

Nº 6

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

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDUE

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



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
Nº 6**

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>
DEPÓSITO LEGAL: V-1936-2020
ISSN: 2695 - 9976
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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

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

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

- Teresa Armenta Deu** (*Universidad de Girona*)
José M^a Asencio Mellado (*Universidad de Alicante*)
Silvia Barona Vilar (*Universidad de Valencia*)
Chiara Besso (*Università degli Studi di Torino*)
Paolo Biavati (*Università di Bologna*)
Ángel Bonet Navarro (*Universidad de Zaragoza*)
Hess Burkhard (*Instituto Max Planck de Luxemburgo*)
Manuel Cachón Cadenas (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
Loïc Cadiet (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*)
Pía Calderón Cuadrado (*Universidad de Valencia*)
Valentín Cortés Domínguez (*Universidad Autónoma de Madrid*)
Olga Fuentes Soriano (*Universidad Miguel Hernández, Elche*)
Faustino Cordón Moreno (*Universidad de Navarra*)
Andrés de la Oliva Santos (*Universidad Complutense de Madrid*)
Antonio del Moral García (*Magistrado del Tribunal Supremo*)
Ignacio Díez-Picazo Giménez (*Universidad Complutense de Madrid*)
Vicente Gimeno Sendra (*Universidad Nacional de Educación a Distancia*)
Juan Luís Gómez Colomer (*Universidad 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

REFLEXIONES SOBRE EL ARBITRAJE ESTATUTARIO AL HILO DE SU REGULACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL	9
<i>JAIMÉ VEGAS TORRES</i>	
LA QUIEBRA EN EL PROCESO CIVIL DE LA CONFIDENCIALIDAD DEBIDA EN LA MEDIACIÓN	47
<i>JUAN F. HERRERO PEREZAGUA</i>	
IMPLICACIONES EN EL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DEL PROYECTO DE LEY <i>WHISTLEBLOWER</i>.....	71
<i>OLIVER PASCUAL SUAÑA</i>	
EL TRATAMIENTO DEL MENOR INVESTIGADO O ACUSADO EN LOS MASS MEDIA: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE SU VIDA PRIVADA.....	113
<i>JORGE JIMÉNEZ MARTÍN</i>	
GÉNESIS, PRINCIPALES LINEAMIENTOS Y ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ..	149
<i>JUAN MANUEL ALCOCEBA GIL</i>	
EL DERECHO AL RECURSO EN CLAVE EUROPEA: EL RÉGIMEN PREVISTO POR LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN	181
<i>ELENA LARO GONZÁLEZ</i>	

REFLEXIONES SOBRE EL ARBITRAJE ESTATUTARIO AL HILO DE SU REGULACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

Reflections on statutory arbitration clauses in Spanish law

JAIME VEGAS TORRES

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Rey Juan Carlos
jaime.vegas@urjc.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE SOCIETARIO EN ESPAÑA. III. LAS DISTINTAS CLASES DE SOCIEDADES Y EL ARBITRAJE ESTATUTARIO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS SOCIEDADES COTIZADAS. 1. Arbitraje y sociedades personalistas. 2. Arbitraje y sociedades de capital no inscritas. 3. Arbitraje y sociedades cotizadas. IV. PRETENSIONES SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE ESTATUTARIO. V. SUJETOS VINCULADOS POR EL CONVENIO ARBITRAL ESTATUTARIO. 1. Vinculación a los estatutos sociales y vinculación al arbitraje estatutario. 2. Los socios disidentes del acuerdo de modificación de los estatutos para introducir la cláusula arbitral. 3. Los terceros legitimados para ejercitar acciones comprendidas en el ámbito objetivo del arbitraje estatutario. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El trabajo analiza la vigente regulación del arbitraje estatutario para la resolución de los conflictos internos de las sociedades mercantiles. Se presta especial atención los problemas que plantea el arbitraje estatutario en relación con los socios disidentes del acuerdo que lo establece y a la posible inconstitucionalidad de imponer el arbitraje a esos socios.

Abstract: This paper analyzes the current regulation of statutory arbitration clauses for the resolution of intra-corporate disputes. Special attention is paid to the problems posed by statutory arbitration clauses in relation to dissenting shareholders and the possible unconstitutionality of imposing arbitration on those shareholders.

Palabras clave: Arbitraje, cláusula arbitral estatutaria, impugnación de acuerdos sociales, derecho a la tutela judicial efectiva de los socios

Keywords: Arbitration, statutory arbitration clauses, challenge of social agreements, right to an effective remedy before a court of shareholders

I. INTRODUCCIÓN

La vigente regulación del arbitraje estatuario en los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA) trata de facilitar que las sociedades de capital incluyan en sus estatutos cláusulas arbitrales. A tal efecto, se autoriza a establecer el arbitraje estatuario a todas las sociedades de capital, sin limitación alguna, se utiliza una fórmula de gran amplitud para delimitar los asuntos que pueden ser objeto de esta modalidad de arbitraje (“todos los conflictos que en ellas [las sociedades de capital] se planteen”) y, finalmente, se dispone de manera expresa que las modificaciones de los estatutos sociales que tengan por objeto establecer el arbitraje estatuario se pueden aprobar por mayoría, lo que permite la introducción de cláusulas arbitrales en los estatutos que no las tuvieran ya establecidas aunque no estén de acuerdo todos los socios, siempre que se alcance la mayoría exigida, que es de dos tercios.

Esta regulación, si bien, como se ha dicho, crea un marco legal favorable al uso del arbitraje estatuario en el ámbito de las sociedades de capital, suscita algunas dudas en relación con la extensión objetiva y, sobre todo, subjetiva del arbitraje estatuario. Estas dudas, seguramente, están en el origen de los cambios en la regulación del arbitraje estatuario prevista en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros en 2014, que establecía algunas limitaciones o restricciones respecto a las previsiones de la LA. Las restricciones más significativas consistían, por un lado, en vedar el arbitraje estatuario a las sociedades cotizadas y, por otro, en que, si bien se mantenía para el resto de sociedades de capital la posibilidad de introducir el arbitraje en los estatutos sociales mediante acuerdo aprobado por mayoría cualificada, se reconocía a los socios disidentes de tal acuerdo el derecho de separación de la sociedad.

Los cambios propuestos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil no fueron bien recibidos en el mundo del arbitraje. Así se pone de manifiesto en las alegaciones presentadas por el Club Español del Arbitraje (CEA) en la tramitación del informe del Consejo de Estado, oponiéndose a las limitaciones del arbitraje estatuario previstas en el Anteproyecto, especialmente a la exclusión de las sociedades cotizadas y al derecho de separación de los disidentes del acuerdo de modificación de estatutos para establecer el arbitraje¹.

