigation”, en STORME, M., *Procedural laws in Europe*, cit., p. 389; HAB, D. (1996), *Die Gruppenklage. Wege zur prozessualen Bewältigung von Massenschäden*, Ed. VVF, Munich, 1996, pp. 299 y ss; FRANKE, N. (2002), *Die Verbandsklage der Verbraucherverbände nach dem französischen Code de la Consommation im Vergleich zum deutschen Recht*, Peter Lang, Frankfurt, 2002, pp. 16 y ss; HESS, B (2008), “Verbesserung des Rechtsschutzes durch Kollektive Rechtsbehelfe?”, en MANSEL/DAUNER-LIES/HENSSLER, *Zugang zum Recht: Europäische und US-amerikanische Wege der privaten Rechtsdurchsetzung*, Ed. Nomos, Baden-Baden, pp. 63 y 73 y ss; MICKLITZ/STADLER (2005), “The development of Collective Legal Actions in Europe, especially in German Civil Procedure”, *European Business Law Review*, núm 17, pp. 1488 y ss; STUYCK, J (2009), “Class Actions in Europe? To opt-in or opt-out, that is the question”, *European Business Law Review*, p. 485.

Italia, Portugal y España). La modalidad más extendida es la representativa a través de asociaciones de consumidores y usuarios.

- d)** Acciones representativas, en las que el representante obtiene un fallo cuyos beneficios bien se queda él mismo (Bulgaria, Francia o Grecia) o reparte entre los consumidores, directa o indirectamente financiando actuaciones en tutela de los mismos (Alemania e Inglaterra). Estas acciones de representación no pretenden tanto la compensación individual de los afectados, como la cesación de comportamiento ilícito.
- e)** Acciones modelo (test cases o procesos testigos), que supone la selección de determinados aspectos fácticos y jurídicos de reclamaciones individualmente planteadas, dando un tratamiento procesal y una solución conjunta a los mismos, sirviendo de modelo para resolver los supuestos que tengan los mismos elementos fácticos y jurídicos.

En el caso español, la representación a que se refiere la Directiva se realizará, principalmente, por las asociaciones de consumidores y usuarios o entes representativos que cumplan los requisitos legalmente previstos. Como ya hemos tenido ocasión de indicar en trabajos previos²¹, las asociaciones de consumidores y usuarios en nuestro ordenamiento pueden litigar en defensa de los consumidores y usuarios asociados a las mismas, habiendo sido autorizadas expresamente para llevar a cabo dicha defensa. Pero también pueden intervenir defendiendo el interés general del colectivo de consumidores y usuarios sin necesidad de que estén afiliados a ella. Estamos ante el supuesto de defensa de consumidores y usuarios de más fácil control, pues la asociación cuenta con una organización claramente definida, unos órganos de representación de la misma y una normativa reguladora que debe cumplir necesariamente.

A estas asociaciones debemos añadir las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y usuarios; entidades que son diferentes a las asociaciones de consumidores y usuarios, y para cuya determinación debemos acudir a la legislación sectorial; estamos ante una legitimación extraordinaria. Se trata de agrupaciones de consumidores con una cierta vocación de permanencia, en tanto que se organizan y constituyen, conforme a los dictados legales, para conseguir su finalidad. Esta agrupación puede formarse para defender única y exclu-

²¹ PLANCHADELL GARGALLO, A. (2013), *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español (Un estudio comparado)*, cit., *passim*; PLANCHADELL GARGALLO, A. (2020), “Acciones colectivas y acceso a la Justicia”, en MONTESINOS GARCÍA, A., (Dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en el siglo XXI*, cit., pp. 175 y ss.

sivamente los derechos e intereses de las personas afectadas por el hecho; pero también, personas jurídicas constituidas con una finalidad más amplia, entre las que estaría la defensa de los consumidores y usuarios²².

Se excluye de la posibilidad de actuación en el marco de la Directiva de los grupos de afectados, si bien será posible siempre conforme a la legislación nacional en el ámbito territorial propio. Evidentemente, el legislador español deberá plantearse si mantiene la regulación con actual, con los legitimados del art. 11 LEC, conviviendo con lo previsto en la Directiva, o aprovecha la trasposición de la Directiva para reformar el sistema actual, que aparentemente supondría una limitación de los “sujetos” legitimados para ejercer la acción de representación.

V. LA ADECUACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

La opción por un modelo de representación traslada nuestra preocupación, necesariamente, a la cuestión de cómo se garantiza la adecuada y eficaz defensa de los intereses de los consumidores por dichas entidades, es decir, cómo hacer posible una adecuada representación²³, pues este modelo supone que los consumidores no tienen necesidad de intervenir en el proceso. Para ello, la Directiva 2020/1828 establece una serie de medidas que seguidamente se analizan.

1. REQUISITOS DE LAS ENTIDADES HABILITADAS PARA EJERCER LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

El artículo 4 se centra en los requisitos y obligaciones que deben cumplir las entidades habilitadas y que les legitima para el ejercicio de la acción de representación, distinguiendo entre las acciones de representación nacionales o transfronterizas. En este sentido, la Directiva es “más permisiva” a priori con las acciones nacionales que con las transfronterizas.

²² MONTERO AROCA, J. (2007), *De la legitimación en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, p. 430.

²³ Tuvimos ocasión de destacar la importancia de la adecuada representación en PLANCHADELL GARGALLO, A. (2013), *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español (Un estudio comparado)*, cit., pp. 98 y ss; PLANCHADELL GARGALLO, A (2020), “Acciones colectivas y acceso a la Justicia”, en MONTESINOS GARCÍA, A., (Dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en el siglo XXI*, cit., pp. 181 y ss. V., también, PORETTI, P. (2019), “Collective redress in the European Union— current issues and future outlook”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges series*, vol. 3, pp. 342 y ss.