¹ La posición del CEA sobre esta materia puede verse también en la nota “Oposición del Club Español del Arbitraje al proyecto de Código Mercantil en materia de arbitraje societario” publicada

Ciertamente, el Anteproyecto de 2014 no ha sido enviado a las Cortes y no hay indicios de que lo vaya a ser próximamente. Es más, en caso de que algún Gobierno en el futuro retome esta iniciativa legislativa, lo más probable es que, incluso si decidiera basarse en los trabajos de la Sección 2ª de la Comisión General de Codificación (a lo que no estaría obligado), hiciera una reelaboración del texto para presentar su propio anteproyecto, que podría ser distinto al de 2014. Ahora bien, esto no supone que se puedan considerar cerradas las cuestiones que el Anteproyecto de 2014 puso encima de la mesa en relación con el arbitraje estatutario. Los problemas que puede plantear la actual regulación del arbitraje estatutario en la LA en relación con la tutela de los pequeños accionistas en las sociedades anónimas cotizadas, o las dudas sobre la constitucionalidad de una regulación que avala la imposición del arbitraje a socios que en ningún momento lo han consentido mantienen toda su actualidad y merecen ser considerados con interés en tanto dicha regulación siga vigente. Son cuestiones que, antes o después, incluso sin que se produzca ninguna reforma legal, podrían plantearse ante los tribunales, pues bastaría que, en una sociedad que hubiese establecido el arbitraje estatutario por mayoría, un socio disidente con tal acuerdo demandase a la sociedad ante los tribunales y, frente a la previsible excepción que la sociedad demandada opondría, defendiese hasta el final, llegando hasta el TC incluso, su derecho de acceso a los tribunales con argumentos basados en la inconstitucionalidad de la actual regulación. Por otro lado, se trata de cuestiones que siguen abiertas de cara a cualquier futura reforma legal en materia de arbitraje estatutario, sea con ocasión de una reforma general de la legislación mercantil o con la de una reforma de la legislación sobre sociedades o sobre arbitraje. Hay que tener en cuenta, por lo demás, que mantener vigente una regulación cuya constitucionalidad, en el mejor de los casos, suscita importantes dudas, genera una inseguridad jurídica que no favorece que se extienda el uso del arbitraje estatutario².

en https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/nota_del_club-espanol_del_arbitraje_sobre_la_regulacion_del_arbitraje_societario.pdf

² En esta línea, PERALES VISCASILLAS, M.P., “Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa)”, *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, nº 13, 2012, si bien considera que la regulación de la LA no es contraria a la Constitución, admite “la alarma que en los círculos arbitrales está suscitando esta cuestión” y que esta alarma podría causar un desgaste de la institución arbitral y un efecto negativo contra el arbitraje societario. Más recientemente, LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y AZAGRA MALO, J., “Arbitraje estatutario: diez años después”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 984/2022, afirman que “la relativamente baja utilización del arbitraje que venimos describiendo se debe muy probablemente, por un lado, a la polémica que se generó con la posibilidad de introducir un convenio arbitral mediante modificación estatutaria sin el voto favorable de todos los socios

En el presente trabajo se reflexiona sobre el arbitraje estatutario en España prestando particular atención a los aspectos de su regulación vigente discutidos con ocasión del Anteproyecto de Código Mercantil, cuestiones que, como se ha indicado, revisten el máximo interés, pues ponen de manifiesto posibles tensiones entre la extensión del arbitraje en el ámbito societario y el derecho a la tutela judicial efectiva de los socios, y que no cabe considerar zanjadas en nuestro ordenamiento jurídico al no haberse producido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el ajuste a las exigencias constitucionales de la actual regulación.

II. EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE SOCIETARIO EN ESPAÑA

Dejando de lado precedentes históricos más remotos³, desde la Ley de sociedades anónimas de 1951 el uso del arbitraje como medio de resolución de los conflictos internos de las sociedades mercantiles estuvo prácticamente excluido en España hasta el año 1998. Antes de esa fecha, la jurisprudencia entendía que nuestro ordenamiento jurídico no admitía la sumisión a arbitraje de los conflictos surgidos en el seno de las sociedades mercantiles y, en particular, de la impugnación de acuerdos sociales.

El artículo 70 de la citada LSA de 17 de julio de 1951 regulaba el procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales y disponía, respecto a la competencia para conocer de esta materia, lo siguiente: “Será Juez competente para conocer del asunto, *con exclusión de cualquier otro*, el de Primera Instancia correspondiente al lugar donde se hubiere celebrado la Junta general de accionistas”. El art. 118 del Texto Refundido de la LSA de 1989, atribuyó la competencia para conocer de las acciones de impugnación de acuerdos sociales al Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio social, utilizando igualmente la fórmula “con exclusión de cualquier otro”. Por otro lado, el artículo 22.1º de La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción originaria de 1985, disponía que, en el orden civil, los Juzgados y Tribunales

(apartado segundo del artículo 11 bis), y, por otro, a la Propuesta de Código Mercantil de 2013, que propuso limitar el ámbito objetivo del arbitraje estatutario (excluía a las cotizadas) e incluyó un derecho de separación en el supuesto de que los estatutos previeran una cláusula de sumisión a arbitraje de los conflictos societarios”.

³ Sobre los antecedentes históricos del arbitraje societario en España pueden encontrarse excelentes exposiciones en MUÑOZ PLANAS, J.M., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, 1978, y GÓMEZ PORRÚA, J.M., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 2, 2002, págs. 1927 y sigs.

españoles serán competentes “con carácter exclusivo”, entre otros asuntos, “en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos”. Estas cláusulas de exclusividad en la atribución de competencia a los tribunales fueron entendidas en el sentido de que excluían la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales y las cuestiones sobre constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no se oponía a que los estatutos sociales incluyeran cláusulas de sumisión a arbitraje, pero limitaba drásticamente el ámbito de aplicación de dichas cláusulas al excluir su extensión a la impugnación de acuerdos sociales y, en general, a todos aquellos aspectos de la vida de las sociedades mercantiles cuya regulación legal era considerada imperativa y no disponible. Es clásica la cita, a este respecto, de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971 (Roj: STS 62/1971). Esta última sentencia se refería a un caso en el que un socio había reclamado ante los tribunales la nulidad de unas juntas generales de accionistas, así como de los acuerdos que en las mismas se adoptaron. La sociedad había opuesto la excepción de incompetencia de jurisdicción con base en una cláusula compromisoria incluida en los estatutos sociales que establecía el arbitraje para resolver “toda cuestión o controversia que pueda surgir entre los socios en cuanto a tales o entre ellos y la sociedad”. La excepción fue desestimada en primera y segunda instancias y el Tribunal Supremo confirmó estos pronunciamientos atendiendo a “*que las exigencias contenidas en los artículos 53, 108 y 110 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 que la sentencia recurrida declaró vulneradas (...) dada su naturaleza y la finalidad perseguida por el Legislador al establecerlas, constituyen normas de auténtico derecho imperativo o necesario, no susceptibles de modificación y mucho menos derogación por los particulares, en contra de las cuales no cabe utilizar el pacto societario (...), características que, haciéndose eco de la jurisprudencia anterior, proclamaron recientemente las sentencias de esta Sala de 29 de marzo de 1960 y 4 de noviembre de 1961, entre otras; y que impiden que acerca de ellas se susciten cuestiones o controversias, de aquéllas a que la segunda parte*

⁴ En contra de esta interpretación, CREMADES SANZ-PASTOR, B. M., “El arbitraje societario”, *Diario La Ley*, año XXI, nº 5211, 22 de diciembre de 2000; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho societario*, Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 157.

de la cláusula de compromiso que aquí se examina reduce la posibilidad de aplicación del arbitraje convencionalmente instituido". Como se puede apreciar, no se niega eficacia a la cláusula compromisoria de los estatutos sociales, pero se excluye que dicha cláusula extienda sus efectos a las controversias entre los socios y la sociedad que afecten a materias reguladas por normas de Derecho imperativo o necesario, no susceptibles de modificación ni derogación por los particulares.

No fue el Tribunal Supremo, sino la Dirección General de los Registros y del Notariado la que, en su resolución de 19 de febrero de 1998, inició el cambio de situación. Esta resolución revocó la nota del Registrador Mercantil que denegaba la inscripción de la cláusula de sumisión a arbitraje de determinados conflictos sociales incluida en los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada. Respondiendo a los argumentos en que se había basado la calificación negativa impugnada, la DGRN establece la siguiente doctrina:

- 1º Que el convenio arbitral puede integrarse en los propios estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más que, en la medida en que es objeto de publicidad registral, vincula a los socios presentes y futuros.
- 2º Que no es necesario que el convenio arbitral determine qué concretas materias se han de entender sujetas y cuáles excluidas del arbitraje.

En relación con esto último, la resolución hace referencia a determinadas materias concretas que el Registrador había considerado no susceptibles de arbitraje y que la DGRN por el contrario, entiende que sí podrían someterse a arbitraje. Entre estas materias, se mencionan expresamente la exigencia de responsabilidad a los administradores, incluso cuando no sean socios, y también la impugnación de acuerdos sociales.

Poco después de esta importante resolución, el Tribunal Supremo modifica su jurisprudencia en el mismo sentido. Así resulta de la STS 1ª de 18 de abril de 1998 (Roj: STS 2489/1998) en un recurso de casación que tenía por objeto la decisión de una Audiencia Provincial de desestimar la excepción de sumisión a arbitraje en un proceso sobre nulidad de la convocatoria de la junta de accionistas e impugnación de los acuerdos sociales. La Audiencia había basado su decisión, entre otras razones, en el criterio jurisprudencial hasta ese momento imperante de que la nulidad de juntas generales e impugnación de acuerdos sociales estaba sustraída a la posibilidad de convenio arbitral, por ser materia indisponible.

El TS revoca este pronunciamiento, confirmando, en primer lugar, la admisibilidad de incorporar el convenio arbitral en los estatutos sociales (lo que, en realidad, el TS nunca había rechazado), y declarando de manera expresa (aquí radicaba la novedad) que el arbitraje puede aplicarse a la nulidad de la junta general y a la impugnación de acuerdos sociales. La sentencia admite que hasta ese momento la Sala había negado esa posibilidad, pero justifica su cambio de criterio invocando las reformas de la legislación de arbitraje y de la societaria, y argumentando que, si bien la impugnación de acuerdos está regida por normas de *ius cogens*, el convenio arbitral no afecta a dichas normas, sino al cauce procesal para aplicarlas y que el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los acuerdos impugnados.

Combate también el Tribunal Supremo los argumentos contrarios a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales basados en los artículos 22 de la LOPJ de 1985 y 118 del TRLSA de 1989, rechazando que dichos preceptos tengan nada que ver con la cuestión, pues el primero se refiere a la competencia internacional y el segundo a la competencia objetiva y territorial, sin que ninguno de los dos pretenda establecer ninguna regla de exclusión del arbitraje.

A partir de entonces, el Tribunal Supremo ha aplicado la misma doctrina favorable a la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales (STS 1ª de 9 de julio de 2007, Roj: STS 5668/2007) y otras cuestiones como las pretensiones de disolución y liquidación de la sociedad (STS 1ª de 30 de noviembre de 2001, Roj: STS 9406/2001) o el ejercicio de la acción social de responsabilidad de un socio contra otro, administrador de la sociedad (STS 1ª de 15 de septiembre de 2004, Roj: STS 5699/2004).

Establecida la anterior doctrina bajo la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1988, que no regulaba de manera especial el arbitraje societario, el legislador debió entender, al aprobar la posterior Ley de Arbitraje de 2003, que no era necesaria ninguna norma referida particularmente a esta materia, siendo suficientes las normas generales sobre ámbito del arbitraje y sobre forma del convenio arbitral para dar cobertura al arbitraje societario con la extensión y en los términos jurisprudencialmente fijados desde 1998⁵. Lo cierto

⁵ Así lo entendió también la doctrina anterior a la reforma de la LA de 2011: cfr. CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 21, 2003, pág. 197. También FERNÁNDEZ-ARMESTO Y FERNÁNDEZ-ESPAÑA, J., “El arbitraje societario tras la última reforma”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 52, 2012, pág. 145,

es que la Ley de 2003, en su redacción inicial, no contemplaba el arbitraje societario.

Posteriormente, en 2007, se introduce una referencia expresa al arbitraje estatutario en el Reglamento del Registro Mercantil⁶ y, más tarde, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, incorporó a la Ley de Arbitraje el vigente artículo 11 bis, referido al arbitraje de los conflictos que se planteen en las sociedades de capital. El preámbulo de la Ley 11/2011 justifica la introducción del precepto aludiendo a la necesidad de aclarar “las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital”. El argumento es discutible, pues, como se ha visto, en el año 2011 no existían grandes dudas sobre la arbitrabilidad de esos conflictos ni sobre la posibilidad de establecer el arbitraje en los estatutos sociales, cuestiones que ya habían sido resueltas jurisprudencialmente. Más bien parece que lo que se pretendía era fomentar el uso del arbitraje societario al entender, quizá, que, pese a la favorable evolución de la jurisprudencia al respecto, dicha modalidad de arbitraje no había alcanzado el desarrollo que se consideraba deseable⁷.

Sea cual fuere su propósito, la reforma de 2011 introduce en la Ley de Arbitraje una regulación del arbitraje societario que se concreta en los siguientes puntos:

- 1) Previsión expresa de la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que se planteen en las sociedades de capital.
- 2) Exigencia de mayoría de 2/3 del capital para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje.
- 3) Establecimiento de reglas especiales para someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales por los socios o administradores: la designación de los árbitros y la administración del arbitraje debe confiarse a una institución arbitral.

Con posterioridad a la Ley 11/2011 y con base en una propuesta elaborada por la Sección 2ª de Derecho Mercantil de la Comisión General de

afirma que el legislador de 2003 “quizá pensaba que, con la jurisprudencia favorable de la DGRN y del TS, el arbitraje societario estaba consolidado”.

⁶ El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, modificó los artículos 114.2 y 175.2 del RRM para establecer la posibilidad de hacer constar en la inscripción de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, respectivamente, “el pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos”.

⁷ FERNÁNDEZ-ARMESTO Y FERNÁNDEZ-ESPAÑA, J., “El arbitraje societario tras la última reforma”, cit., pág. 146, apunta a que la reforma de 2011, más allá de propósito aclaratorio expresado en su preámbulo, pretendía facilitar el arbitraje estatutario.