1.1. Acción de representación nacional

La acción de representación nacional se define en el art. 3 de la Directiva como “toda acción de representación ejercitada por una entidad habilitada en el Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido designada”. Pues bien, respecto a las entidades habilitadas legitimadas para el ejercicio de estas acciones, la Directiva deja libertad a los Estados miembros para que sean ellos los que establezcan los requisitos que las mismas deben cumplir. En este sentido, la Directiva, consciente del papel que en Europa juegan las asociaciones de consumidores y usuarios, prevé expresamente que las mismas se consideren habilitadas.

Los Estados miembros que cuenten ya con asociaciones o entidades legitimadas conforme a su legislación deberán decidir, por tanto, si las mantienen como tales o establecen requisitos adicionales, en tanto que la única exigencia de la Directiva se refiere a “que los criterios que utilicen para designar una entidad como entidad habilitada para ejercitar acciones de representación nacionales sean conformes con los objetivos de la presente Directiva, para que el funcionamiento de dichas acciones de representación sea eficaz y eficiente”. En el caso español, por ejemplo, la suficiencia o no de la inscripción en el registro de asociaciones.

No obstante, el numeral 5 del art. 3 prevé que los Estados puedan decidir que los requisitos que seguidamente veremos para las entidades habilitadas para ejercer acciones de representación transfronterizas se apliquen también a las nacionales, igualando así las exigencias para actuar procesalmente.

A estas entidades, debe añadirse la previsión del art. 4. 6 respecto a la posibilidad de designar una entidad habilitada con carácter *ad hoc* para ejercitar una acción de representación, a petición de la entidad, siempre y cuando cumpla los requisitos de designación como habilitada conforme al derecho nacional. Junto con estas entidades, se podrán también designar a organismos públicos como entidades habilitadas.

1.2. Acción de representación transfronteriza

La acción de representación transfronteriza es la “ejercitada por una entidad habilitada en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido designada”. Es para estas entidades para las que el legislador europeo ha querido establecer unos requisitos de legitimación más estrictos, en tanto que van a poder actuar en todo el ámbito de la Unión. Estos requisitos se refieren a:

- a)** Constitución legal: La primera exigencia respecto a las entidades habilitadas es que se trate de personas jurídicas legalmente constituidas, remitiéndose a la legislación de los Estados miembros para entender cumplido este requisito. De esta forma, se deja a la decisión de los Estados la fijación de la condición más importante que deben cumplir las entidades para entenderlas legitimadas, fijando, por ejemplo, el número de miembros o su grado de permanencia, los requisitos de transparencia y otros aspectos sobre la estructura de la entidad (estatutos, órganos de gobiernos, objetivos...) ²⁴. Precisamente, las entidades habilitadas que cumplan tales requisitos tendrán que figurar en el listado correspondiente al que se dará publicidad (la Directiva se refiere a “una lista a disposición pública”) ²⁵. La única exigencia al respecto de la Directiva es la referencia a que se pueda demostrar un periodo de 12 meses de actividad pública y efectiva en la protección de los intereses comunitarios previo a la solicitud de incorporación a la lista y su designación como entidad habilitada ²⁶.
- b)** Interés legítimo: Junto con la válida constitución, se exige también que tengan un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores tal y como se configuran en el derecho de la Unión y en la propia Directiva. A ello, debemos añadir la exigencia de una relación directa entre los objetivos principales de la entidad y los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión que se considera vulnerado.
- c)** En tercer lugar, se establece la necesidad que la entidad carezca de ánimo de lucro, aspecto que también debe controlarse por las autoridades de los Estados miembros antes de incluir a la entidad en listado referido supra.

²⁴ Estarán habilitadas, por tanto, las asociaciones de consumidores y usuarios legamente constituidas u organismos públicos independientes nacidos con tal finalidad.

²⁵ Dada la existencia de las asociaciones de consumidores y usuarios en la tradición europea, el art. 4.2 establece que los Estados miembros “velarán por que, en particular, las organizaciones de consumidores, incluyendo las que representen a miembros de más de un Estado miembro, sean designadas como entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones de representación”, tanto nacionales como transfronterizas. A ello se añade la posibilidad de designar organismos públicos como entidades habilitadas.

²⁶ La Directiva contempla la posibilidad de que los Estados Miembros creen una base de datos electrónica nacional con toda la información sobre las entidades nacionales habilitadas, así como las acciones de representación en tramitación y finalizadas, debiendo comunicar a la Comisión la dirección en que se encuentra disponible (art. 14). En este sentido, la Comisión usará dicha información para las comunicaciones sobre las entidades legitimadas y su control cada cinco años (art. 5.3) y la cooperación a que se refiere el art. 20.4.

- d) Igualmente, se exige que la entidad no esté inmersa en un procedimiento de insolvencia ni haya sido declarada insolvente.
- e) Independencia de la entidad respecto a cualquiera otra persona o colectivo que no sean los propios consumidores, que puedan tener un interés económico en el ejercicio de la acción de representación, en particular comerciantes o empresarios. Se incide especialmente en el control de la financiación por terceras personas, estableciendo procedimientos de prevención frente a posibles influencias económicas o conflictos de intereses en el seno de la entidad, sus financiadores y los propios consumidores.
- f) Necesidad de facilitar publicidad, a través de los medios adecuados (en particular una página web), en lenguaje claro e inteligible, de la información referida al cumplimiento de todos estos requisitos, así como a las fuentes de financiación en general, su estructura organizativa, de dirección y composición, junto con sus objetivos y actividades.

Además, el art. 6, referido exclusivamente a las acciones transfronterizas, prevé un supuesto de legitimación plural a favor de varias entidades habilitadas de diferentes Estados Miembros cuando la infracción afecte o pueda afectar a consumidores de distintos estados.