Codificación, el Consejo de Ministros aprueba y remite al Consejo de Estado un Anteproyecto de Ley de Código Mercantil fechado el 31 de julio de 2014. El órgano consultivo emitió su informe el 29 de enero de 2015 y, con posterioridad, la Comisión General de Codificación elaboró una nueva propuesta que tenía en cuenta el informe del Consejo de Estado y que fue publicada en marzo de 2018. Este importante texto prelegislativo propone una regulación del arbitraje estatutario que implicaría cambios sustanciales respecto a las previsiones del vigente artículo 11 bis de la LA. De acuerdo con el artículo 213-20 del Anteproyecto, el arbitraje estatutario quedaría sujeto a las siguientes previsiones:

- 1) Se excluye a las sociedades cotizadas, cuyos estatutos no podrán establecer el arbitraje. Esta limitación no existe en la regulación vigente.
- 2) Se precisan las controversias que se podrían someter a arbitraje, haciendo expresa referencia a las siguientes: las relativas a la interpretación y aplicación de las normas estatutarias, las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o por administradores, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria.
- 3) Se admite únicamente el arbitraje de Derecho, limitación que no existe en la regulación vigente.
- 4) Se impone el arbitraje institucional para todos los arbitrajes estatutarios, exigencia que en la regulación vigente está limitada a los arbitrajes sobre impugnación de acuerdos sociales.
- 5) En cuanto a las mayorías exigidas para la introducción del arbitraje en los estatutos, se distingue entre las sociedades personalistas, en las que se exige la unanimidad, y las sociedades de capital, en las que basta una mayoría de 2/3, si bien se reconoce al socio que hubiera votado en contra de este acuerdo el derecho de separación (art. 271-5), previsión, esta última, que no contempla la regulación vigente.

La evolución del arbitraje societario en España pone de manifiesto, en conclusión, que, si bien cabe considerar resueltas, en sentido favorable, las viejas cuestiones sobre la arbitrabilidad de los conflictos internos de las sociedades mercantiles y sobre la posibilidad de establecer el arbitraje en los estatutos sociales, distan aún de resultar pacíficos algunos aspectos importantes de esta faceta del arbitraje, en relación, principalmente, con su ámbito objetivo y subjetivo. El Anteproyecto de Código Mercantil evidencia que se trata de cuestiones que no cabe considerar resueltas, al proponer

respuestas diferentes a las que da la actual regulación, excluyendo del arbitraje societario a las sociedades cotizadas o reconociendo el derecho de separación al socio discrepante del acuerdo de la mayoría para establecer en los estatutos el arbitraje.

III. LAS DISTINTAS CLASES DE SOCIEDADES Y EL ARBITRAJE ESTATUTARIO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS SOCIEDADES COTIZADAS

1. ARBITRAJE Y SOCIEDADES PERSONALISTAS

El artículo 11 bis de la LA regula el arbitraje estatutario haciendo referencia exclusivamente a las sociedades de capital, concepto en el que han de considerarse incluidas, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.

No hay que interpretar este precepto, sin embargo, en el sentido de que pretenda excluir el arbitraje en otros tipos de sociedades. La única conclusión que cabe extraer sería la de que el arbitraje estatutario en las sociedades de capital estaría sujeto a las previsiones especiales de los artículos 11 bis y 11 ter de la LA, y que la admisibilidad y el régimen jurídico del arbitraje en otro tipo de sociedades habría de determinarse de acuerdo con el régimen general de la LA y con la regulación legal propia del tipo de sociedad de que se trate, sin referencia a dichas previsiones especiales⁸. A este respecto, es pertinente recordar ahora la jurisprudencia anterior a 2011, arriba reseñada, que admitía con gran amplitud el arbitraje societario, con base exclusivamente en la regulación general de la Ley de Arbitraje en la que entonces no existía ninguna norma especial sobre arbitraje estatutario.

De acuerdo con lo anterior, por tanto, ha de admitirse el arbitraje para resolver los conflictos que puedan surgir en las *sociedades personalistas*, si bien en este caso, de acuerdo con las reglas legales propias de este tipo de

⁸ En este sentido, OLIVENCIA RUIZ, M., “Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario”, en GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, 2ª ed., Aranzadi, 2011; ARIZA COLMENAREJO, M.J., “La regulación del arbitraje estatutario”, en DAMIÁN MORENO, J. (dir.), *La reforma de la ley de arbitraje de 2011: (comentarios a la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, 2011; PERALES VISCASILLAS, M.P., “Arbitraje Estatutario”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág 768; PÉREZ BERENGENA, J.C., “La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema”, *Diario La Ley*, nº 8634, 2015.

sociedades, deberá entenderse que la inclusión en los estatutos de un convenio arbitral para la resolución de esos conflictos requiere la unanimidad de los socios (art. 212 RRM)⁹.

2. ARBITRAJE Y SOCIEDADES DE CAPITAL NO INSCRITAS

La misma solución se aplicaría a las *sociedades de capital no inscritas*. A las sociedades devenidas irregulares, porque se les aplican las normas de la sociedad colectiva (art. 39.1 LSC) y, en general porque, la previsión estatutaria, aun no inscrita, expresa la voluntad de los otorgantes de pactar el convenio arbitral, vinculando como mínimo a los firmantes¹⁰.

Por lo demás, para determinadas clases de sociedades, es su propia regulación legal específica la que contempla de manera expresa la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos internos de la sociedad.

Así, para las *sociedades cooperativas*, la D.A. 10^a de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas contempla expresamente la posibilidad de someter a arbitraje las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación. Precisa la norma, siguiendo de manera casi literal a la STS 1^a de 18 de abril de 1998, que “dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes”.

También se incluye expresa referencia al arbitraje en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de *sociedades profesionales*, disponiendo que en el contrato social se pueda establecer que las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre socios y administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución (art. 18).

⁹ OLIVENCIA RUIZ, M., “Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario”, cit.; PÉREZ BERENGENA, J.C., “La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema”, cit.

¹⁰ En este sentido, PÉREZ BERENGENA, J.C., “La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema”, cit.

3. ARBITRAJE Y SOCIEDADES COTIZADAS

Como se ha apuntado más arriba, la principal cuestión que plantea el ámbito del arbitraje estatutario en relación con los diferentes tipos de sociedades es si debe ser excluida o no de dicha modalidad de arbitraje la conflictividad interna de las *sociedades cotizadas*. Es preciso advertir que ni la vigente Ley de Arbitraje, ni la legislación en materia de sociedades proporciona actualmente base alguna para excluir el arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas. El artículo 11 bis de la LA se refiere a las sociedades de capital, sin distinguir las cotizadas de las no cotizadas, sin que la LSP establezca tampoco ninguna exclusión ni especialidad alguna respecto de la aplicación del arbitraje estatutario en las sociedades anónimas cotizadas¹¹.

No cabe ignorar, en cualquier caso, que la posibilidad de incluir cláusulas arbitrales en los estatutos de las sociedades cotizadas ha sido muy cuestionada por autorizadas voces de la doctrina mercantilista¹². Estas posiciones doctrinales contrarias al arbitraje societario en las sociedades cotizadas pueden haber tenido alguna influencia en la propuesta de Anteproyecto de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación, cuyo artículo 213-20, como se ha señalado más arriba, excluye expresamente el arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas¹³.

Esta exclusión fue objeto de informe favorable en el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de enero de 2015, al entender el órgano consultivo que se basa en la protección de los accionistas minoritarios como límite que, en determinados casos, puede imponerse al principio mayoritario, especialmente en las sociedades cotizadas, dada su caracterización de sociedades abiertas en las que el capital social se encuentra distribuido entre los accionistas en muy pequeños porcentajes.

¹¹ A favor de la aplicabilidad del arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas se pronuncian CREMADES SANZ-PASTOR, B. M., “El arbitraje societario”, cit.; CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, cit., pág. 202

¹² MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M., “La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje”, *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, 2002, págs. 2021-2026, cuestiona la idoneidad del arbitraje para solventar los conflictos internos de las sociedades cotizadas, con base en que en esas sociedades “confluyen intereses múltiples que trascienden al orden público económico y cuyo régimen legal ha de ser rígidamente imperativo”.

¹³ Sobre la exclusión del arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas en el Anteproyecto de Código Mercantil, cfr. OLIVENCIA RUIZ, M., “El arbitraje en el anteproyecto de Código Mercantil”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de Almería, nº 7, 2014.

Parece, pues, que la exclusión del arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas vendría a tener un fundamento similar al de la invalidez de la sujeción expresa en contratos con consumidores o usuarios del artículo 54.2 de la LEC. Se trataría en ambos casos de defender a la parte débil frente a la imposición por la parte fuerte del tribunal que haya de dirimir las disputas entre una y otra. La norma de la LEC protegería al consumidor frente a la imposición contractual del empresario o profesional de los tribunales de un lugar determinado, mientras que la exclusión del arbitraje en las sociedades cotizadas protegería al accionista minoritario frente a la imposición por la mayoría de un tribunal arbitral, con la consiguiente exclusión del acceso a los tribunales.

Ciertamente, el riesgo de que el arbitraje societario pueda derivar en un perjuicio injustificado a los accionistas minoritarios se agrava en las sociedades cotizadas, en las que, como apunta el Consejo de Estado, el capital social puede encontrarse repartido entre los accionistas en muy pequeños porcentajes. Ahora bien, la exclusión radical del arbitraje estatutario en este tipo de sociedades es, tal vez, una medida excesiva, al menos si lo único que pretende es conjurar ese riesgo. Hay que tener en cuenta que no todos los conflictos que puedan producirse en el seno de una sociedad anónima cotizada enfrentarán a la sociedad, o a sus administradores, o a los socios mayoritarios, con un socio minoritario. En los casos en que no esté implicado en el conflicto un accionista minoritario no parece que esté justificado excluir que los estatutos puedan imponer a las partes el arbitraje. Si lo que se pretende, en definitiva, es proteger al pequeño accionista, no sería necesario, seguramente, excluir de modo absoluto y radical el arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas, sino que podría ser suficiente con una norma que estableciera que las cláusulas arbitrales incorporadas a los estatutos de estas sociedades no pudieran hacerse valer frente a los accionistas minoritarios, de manera que si estos demandan ante los tribunales sobre una materia sometida a arbitraje no se les pudiera oponer la excepción, sin que ello impidiera, por lo demás, que el minoritario ejercitara su acción, si así le conviniera, promoviendo un arbitraje al amparo de la cláusula estatutaria. Esta solución, ciertamente, mermaría la efectividad de la cláusula arbitral estatutaria, pero no la vaciaría por completo de contenido, pues tendría plena efectividad para los conflictos en que no fuera parte ningún pequeño accionista e, incluso, como se ha indicado, en los que sí se dé tal circunstancia siempre que sea precisamente el socio minoritario quien promueva el arbitraje.

IV. PRETENSIONES SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE ESTATUTARIO

El artículo 11 bis de la LA contempla la posibilidad de someter a arbitraje “los conflictos que se planteen en las sociedades de capital”. La arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, por lo demás, aparece expresamente reconocida en el apartado 3 del citado artículo.

En este punto, el Anteproyecto de Código mercantil delimita las materias que los estatutos sociales pueden someter a arbitraje de manera algo más detallada, haciendo referencia a las controversias o conflictos que se susciten en la interpretación y en la aplicación de las normas estatutarias, las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o por administradores, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria. En cualquier caso, la remisión final a “cualquiera otros conflictos de naturaleza societaria” supone que el Anteproyecto no limita tampoco las materias susceptibles de arbitraje estatutario.

El único límite, por tanto, a la arbitrabilidad de los conflictos internos de las sociedades mercantiles es el que deriva del artículo 2.1 de la LA, que ciñe el arbitraje a las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho¹⁴.

Ahora bien, para precisar el alcance de este límite general es preciso determinar qué conflictos, de entre los que pueden producirse en el seno de una sociedad, se refieren a materias disponibles y cuáles afectan a materias no disponibles. Ya se ha indicado que, durante mucho tiempo, la jurisprudencia realizó esta distinción atendiendo a la naturaleza imperativa o dispositiva de las normas jurídicas aplicables, considerando no disponibles (y, por tanto, no arbitrables) las controversias cuya resolución hubiera de hacerse aplicando normas imperativas o cogentes. De ello derivó una severa limitación del ámbito del arbitraje societario habida cuenta de la naturaleza imperativa de muchas de las disposiciones de la legislación societaria. En particular, se excluía la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales atendiendo a la naturaleza imperativa de las normas legales que regulan su adopción.

¹⁴ En este sentido, ARIZA COLMENAREJO, M.J., “La regulación del arbitraje estatutario”, cit.; PERALES VISCASILLAS, M.P., “Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa)”, cit., defiende que no son aplicables al arbitraje estatutario ni siquiera las limitaciones generales que derivan del art. 2.1 LA, y que este podría extenderse a cualquier materia, disponible o indisponible, con el único límite del orden público; v. también, de la misma autora, “Arbitraje Estatutario”, cit., pág. 770.

La STS 1ª de 18 de abril de 1998 abandonó este enfoque y abrió el camino para que el arbitraje pudiera extenderse a cualquier conflicto siempre que la pretensión sometida a los árbitros fuese disponible, con independencia de la naturaleza imperativa o dispositiva de las normas aplicables al caso. Se rompe así la identificación de “materia no disponible” con “materia regulada por normas imperativas”, lo que permite ampliar extraordinariamente el ámbito de aplicación del arbitraje en conflictos societarios¹⁵. De acuerdo con este planteamiento, el Tribunal Supremo, en la sentencia citada, concluye que “el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos”, poniendo el acento, por tanto, en el poder de disposición de los socios sobre las pretensiones impugnatorias para determinar la posibilidad de someter a arbitraje dichas pretensiones.

Partiendo de que la correcta interpretación —y no solo para el arbitraje societario— del artículo 2.1 de la LA exige atender a la disponibilidad de las pretensiones y no a la de las normas aplicables al caso, cabe preguntarse por el criterio para determinar si una pretensión es o no disponible¹⁶. A este respecto, hay que tener en cuenta el artículo 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se menciona expresamente el sometimiento a arbitraje como un acto dispositivo del objeto del juicio, junto a la renuncia, el allanamiento, el desistimiento o la transacción, y se precisa que dichos actos serían posibles en todos los casos “excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”. Adicionalmente, cabe atender a si la consecuencia jurídica que se pretenda puede ser alcanzada por los particulares, sin intervención judicial, o si esa consecuencia jurídica únicamente puede obtenerse por medio de sentencia; en el primer caso la pretensión sería disponible y, por tanto, arbitrable, mientras que en el segundo no¹⁷.