La lista de entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación facilitada por un Estado miembro se entenderá como prueba de su legitimación, sin perjuicio del posible examen por el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa de si la finalidad estatutaria de la misma justifica dicho reconocimiento (art. 6.3).

2. INFORMACIÓN Y CONTROL DE LAS ENTIDADES HABILITADAS

El artículo 5 establece las exigencias que los Estados Miembros deben cumplir respecto a la información sobre las entidades habilitadas y el control de su legitimación. En este sentido, se prevé la obligación para los Estados de remitir a la Comisión una lista de las entidades habilitadas designadas con antelación para el ejercicio de acciones transfronterizas²⁷. En dicha información debe incluirse datos como nombre y finalidad de la entidad, con la limitación indicada respecto al año previo. Dicha lista se debe hacer pública y actualizarse cuando se produzcan cambios. La misma exigencia de publicación con antelación se establece para las entidades habilitadas

²⁷ Esta lista debe facilitarse antes del 26 de diciembre de 2023.

para las acciones nacionales. A ello debemos añadir la referencia hecha en la nota al pie 26 a la base de datos electrónica nacional del art. 14.

La Directiva establece la necesaria revisión, al menos, cada cinco años para controlar el cumplimiento de todos los requisitos que deben respetar las entidades, tanto respecto a las exigencias indicadas en el punto anterior, como a la información sobre las entidades; de forma que el no cumplimiento de los mismos supone la pérdida de su condición de habilitada o legitimada. Se trata, pues, de un control de legitimación.

A ello se suma, que las dudas respecto al cumplimiento de los requisitos indicados en el art. 4, tanto por un Estado Miembro como por la Comisión, se trasladarán al Estado que designó la entidad para que lleve a cabo las averiguaciones oportunas y, en su caso, revoque la designación de la entidad. Estas mismas dudas pueden plantearse por el demandado.

El último epígrafe de este artículo prevé la designación de puntos de contacto nacionales, que también se comunicarán a la Comisión, quien pondrá dicha lista a disposición de los Estados. De esta lista de contactos nacionales se elaborará una lista, que se pondrá a disposición de los Estados miembros.

En definitiva, el cumplimiento de los requisitos se controla por los Estados Miembros, conforme a su legislación nacional; control que deberá además realizarse periódicamente. No se establece ningún tipo de aclaración de cómo debe cumplirse tal obligación, más allá de la fijación de los requisitos en el caso de las acciones transfronterizas, planteándonos si se pretende introducir una especie de certificación de la acción siguiendo el ejemplo estadounidense²⁸.

3. ESPECIAL REFERENCIA A LA FINANCIACIÓN Y SU TRANSPARENCIA

Queremos destacar la trascendencia de los requisitos referidos a lo que podemos llamar transparencia financiera, centrada en la obligación de dar a

²⁸ Entiende COROMINAS BACH, S. (2014), “Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (La Recomendación de 11 de junio de 2013)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, pp. 15 y 16, que “posiblemente por el carácter embrionario de la regulación, la Unión Europea no ha establecido, de un modo detallado, los parámetros que deberá comprobar el juez en el juicio de admisibilidad de la acción colectiva...”. V., AGUILERA MORALES, M., “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 78-79, pp. 125 y ss; PLANCHADELL GARGALLO, A. (2013), *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español (Un estudio comparado)*, cit., pp. 295 y ss, sobre los requisitos establecidos en la Regla 23 de las *Civil Procedure Rules* para certificar la acción y controlables por el juez.

conocer las fuentes de financiación de la entidad, en general y para el ejercicio de la acción concreta de que se trate. La referencia a los mecanismos de prevención y control del art. 4.3, letra e), se completan en el art. 10, que regula la financiación de las acciones de representación. Nuevamente son los Estados Miembros los que deben “velar” por evitar que la acción se financie por un tercero, surjan conflictos de intereses o que dicha financiación se otorgue para alcanzar objetivos distintos a la protección de los consumidores afectados. Se prevé así que el órgano judicial o administrativo controle si el tercero que financia la acción puede influir en las decisiones que se tomen en el procedimiento, por ejemplo, y especialmente respecto a alcanzar un acuerdo y su contenido o actuar contra un competidor. A tal fin, puede reclamar a la entidad información sobre dicha financiación, e incluso le puede exigir que renuncie o cambien la financiación o, de considerarlo necesario, renunciar a la interposición de la pretensión misma, ello sin perjuicio de los derechos de los consumidores afectados. Nuevamente, si bien el art. 4.3, e) se refiere a la previsión de los mecanismos de prevención y control, no encontramos en la Directiva mecanismo alguno, sino una obligación para los Estados Miembros respecto a su previsión.

La entidad es la propia obligada a declarar, en “la fase inicial de la acción” los fondos o fuentes de financiación con que cuenta para llevar a cabo sus actuaciones en general y, particularmente, para respaldar su acción. En definitiva, se trata de demostrar que dispone de fondos suficientes para sufragar un proceso de estas características y hacer frente a cualquier gasto sobrevenido que pudiera impedir que la acción prosperara.

Es fácil pensar que uno de los obstáculos más importantes a que se enfrenta el consumidor afectado en este tipo de situaciones es el elevado coste de un proceso de estas características. A ello debe añadirse una clara manifestación de la desigualdad, pues en no pocas ocasiones se enfrenta a grandes empresas, multinacionales, etc., con una capacidad económica incomparablemente mayor que la del consumidor o grupo de consumidores. Es en este sentido importante el art. 20, que, bajo el título de asistencia a las entidades habilitadas, establece que desde los Estados miembros se adoptarán las medidas para garantizar que los costes de un proceso de estas características, claramente elevados, no supondrán un obstáculo para el ejercicio de la acción. Se refiere así la propia Directiva a la posibilidad de fondos públicos, limitación de tasas, acceso a la justicia gratuita e, incluso, la posibilidad de pedir una modesta aportación a los consumidores que expresamente se han “adherido” a la acción.