No existen en la LSC prohibiciones ni limitaciones al poder de disposición de los sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones que en dicha Ley se contemplan. Respecto a las acciones de impugnación de acuerdos sociales, el artículo 207 de la LSC remite a las “disposiciones de la Ley de

¹⁵ En contra de esta identificación, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar”, cit., pág. 16.

¹⁶ ARIZA COLMENAREJO, M.J., “La regulación del arbitraje estatutario”, cit., apunta que lo realmente determinante para establecer si el objeto del arbitraje puede someterse a este mecanismo no es la materia, sino el tipo de pretensión que se solicita.

¹⁷ En este sentido, MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje. I. Las materias de libre disposición”, en BARONA VILAR, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Thomson-Civitas, 2004, pág. 122.

Enjuiciamiento Civil”. La LEC tampoco establece prohibiciones ni limitaciones a la disponibilidad de las acciones derivadas de conflictos internos de las sociedades mercantiles, si bien, con referencia a las acciones de impugnación de acuerdos sociales, contiene normas especiales (en materia de acumulación de procesos y de extensión de los efectos de la sentencia) de las que derivan exigencias que han respetarse igualmente en los procesos arbitrales, lo que debería tenerse en cuenta al establecer el arbitraje para esas acciones¹⁸.

V. SUJETOS VINCULADOS POR EL CONVENIO ARBITRAL ESTATUTARIO

1. VINCULACIÓN A LOS ESTATUTOS SOCIALES Y VINCULACIÓN AL ARBITRAJE ESTATUTARIO

La incorporación del convenio arbitral a los estatutos sociales implica que, en principio, el círculo de sujetos vinculados por la cláusula arbitral sea coincidente con el de los vinculados por el conjunto del texto estatutario. Esto incluye, por tanto, a los socios, a la propia sociedad, y a los administradores y liquidadores.

Ahora bien, la imposición del arbitraje para la resolución de un conflicto requiere, según consolidada jurisprudencia constitucional, el consentimiento de quienes, al aceptar el arbitraje, van a verse privados de la vía judicial. Desde esta perspectiva es pertinente preguntarse si la inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos sociales puede considerarse suficiente a efectos de entender cumplida la exigencia de consentimiento por parte de todos los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma estatutaria.

No suscita ninguna duda que el pacto estatutario expresa el consentimiento de los socios fundadores¹⁹. Por la misma razón, las modificaciones estatutarias implican el consentimiento de los socios que las aprueban. No

¹⁸ Sobre la exigencia de acumular las impugnaciones de acuerdos sociales y la articulación de la acumulación de procedimientos arbitrales, CREMADES SANZ-PASTOR, B. M., “El arbitraje societario”, cit.

¹⁹ En este sentido, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar”, Documento de trabajo 2009/11, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, UCLM, pág. 14; ARIZA COLMENA-REJO, M.J., “La regulación del arbitraje estatutario”, cit., observa atinadamente que el arbitraje estatutario establecido en el momento constitutivo de la sociedad cumple íntegramente los requisitos del art. 9 LA respecto del convenio arbitral.

cabe poner en duda, por tanto, la vinculación a la cláusula estatutaria de arbitraje de los socios fundadores o de los que aprobaron la modificación estatutaria en cuya virtud se incorporó la cláusula arbitral a los estatutos. Cuestión distinta, que trataremos separadamente, es la vinculación a la cláusula arbitral de los socios que votaron en contra de la modificación estatutaria, problema que solo se plantea si se admite que esta modificación se apruebe por mayoría.

Respecto a los socios que se incorporan a la sociedad con posterioridad a la inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos, es cierto que no han prestado de manera directa su consentimiento a dicha cláusula, pero se debe entender que su decisión voluntaria de integrarse en una sociedad con unos determinados estatutos lleva consigo el consentimiento a quedar vinculado por la norma estatutaria, incluida la cláusula arbitral que estuviese incorporada a la misma²⁰.

La sociedad misma también está vinculada por los estatutos, si bien es cierto que cabe cuestionar que en la aprobación de la norma estatutaria intervenga la “voluntad” de la sociedad. En cualquier caso, cabe considerar que los estatutos, una vez aprobados, constituyen un acto imputable a la sociedad y, por tanto, que expresa la voluntad de esta²¹. Por otro lado, ninguna duda cabe de que la inclusión de la cláusula arbitral mediante una

²⁰ Así lo entendía ya MUÑOZ PLANAS, J.M., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, cit., págs. 418-419; GÓMEZ PORRÚA, J.M., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, cit., pág. 1960; CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005, pág. 220; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, nº 32/2009, subraya que “la asunción de la condición de socio, que tiene lugar mediante la adquisición de acciones o participaciones, supone la suscripción por el adquirente de los Estatutos que regulan el funcionamiento de la sociedad, por lo que vinculan a los nuevos socios, titulares derivativos de la acción o participación”. En el mismo sentido, CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, cit., pág. 205; ILLESCAS ORTIZ, R., “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Aranzadi, 2008, vol. 1, núm. 1, pág. 40; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar”, cit., págs. 14-15; ARIZA COLMENAREJO, M.J., “La regulación del arbitraje estatutario”, cit., hace la salvedad de que el nuevo socio, al incorporarse a la sociedad, expresamente manifieste su voluntad en contra de someterse al arbitraje, en cuyo caso sí que podría considerarse que el convenio arbitral no le vincula.

²¹ MUÑOZ PLANAS, J.M., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, cit., págs. 414-415; CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, cit., pág. 220; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, cit., justifica la sujeción de la sociedad al arbitraje estatutario en la especial naturaleza del contrato de sociedad en cuya virtud la persona jurídica así creada está gobernada por las reglas de la organización que la ha creado y, sustancialmente, por las que constan en los estatutos y, entre ellas, en lo que ahora interesa, por aquella en la que consta la cláusula arbitral.

modificación de los estatutos expresa la voluntad de la sociedad, ya que las modificaciones estatutarias se aprueban mediante acuerdo de la junta general (art. 160 c) LSC), y sería absurdo entender que en este caso la cláusula arbitral sí ha sido consentida por la sociedad y en el caso de su incorporación inicial a los estatutos no existe ese consentimiento.

En cuanto a los administradores y liquidadores, cuando no son socios (art. 212.2 LSC), es claro que su voluntad tampoco ha intervenido en la aprobación de los estatutos o de sus modificaciones. Ahora bien, la sujeción de los administradores y liquidadores a los estatutos sociales es inherente a su función y se ha de entender que, al aceptar el cargo, consienten quedar vinculados por el contenido íntegro de la norma estatutaria, incluida la cláusula arbitral²². Si el arbitraje estatutario se aprueba por la junta después de la aceptación del administrador, el consentimiento de este podrá inferirse del hecho de no haber renunciado a su cargo una vez aprobada la modificación estatutaria.

2. LOS SOCIOS DISIDENTES DEL ACUERDO DE MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS PARA INTRODUCIR LA CLÁUSULA ARBITRAL

Como ya se ha señalado, el artículo 11 bis de la LA permite que el arbitraje estatutario se establezca mediante modificación de los estatutos sociales cuya aprobación requiere el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divide el capital social. El acuerdo así aprobado vincularía a todos los socios, incluso a los disidentes y a los que no hubieran participado en la reunión de la junta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159.2 de la LSC.

La vinculación de los socios disidentes a la cláusula de arbitraje introducida mediante una modificación de los estatutos aprobada por mayoría, si bien cuenta con un apoyo importante en la doctrina²³ es, seguramente,

²² En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., "Arbitraje y Derecho de sociedades", *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, 2002, pág. 2048; CALAZA LÓPEZ, S., "El arbitraje societario", cit., pág. 203; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho societario*, cit., págs. 215-218; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad", cit.; SÁNCHEZ GIMENO, S., "Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 49-2018, pág. 109.

²³ Antes de la Ley 11/2011, se habían pronunciado a favor de la suficiencia de la mayoría de capital para aprobar la introducción en los estatutos de la cláusula arbitral CREMADES SANZ-PASTOR, B. M., "El arbitraje societario", cit.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., "Arbitraje y Derecho de sociedades", cit., págs. 2048-2049; CALAZA LÓPEZ, S., "El arbitraje societario", cit., pág. 206; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho societario*,

el punto más cuestionado de la regulación legal vigente del arbitraje estatutario.

El principal problema que plantea esta regulación es su compatibilidad con las exigencias constitucionales que derivan de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la institución del arbitraje y el derecho a la tutela judicial efectiva. Voces muy autorizadas de la doctrina mercantilista se muestran muy críticas con las previsiones legales que nos ocupan denunciando su posible inconstitucionalidad, al entender que despoja a los disidentes de su derecho a la tutela judicial efectiva, con la consiguiente vulneración del artículo 24 de la Constitución²⁴. Se dice, además, que lo dispuesto en

cit., págs. 213-214; ILLESCAS ORTIZ, R., “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, cit., págs. 40-41; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, nº 32/2009, cit.; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. y MUÑOZ PÉREZ, A.F., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Marcial Pons, 2007, pág. 440; PERALES VISCASILLAS, M.P., “La reforma de la Ley de Arbitraje y el arbitraje societario”, *Derecho de los Negocios*, n. 243, 2010. Tras la reforma de la LA de 2011, las previsiones de la Ley sobre introducción del arbitraje estatutario por mayoría son aplaudidas por FERNÁNDEZ-ARMESTO Y FERNÁNDEZ-ESPAÑA, J., “El arbitraje societario tras la última reforma”, cit., pág. 148; SÁNCHEZ GIMENO, S., “Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje”, cit., págs. 106-107.

²⁴ Ya en 1978, MUÑOZ PLANAS, J.M., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, cit., pág. 432, afirmaba que “privar a los socios de la tutela jurisdiccional de sus derechos implicados en una controversia ya sea potencial o actual” es algo que “escapa al poder decisorio de la mayoría”; en la misma línea, consideran necesario el consentimiento de todos los socios GÓMEZ PORRÚA, J.M., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, cit.; POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, en *Butlletí del Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 4, 1992 y MARTÍN PASTOR, J., “Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 59, 2000, pág. 269. Especialmente crítico con el establecimiento del arbitraje estatutario por mayoría sin mecanismos correctores, al entender que con ello se vulnera la Constitución, fue el prof. Manuel Olivencia; en este sentido, OLIVENCIA RUIZ, M., “La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales”, en *Estudios de Derecho del Comercio Internacional: homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, 2013; “Quórum y mayorías en las sociedades de capital. A propósito del artículo 11.bis.2 de la Ley de Arbitraje”, en *Liber amicorum Juan Luis Iglesias, Civitas-Thomson Reuters*, 2014; “El arbitraje en el anteproyecto de Código Mercantil”, cit.; “Ley de arbitraje: Cláusula estatutaria arbitral y anteproyecto de código mercantil”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, 2015. En la misma línea, PÉREZ BERENGENA, J.C., “La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema”, cit. y VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., “En torno al arbitraje societario”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 67. GONZÁLEZ NAVARRO, A., “La inoponibilidad de las cláusulas estatutarias de sumisión a arbitraje a los socios disidentes o ausentes”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, nº 34, 2014, considera que la regulación vigente no cumple las exigencias que derivan de la jurisprudencia constitucional sobre arbitraje y derecho a la tutela judicial efectiva, si bien apunta a la posibilidad de que el TC pudiera modificar

el artículo 11 bis.2 destruye el fundamento constitucional de la institución arbitral, que es la libertad, como valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico²⁵, pues permite que en las sociedades de capital un solo socio, si tiene la mayoría del capital social, imponga a los otros socios el arbitraje, de manera que la voluntad de uno solo se impondría a la de los demás. Ciertamente, quien libremente acepta formar parte de una sociedad mercantil capitalista se somete a la regla de la mayoría de capital, pero esta regla no puede justificar imponer a los minoritarios restricciones a sus derechos fundamentales²⁶. Así, de la misma manera que no serían admisibles acuerdos sociales aprobados por mayoría que impongan limitaciones a la libertad ideológica, libertad personal o secreto de las comunicaciones de los minoritarios, tampoco es admisible que por la misma vía se limite el acceso a la jurisdicción²⁷.

La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación de 2013, si bien mantenía la posibilidad de introducir el arbitraje en los estatutos mediante modificación aprobada por mayoría de 2/3 de capital, introducía una nueva causa de separación de los socios en las sociedades de capital a la que podían acogerse los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de introducción en los estatutos sociales de una cláusula de su-

su doctrina si tuviera que decidir sobre la constitucionalidad de imponer a los socios disidentes el arbitraje estatutario establecido por mayoría. Incluso autores que opinan que no existe infracción constitucional, admiten que esta cuestión merece un estudio más detallado y que existen argumentos importantes en contra. Así, PERALES VISCASILLAS, M.P., "Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa)", *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, nº 13, 2012, advertía que la ausencia en la reforma de previsiones en orden a la defensa o protección del socio que vota en contra del acuerdo de modificación estatutaria para establecer el arbitraje podía generar discusiones en la materia, incluyendo el debate acerca de la constitucionalidad de la norma por la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva; la misma autora, en "Arbitraje estatutario", cit., págs. 771-772, con referencia ya al Anteproyecto de Código Mercantil, se refiere de nuevo a las dudas sobre la constitucionalidad de la regulación vigente.

²⁵ OLIVENCIA RUIZ, M., "La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales", cit.

²⁶ OLIVENCIA RUIZ, M., "Quórum y mayorías en las sociedades de capital. A propósito del artículo 11.bis.2 de la Ley de Arbitraje", cit., afirma que la mayoría en las sociedades de capital tiene sus límites y, entre ellos, no puede privar de derechos amparados en la CE.