La financiación e información sobre las fuentes de la misma tiene, por un lado, la finalidad de que la acción a interponer no fracase por falta de capacidad económica de la entidad demandante; por otro, un control de transparencia e imparcialidad del tercero que financie la acción, en tanto que el órgano competente debe controlar que no exista un conflicto de intereses entre el tercero y la parte demandante y sus miembros. El tercero que financia un recurso colectivo tiene vedado intentar influir en las decisiones procesales de la parte demandante, incluyendo la posibilidad de alcanzar un acuerdo; financiar una acción colectiva contra un demandado que sea su competidor o del que dependa y exigir intereses excesivos sobre los fondos prestados.

4. CONTENIDO DE LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

Los arts. 8 y 9 establecen el contenido específico de la acción de representación, contemplando las medidas de cesación y las medidas resarcitorias²⁹.

4.1. Las medidas de cesación

La orden de cesación se puede referir a (art.8):

- 1.** Una medida de carácter cautelar para poner fin o prohibir una práctica que se considera que puede suponer una infracción.
- 2.** Una medida de carácter definitivo ordenando el cese o la prohibición de la realización de una práctica vulneradora de los derechos e intereses de los consumidores. En este caso, la orden puede incluir tanto la declaración de que un determinado comportamiento supone una infracción a dichos derechos, como la obligación de publicar la decisión, total o parcialmente, de la manera que se considere adecuada o publicar una declaración de rectificación.

Para presentar la orden de cesación las entidades habilitadas no tendrán que obtener el mandato de los consumidores individuales afectados otorgándoles su representación, ni proporcionar pruebas referidas a las pérdidas o perjuicios reales sufridos por los consumidores, así como tam-

²⁹ PORETTI, P. (2019), "Collective redress in the European Union – current issues and future outlook", *EU and Comparative Law Issues and Challenges series*, vol. 3, pp. 352 y ss; HODGES, H/VOET, S. (2017), "Delivering collective redress: Response to the European Commission's Inception Impact Assessment 'A New Deal for Consumers – revision of the Injunctions Directive' Ares(2017)5324969", disponible en https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/1710_policy_on_collective_redress_3.pdf (último acceso de 5 de mayo de 2022).

poco de la intención ni negligencia del comerciante. El hecho de que no se requiera contar con la aquiescencia de los consumidores afectados, facilita la labor de la entidad a efectos de la información, pues no necesita recabar autorización alguna del consumidor para actuar en su representación.

El art. 8. 4 permite que los Estados Miembros introduzcan en su ordenamiento interno, comunicándolo expresamente a la Comisión para su publicidad, la previsión de que sólo se permita a las entidades interponer la acción de cesación si previamente ha intentado el cese de la conducta “hablando con el empresario”; no cesando el empresario en la infracción en el pazo de dos semanas, la entidad podrá interponer la acción sin retraso alguno.

4.2. Las medidas resarcitorias

Las medidas resarcitorias (art. 9) pretenden que el comerciante preste una indemnización, arreglo, sustitución, reducción de precio, resolución de contrato o reembolso del precio pagado, según lo previsto en la legislación de la Unión o nacional. Esta reparación procederá sin perjuicio de aquella a la que se tenga derecho con arreglo a la legislación de la Unión o nacional.

En este caso, los Estados miembros sí pueden establecer que los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten, expresa o tácitamente, su voluntad, dentro de un plazo adecuado posterior a la presentación de la acción, de ser representados (*opt-in*) o no (*opt-out*) por la entidad habilitada. Ahora bien, esta facultad para los Estados Miembros se convierte en obligatoria y, además, a favor de una autorización expresa, en el supuesto de que los consumidores individuales no sean residentes habituales del Estado Miembro ante el que se interponga la acción.

Es precisamente la posibilidad de que un Estado miembro opte por el modelo de *opt-in* en el sentido expresado, la que justifica la limitación prevista en el art. 9.4 respecto a la imposibilidad de que los consumidores que hayan manifestado, expresa o tácitamente, ser representados por una entidad, no podrán serlo por otra entidad en idéntica pretensión pero tampoco interponer la acción a título individual. Se trata, por tanto, de una lógica limitación a la legitimación individual para el ejercicio de acciones resarcitorias cuando ya se ha autorizado la representación individual por una entidad; limitación que abarca también a la prohibición de recibir más de una compensación por la misma causa o contra el mismo comerciante.

Si la resolución no especificara los consumidores individuales que tienen derecho a reparación, se describirá, al menos, el grupo de consumidores

que puede verse favorecido por ella. Igualmente, se autoriza a los Estados a fijar límites temporales para que los consumidores individuales puedan beneficiarse de la resolución, así como establecer reglas reguladoras del destino de los fondos que no fueran recuperados dentro de estos límites temporales.

Los Estados deben también garantizar que las entidades habilitadas puedan interponer acciones resarcitorias sin que previamente se haya procedido la declaración de una infracción a través de un procedimiento diferente.

Recapitulando lo indicado en cuanto al consentimiento o mandato, en terminología de la Directiva, por parte de los consumidores afectados se ha adoptado un triple régimen: 1) No se requiere su “mandato” para el ejercicio de las ordenes o medidas de cesación; 2) Sí se requerirá su “mandato”, si así lo decide el Estado miembro particular, para las medidas resarcitorias que no afecten a consumidores con residencia habitual en el Estado en que se ha planteado la pretensión; y 3) Se exige mandato expreso, en todo caso, para la acción resarcitoria cuando los consumidores que puedan beneficiarse por la misma tengan su residencia habitual en un Estado Miembro diferente. Se combina así, atendiendo al tipo de acción interpuesta, las dos posibilidades existentes conocidas como *opt-in* y *opt-out* y se sigue lo establecido en la Recomendación de 2013 favorable, en la pretensión resarcitoria, a un sistema de participación o inclusión voluntaria del consumidor (*opt-in*), según el cual el consumidor que quisiera beneficiarse de los resultados de la acción, debería manifestar expresamente su voluntad al respecto, no viéndose afectado por la resolución si no lo hace. Pretendía así la Recomendación respetar las tradicionales exigencias de los principios de oportunidad, dispositivo y de contradicción.

Como hemos tenido ocasión de indicar en ocasiones anteriores³⁰, estos modelos, en gran parte enfrentados, tratan de dar respuesta a cómo resolver uno de los elementos característicos de un proceso colectivo, cual es que el que, atendiendo a la regulación legal concreta, un sujeto o, en este caso, una asociación, etc., actúa en nombre y representación de un grupo de afectados que no intervienen directamente en el proceso, o pueden no hacerlo, y que se van a ver afectados por las decisiones que en el mismo

³⁰ Con detalle sobre los modelos de *opt-in* y *opt-out*, puede verse PLANCHADELL GARGALLO, A. (2013), “Acciones colectivas y acceso a la Justicia”, en MONTESINOS GARCÍA, A., (Dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en el siglo XXI*, cit., pp. 195 y ss. V., también, CARBALLO PIÑEIRO, L. (2009), *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, pp. 145 y ss, en que se realiza un estudio comparado al respecto.

se tomen y no sólo en la decisión final del mismo. Se trata de procesos en que la entidad legitimada puede incoar un proceso cuya existencia va a afectar también a los derechos e intereses de sujetos que no han decidido o que ni se habían planteado hacerlo, es decir, se va a incoar un proceso en defensa de sus derechos e intereses por un sujeto distinto a ellos, sin haber decidido personalmente que desean que ese proceso se incoe. Y no sólo no participan en la incoación del proceso, sino que tampoco lo hacen en la determinación del objeto del mismo, ni participarán en la toma de las diversas decisiones que se tengan que adoptar a lo largo del desarrollo del proceso, ni si se adopta un acuerdo que pone fin al mismo o cualquier otro acto de disposición que el ordenamiento permita.

Recordemos brevemente que el sistema de *opt-out* (exclusión), propio del derecho norteamericano, implica que todos los perjudicados por un hecho dañoso se verán afectados por el resultado del proceso colectivo, sea cuál sea, o el acuerdo que le ponga fin, sin haber participado en el proceso. Ante tal obligatoriedad, los efectos del proceso (o del acuerdo) sólo pueden eludirse ejerciendo el derecho de exclusión (*opt-out*), en los casos en que se prevea legalmente, lo que les permitiría instar la tutela individual de su derecho. El fundamento de esta configuración se encuentra en la adecuada representación, con la que se entiende suficientemente protegido el derecho al proceso debido³¹.

El sistema de *opt-in*, más acorde con nuestros principios constitucionales y procesales civiles, implica que los particulares perjudicados que quieran verse favorecidos por el proceso colectivo deben manifestar expresamente su voluntad en este sentido, de forma que el proceso finalmente dirimirá y afectará únicamente los derechos e intereses de los sujetos que, sin participar en el proceso directamente, pongan de manifiesto su intención de integrar el grupo o clase de afectados cuyos derechos se están defendiendo; no supone que el sujeto deba intervenir, pues esto complicaría excesivamente el desarrollo eficiente del mismo, sino que consiente y se suma al resultado del proceso voluntariamente sin interés en intervenir.

También aquí el representante garantiza el derecho de contradicción de los afectados con su activa participación, de ahí las exigencias de que el juez o los representados pudieran tener un cierto control sobre la actuación del

³¹ STUYCK, J. (2009), "Class Actions in Europe? To opt-in or opt-out, that is the question", *European Business Law Review*, p. 490; WUNDENBERG, M. (2007), "Class actions: Möglichkeit der Establierung und ihre Grenzen im deutschen Kapitalmarktrecht", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2007, p. 1113.

representante, velando así por que dicha representación sea — como en el caso anterior - realmente adecuada.

Uno de los principales problemas que plantea esta posibilidad se centra en la gran dificultad y coste que conlleva la identificación de los miembros del grupo desde el principio para que puedan ejercer su derecho³², lo que supone un obstáculo evidente para que estas reclamaciones lleguen ante los tribunales. Otro inconveniente importante que presenta un sistema de “inclusión obligatoria” es que en los casos de daños ínfimos la falta de interés de los particulares en intervenir y “sumarse” al proceso supone un auténtico lastre para su efectividad. Por ello, como se indica en el siguiente epígrafe es importante cuestionarnos si en lugar de optar por uno u otro modelo, no sería más adecuada la coexistencia de los dos atendiendo a la entidad del daño³³.

5. LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR INDIVIDUAL

En el modelo de representación elegido, la parte del proceso (sea ante un órgano jurisdiccional o administrativo, en atención de la ley aplicable o sector afectado) es la entidad habilitada, siendo a ésta a la que se concede legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios afectados; lo que no implica que los consumidores afectados no puedan beneficiarse de los resultados de la acción de representación, todos lo contrario. Ello no obstante, y en virtud de las propias reglas de la legitimación, un consumidor puede decidir ejercer individualmente sus derechos, pues es él el legitimado ordinario para hacerlo. Cuestión distinta es que tenga o no sentido esta actuación individual, pues las ventajas que le ofrece la acción de representación, particularmente en un contexto globalizado y transfronterizo como el que nos ocupa, son evidentes.

A los consumidores debe facilitárseles información concreta sobre la acción de representación. Dicha información debe referirse, sin perjuicio de otros extremos que puedan preverse por la legislación nacional, a (art. 13.1):

³² STUYCK, J. (2009), “Class Actions in Europe? To opt-in or opt-out, that is the question”, *European Business Law Review*, p. 401; FIEDLER, L. (2010), *Class actions zur Durchsetzung des Europäischen Kartellrechts*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 105 y 123.

³³ LANGE, S. (2011), *Das begrenzte Gruppenverfahren (Konzeption eines Verfahrens zur Bewältigung von Großschäden auf der Basis der Kapitalanleger-Musterverfahrenssetzes)*, cit., pp. 138 y ss; FIEDLER, L. (2010), *Class actions zur Durchsetzung des Europäischen Kartellrechts*, cit., pp. 105 y 123

- Las acciones de representación que hayan decidido ejercitar ante un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa;
- la situación de las acciones de representación que hayan ejercitado ante un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa, y
- los resultados de dichas acciones de representación.

Existe también obligación de información para el comerciante, referida a las órdenes de cesación y resarcitorias definitivas que se hubieran dictado en el marco de la acción de representación, así como del acuerdo aprobado por el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa dentro de un determinado plazo (art. 13.3); información que deberá facilitarse a los consumidores individualmente afectados, si procede. Únicamente cuando se prevea esta comunicación por otra vía, decae esta obligación para el empresario. Además, los Estados deben regular los supuestos en que esta obligación dependerá de la petición al respecto de la entidad.

Dicha información debe tener la máxima difusión posible o la difusión territorial adaptada al caso concreto, para lo cual se podrá utilizar sitios web, redes sociales, mercados en línea, medios de comunicación de difusión general o local, según necesidades. Obviamente, y en garantía del derecho a la información del consumidor, deberá hacerse de forma individual cuando sea posible (en tanto conste su identidad y datos personales a efectos de comunicaciones) mediante el envío de comunicaciones electrónicas o cartas impresas.

La información debe facilitarse en lenguaje inteligible, conteniendo una explicación comprensible del objeto de la acción de representación, sus consecuencias legales y las medidas que posteriormente deberán adoptar los consumidores afectados, si procede. Esta información individual se facilitará, previa solicitud, en formatos accesibles para personas con discapacidad.

En el caso de las acciones resarcitorias esta información es fundamental pues debe permitir al consumidor tomar su decisión, expresa o tácita, sobre si quiere o no ser representada por la entidad habilitada tal y como hemos indicado.

En tanto que el art. 12 establece la condena en costas de la parte “vencida”, los gastos que suponga esta información podrán incluirse en dicha partida, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 10, sobre la financiación de la acción.

Respecto a la información, se impone a los estados miembros la obligación de garantizar que la entidad representante pueda facilitar la misma de

forma efectiva, tomando en consideración las circunstancias concretas de cada caso. Cómo los Estados Miembros regulen la forma de facilitar esta información es uno de los aspectos más importantes a que debe atenderse para lograr una eficaz tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, en tanto que la información es una consecuencia clara de la vigencia de los principios del proceso debido y de contradicción³⁴.

6. EL ACUERDO

Es importante, como ya nos demostró la experiencia norteamericana (Regla 23 (e) de Procedimientos Civiles)³⁵, la previsión de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la reclamación. La Directiva, en su Considerando 53, destaca la importancia de la posibilidad de que se pueda alcanzar acuerdos colectivos destinados a resarcir a los consumidores que hayan sufrido un daño o perjuicio. Esta exigencia se resuelve en la Directiva en un solo artículo, el art. 11, bajo el título “Acuerdos de resarcimiento”³⁶.

La iniciativa para alcanzar los acuerdos corresponde tanto a la entidad habilitada y al empresario, siendo estos quienes conjuntamente proponen al órgano jurisdiccional un acuerdo para resarcir a los consumidores afectados (art. 11.1,a); como al propio órgano jurisdiccional, que propondrá a la entidad habilitada y al empresario, tras haberlos consultado, que lleguen a un acuerdo de resarcimiento en un plazo razonable (art. 11.1,b).

En cualquiera de los dos casos, el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa competente deben aprobar el mismo, valorando su legalidad y equidad, así como si incluye condiciones cuyo cumplimiento no pueda exigirse; y todo ello atendiendo a los derechos e intereses de las partes, particularmente de los consumidores. Esto implica que el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa pueden no aprobar el acuerdo, procediéndose a continuar o iniciar el procedimiento.

³⁴ AGUILERA MORALES, M., “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828, *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 78-79, pp. 121 y ss.

³⁵ PLANCHADELL GARGALLO, A. (2013), *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español (Un estudio comparado)*, cit., pp. 329 y ss; PLANCHADELL GARGALLO, A. (2017), “Acuerdos y acciones colectivas: ¿Una posibilidad real?”, en BLANCO GARCÍA, A.I., (Dir), *Tratado de Mediación. Tomo I, Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 73 y ss.

³⁶ CALU, M/STANCIU, C. (2018), “Collective redress for consumers: Towards an EU wide collective action mechanism”, *Global Economic Observer, Institute for World Economy of the Romanian Academy*, vol. 6 (2), pp. 38 y ss.

A los consumidores individuales se les dará la posibilidad de aceptar o rechazar su sometimiento a dicho acuerdo. Se establece así, un derecho de exclusión (*opt out*) respecto a los efectos del acuerdo. La reparación obtenida en virtud de estos acuerdos, se entiende sin perjuicio de cualquier derecho adicional reconocido por la legislación de la Unión o nacional. Como ya hemos destacado, nuevamente aquí es fundamental la adecuada información al consumidor, para que, dentro de las posibilidades que la legislación nacional le permita, tomar la decisión sobre si se vincula o no a dicho acuerdo, y las consecuencias de optar por una u otra posibilidad. Así, al consumidor se le informará de que se ha homologado un acuerdo resarcitorio que afecta a sus derechos, una vez declarada la infracción, así como de los trámites que deben cumplimentar o seguir para obtener resarcimiento, en su caso.

En el caso del ordenamiento jurídico español, no hay referencia alguna a la posibilidad de alcanzar un acuerdo, intra- o extrajudicial, en la regulación que la LEC lleva a cabo de las especialidades relativas a las acciones en defensa de consumidores y usuarios. La aprobación de la Directiva obliga, pues, a nuestro legislador a dar cumplimiento a las previsiones del art. 11 respecto a la posibilidad de alcanzar acuerdos, así como al papel de los consumidores individualmente considerados en dicho acuerdo.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

Estas páginas han pretendido, más allá del análisis de la representación a que se refiere la Directiva, poner de manifiesto la relación que existe entre los mecanismos de litigación colectiva y el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso desde la perspectiva de la representación. No es por tanto baladí que la configuración por la que optan el legislador europeo y el nacional a la hora de regular esta cuestión incide directamente en dicha garantía fundamental y en la adecuada protección de los intereses de los consumidores y usuarios, abandonando grandilocuentes declaraciones para hacer realidad dicha tutela.

Estamos ante un instrumento en cierta forma híbrido, que armoniza ciertos aspectos, los menos, dejando a los Estados un amplio margen de apreciación y adaptación de su normativa, cumpliendo así con los principios de subsidiaridad y proporcionalidad. Como ha ocurrido en otros instrumentos, por ejemplo, el proceso monitorio europeo, no son pocas las decisiones que se siguen dejando a los Estados miembros, a quienes les corresponde “velar” por el cumplimiento de las previsiones o de la Directiva. La Directi-

va, por tanto, no pretende sustituir los mecanismos nacionales de recurso colectivo, sino que deja a los Estados miembros la posibilidad de introducir la acción de representación que la propia norma europea prevé como una posibilidad más a añadir a las ya existentes en el ordenamiento, es decir, como una alternativa o diseñar las acciones con que ya cuente o pueda prever en el futuro, tomando en consideración las exigencias de la Directiva.

No son pocas pues las cuestiones que deberá plantearse el legislador español, ya que contando con una regulación de las acciones colectivas desde la aprobación de la LEC en el año 2000, y dejando a salvo las anteriores referencias en el art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no podrá eludir, tal y como hemos manifestado en las páginas anteriores, la introducción de modificaciones legales para adaptarse a la normativa europea. Sin perjuicio de las referencias realizadas a lo largo de las páginas anteriores, una de ellas, deberá centrarse necesariamente al mayor papel de control que está llamado a ejercer el órgano jurisdiccional. La Directiva parece inclinarse por un juez más activo y participativo en el inicio y desarrollo del proceso, que pueda llevar a cabo un control en aquellas situaciones en que se considere necesario, sin perder, eso sí, su imparcialidad ("*managing judge*")³⁷.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M., "Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828, *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 78-79,
- BIARD, A. (2018), "Collective redress in the UE: A rainbow behind the clouds?", *ERA Forum* 2018, núm. 19.
- BUJOSA VADELL, L. (2005), "La posición del juez en los procesos colectivos", *Diario La Ley*, núm. 6379.

³⁷ MICKLITZ/STADLER, (2005), "The development of Collective Legal Actions in Europe, especially in German Civil Procedure", *European Business Law Review* 2005, núm 17, p. 1500; HEITZIG, M., (2010) *Das Kapitalanleger-Musterverfahrens-gesetz als Lösung zur Bewältigung von Massenverfahren*, Ed. Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Münster, p.191; BUJOSA VADELL, L. (2005), "La posición del juez en los procesos colectivos", *Diario La Ley*, núm. 6379, pp. 1345 y ss, quien afirma la necesidad de alcanzar un equilibrio entre "un juez atento a la protección efectiva de los intereses de grupo, pero con la suficiente imparcialidad para no dejar de ser juez", p. 1349.

Similares propuestas, v., FIEDLER, L. (2010), *Class actions zur Durchsetzung des Europäischen Kartellrechts*, cit., pp. 220 y ss; MICKLITZ/STADLER, (2005), "The development of Collective Legal Actions in Europe, especially in German Civil Procedure", *European Business Law Review* 2005, núm 17, p. 1500; HEITZIG, M. (2010), *Das Kapitalanleger-Musterverfahrens-gesetz als Lösung zur Bewältigung von Massenverfahren*, cit., pp. 190 y 191.

- CALU, M/STANCIU, C. (2018), “Collective redress for consumers: Towards an EU wide collective action mechanism”, *Global Economic Observer, Institute for World Economy of the Romanian Academy*, vol. 6 (2).
- CARBALLO PIÑEIRO, L. (2009), *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009.
- CLIFTON/DÍAZ-FUENTES/FERNÁNDEZ – GUTIÉRREZ/REVUELTA, (2011), “La evaluación de la protección de los consumidores a partir de herramientas económicas. Aplicación al caso de los servicios económicos de interés general (SEIG)”, en TOMILLO URBINA (Dir.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico (Actas del II Congreso Euroamericano de Protección jurídica de los consumidores)*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- COROMINAS BACH, S. (2014), “Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (La Recomendación de 11 de junio de 2013)”, *Revista General de Derecho Europeo* 2014, núm. 24.
- DE LUCCHI LOPEZ-TAPIA, Y. (2004), “La legitimación activa en los procesos para la tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios”, en AAVV, *Homenaje a D. Eduardo Font Serra, t. II*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid.
- FAIRGRIEVE, D/HOWELLS, G. (2009), “Collective redress procedures-European debates”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 58, April.
- FERNANDEZ MASIA, E., “Protección de los intereses colectivos de los consumidores y actividades ilícitas transfronterizas en la Unión Europea”, *Estudios sobre Consumo* 2001, núm. 56.
- FIEDLER, L., *Class actions zur Durchsetzung des Europäischen Kartellrechts*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- FRANKE, N., *Die Verbandsklage der Verbraucherverbände nach dem französischen Code de la Consommation im Vergleich zum deutschen Recht*, Peter Lang, Frankfurt, 2002.
- GARNICA MARTÍN, J.F/FERRERES COMELLA, A/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I/AGUILERA MORALES, M. (2021), “Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, *Diario La Ley*, núm. 9938, 22 de octubre.
- GIUSSANI, A. (2003), “The “Verbandsklage“ and the class action: Two models for collective litigation”, en STORME, M., *Procedural laws in Europe*, Ed. Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 2003.
- GROSS, V. (2017), “Keeping the status quo: business success in the EU collective redress initiative”, *Interest Groups & Advocacy* 2017, núm. 6.
- HAAR, B. (2018), “Regulation through litigation – Collective Redress in need of a new balance between individual rights and regulatory objectives in Europe”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 19.

- HAB, D. (1996), *Die Gruppenklage. Wege zur prozessualen Bewältigung von Massenschäden*, Ed. VVF, Munich, 1996.
- HEITZIG, M. (2010), *Das Kapitalanleger-Musterverfahrens-gesetz als Lösung zur Bewältigung von Massenverfahren*, Ed. Wetsfälische Wilhems-Universität Münster, Münster.
- HERNANDEZ BATALLER, B., “La protección de los consumidores en la Unión Europea y la Directiva 85/577/CEE: Situación actual y perspectivas de futuro”, en AAVV, *Hacia un Código del consumidor*, Manuales de formación continuada, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- LANGE, S. (2011), *Das begrenzte Gruppenverfahren (Konzeption eines Verfahrens zur Bewältigung von Großschäden auf der Basis der Kapitalanleger-Musterverfahrens-segetzes)*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2021), “La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828”, *Diario La Ley*, núm. 9834, Sección Tribuna, 21 de abril, La Ley 4323/2021.
- HEB, B. (2008), “Verbesserung des Rechtsschutzes durch Kollektive Rechtsbehelfe?”, en MANSEL/DAUNER-LIES/HENSSLER, *Zugang zum Recht: Europäische und US-amerikanische Wege der privaten Rechtsthroughsetzung*, Ed. Nomos, Baden-Baden.
- HODGES, C. (2014), “Collective Redress: A breakthrough or a *Damp Squibb*?”, *Journal of Consumer Policy*, núm. 37.
- HODGES, H/VOET, S. (2020), “Delivering collective redress: Response to the European Commission’s Inception Impact Assessment ‘A New Deal for Consumers — revision of the Injunctions Directive’ Ares(2017)5324969”, disponible en https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/1710_policy_on_collective_redress_3.pdf
- KOCH, H. (2000), “Die Verbandsklage in Europa. Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtlichen Grundlagen”, *Zeitschrift für Zivilprozess*.
- KOCH, H. (2003), “Prozeßführung bei komplexen Verfahren in Europa“, en STORME, M., *Procedural laws in Europe*, Ed. Maklu, Antwerpen/Apeldoorn.
- KOCH, H. (1990), *Verbraucherprozeßrecht, Verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes*, Ed. C.F. Müller, Heidelberg.
- LANGE, S. (2011), *Das begrenzte Gruppenverfahren (Konzeption eines Verfahrens zur Bewältigung von Großschäden auf der Basis der Kapitalanleger-Musterverfahrens-segetzes)*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2011
- LASARTE ALVAREZ, C. (2010), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4ª ed., Ed. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ DEL TORO, S (2021), “Líneas generales del sistema de acciones colectivas planteado por la Directiva europea sobre acciones de representación”, *Práctica de Tribunales*, núm. 150.
- MENDEZ PINEDO, E. (1998), *La protección de consumidores en la Unión Europea*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

- MICKLITZ/STADLER, (2005), “The development of Collective Legal Actions in Europe, especially in German Civil Procedure”, *European Business Law Review*, núm 17.
- MONTERO AROCA, J. (2007), *De la legitimación en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, p. 430.
- MONTESINOS GARCÍA, A. (2014), “Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas de ADR”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, núm., 12 (diciembre 2014).
- MONTESINOS GARCÍA, A. (2015), “Aspectos procesales de las acciones colectivas en defensa de los consumidores de servicios bancarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 138.
- OTERO CRESPO, M. (2013), “Las acciones colectivas en Europa ¿Un paso adelante? Las líneas generales propuestas en la Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE)”, *Boletín CeDe*, noviembre.
- PAISANT, G. (2011), “Perspectivas de protección para los consumidores europeos”, en TOMILLO URBINA (Dir.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Ed. Colex, Madrid, 2011.
- PANIAGUA ZURERA, M/MIRANDA SERRANO, L.M. (2012), “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores”, en MIRANDA/PAGADOR, *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2013), *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español (Un estudio comparado)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2016), “Los retos de Europa ante la litigación colectiva”, en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGAS TORRES, *Derecho, Justicia, Universidad (Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, tomo II, Ed. Ramón Areces, Madrid.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2017), “Acuerdos y acciones colectivas: ¿Una posibilidad real?”, en BLANCO GARCÍA, A.I., (Dir), *Tratado de Mediación. Tomo I, Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2020), “Acciones colectivas y acceso a la Justicia”, en MONTESINOS GARCÍA, A., (Dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en el siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PORETTI, P. (2019), “Collective redress in the European Union— current issues and future outlook”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges series*, vol. 3.
- RUIZ GONZÁLEZ, J.G. (2010), *Las asociaciones de consumidores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- STUYCK, J. (2009), “Class Actions in Europe? To opt-in or opt-out, that is the question”, *European Business Law Review*.

- VIGORITI, V. (2009), “L’azione risarcitoria di classe: Sollecitazioni europee, resistenze italiane”, *Contratto e Impresa-Europa* 2009 (14).
- WUNDENBERG, M. (2007), “Class actions: Möglichkeit der Establierung und ihre Grenzen im deutschen Kapitalmarktrecht”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2007.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com