²⁷ En este sentido, se pregunta PÉREZ BERENGENA, J.C., "La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema", cit., si "quienes defienden la regla de la mayoría reforzada para imponer el arbitraje a la minoría, dicho de otro modo, para vedar el acceso de los minoritarios a los órganos jurisdiccionales, ¿admitirían la constitucionalidad de esa misma regla para obligar a los minoritarios a declarar sobre su ideología (art. 16 CE), para privarles de su libertad (art. 17 CE), para vulnerar el secreto de sus comunicaciones (art. 18.3 CE), para imponerles una residencia determinada (art. 19 CE), para sancionar los incumplimientos de los deberes sociales con penas privativas de libertad (art. 25 CE)?".

misión a arbitraje de las controversias o conflictos de naturaleza societaria, previsión que se mantuvo en el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros en 2014²⁸. El establecimiento de esta causa de separación pretendía dejar a salvo de cualquier posible reproche de inconstitucionalidad a la previsión de que la cláusula arbitral introducida en los estatutos por acuerdo de la mayoría vincule a los socios disidentes de dicho acuerdo que no hayan ejercitado su derecho de separación, ya que si, pudiendo hacerlo, no deciden romper su vínculo con la sociedad tras la aprobación del arbitraje estatutario cabe deducir de ello su voluntad de quedar sujetos a dicho arbitraje²⁹.

El establecimiento de la causa de separación para los socios disidentes del acuerdo para establecer el arbitraje estatutario suscitó una fuerte reacción en contra desde el sector profesional del arbitraje. En este sentido, la nota de oposición al Anteproyecto de Código Mercantil que fue difundida por el CEA afirmaba que el reconocimiento del derecho de separación a los socios disidentes del acuerdo de arbitraje estatutario suponía, en términos prácticos, “impedir a las empresas españolas que elijan el arbitraje como sistema para resolver sus disputas internas” ya que, se decía en la nota, “con esta regla ninguna sociedad se atreverá a dar el paso” ante el riesgo de verse obligada a recomprar las acciones a los socios que se acogieran al derecho de separación.

El CEA planteó la cuestión en sus alegaciones ante el Consejo de Estado, durante la tramitación del informe sobre el Anteproyecto. El informe rechazó las objeciones planteadas por el CEA ya que, a juicio del órgano consultivo, “la regulación proyectada atiende a las razones de orden constitucional que impiden la exclusión de la tutela judicial y el sometimiento a arbitraje cuando una sola de las partes manifieste su voluntad en contrario, pero sin desconocer el principio institucional básico de las sociedades de capital, que es el principio mayoritario. En tal sentido, el Anteproyecto no exige la unanimidad, sino la mayoría de dos tercios del capital social, ya contempla-

²⁸ Sobre los debates en el seno de la Sección 2ª de la Comisión General de Codificación, en relación con este punto, OLIVENCIA RUIZ, M., “Ley de arbitraje: Cláusula estatutaria arbitral y anteproyecto de código mercantil”, *cit.*, págs. 721 y sigs.

²⁹ OLIVENCIA RUIZ, M., “Ley de arbitraje: Cláusula estatutaria arbitral y anteproyecto de código mercantil”, *cit.*, págs. 724-725, si bien admite que el derecho de separación de los socios discrepantes con el acuerdo de establecimiento del arbitraje estatutario evita la inconstitucionalidad de la aplicación de la regla de la mayoría para la adopción de dicho acuerdo, se muestra crítico al entender que la separación es una medida traumática para la sociedad y un remedio que puede resultar excesivo para el socio que, aun no conforme con el arbitraje, se encuentre cómodo en la sociedad.

da en el artículo 11 bis de la vigente Ley de Arbitraje, para la introducción ex post de una cláusula arbitral en los estatutos sociales, al tiempo que otorga un derecho de separación a los socios disidentes no reconocido en la normativa actual. Con ello se cohonestan el principio mayoritario que debe regir el funcionamiento de las sociedades de capital con las exigencias derivadas del artículo 24.1 de la Constitución, para el concreto supuesto de la incorporación de una cláusula arbitral a través de una modificación de estatutos sociales”.

Existen, como se puede apreciar, argumentos de peso para, como mínimo, tomar seriamente en consideración la posible inconstitucionalidad de una regulación legal que permita que el arbitraje estatutario se establezca por mayoría y se imponga a los socios disidentes. A este respecto, es punto de referencia imprescindible la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el arbitraje. Esta jurisprudencia parte de que el arbitraje tiene como efecto la exclusión de la vía judicial, al cerrar el acceso a los tribunales, lo que supone una limitación al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Esta limitación es constitucionalmente admisible solo si y en la medida en que sea aceptada voluntariamente por los sujetos afectados. En este sentido, dice el TC en la sentencia 174/1995, de 28 de diciembre, que “la autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial”, concluyendo que “resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje”.

El TC se ha enfrentado siempre a esta cuestión en relación con disposiciones legales que establecían un arbitraje para la resolución de determinados conflictos. El criterio para la valoración de la constitucionalidad de estas normas ha sido siempre el mismo: si eliminan o no el consentimiento de las partes como requisito esencial para que, ante una situación de conflicto, deba acudir al arbitraje, quedando cerrado el acceso a la vía judicial. Cuando la norma conduce a que el arbitraje pueda imponerse a un sujeto que, ni directa ni indirectamente, ha prestado su consentimiento a tal efecto, el TC considera que es contraria a la Constitución al no respetar las exigencias que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 del texto constitucional.

La cuestión se planteó por primera vez en relación con el artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), que establecía un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir

la vía judicial, “salvo pacto expreso en contrario”. La STC 174/1995, de 23 de noviembre, declaró inconstitucional esta norma, al considerar insuficiente, para que un arbitraje establecido por ley resulte admisible constitucionalmente, que los destinatarios de la norma puedan desvincularse de ella mediante pacto en contrario. De acuerdo con esta doctrina, una norma legal que establezca el arbitraje para ciertos conflictos solamente es constitucionalmente admisible si, de una u otra forma, permite que los sujetos afectados puedan desvincularse de ella por su sola voluntad, sin necesidad de pacto con la otra parte. El art. 38.2 LOTT, no cumplía esta exigencia, ya que supeditaba el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que resulta contrario al art. 24.1 de la Constitución.

De acuerdo con este criterio, la STC 352/2006, de 14 de diciembre, declaró conforme a la Constitución la nueva redacción del artículo 38.1 LOTT, que había sido reformado por Ley 13/1996, en respuesta a la STC 174/1995. La nueva redacción del precepto establecía una presunción legal de sumisión a arbitraje que podía deshacerse por cualquiera de las partes simplemente manifestando a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado. El TC entendió que esta regulación, aun partiendo de un arbitraje establecido, en principio, por la Ley, sin atender a la voluntad de las partes, cumplía las exigencias constitucionales ya que permitía a cada una de las partes, sin necesidad de pacto entre ellas, desvincularse del arbitraje mediante una simple manifestación a la parte contraria, disponiendo para ello de un tiempo razonable.

La doctrina de las anteriores sentencias puede proyectarse sobre el problema que nos ocupa entendiendo que el arbitraje estatutario para los socios que han votado en contra del acuerdo que lo establece vendría a ser equivalente a un arbitraje establecido por una norma legal. Tanto la norma legal como la estatutaria vinculan, en principio, al socio con independencia de su voluntad individual: la primera, porque ha sido aprobada por mayoría en las Cortes Generales que representan al pueblo español (art. 66 CE) y la segunda, porque ha sido aprobada por mayoría en la junta general (art. 159.2 LSC). Ahora bien, de la misma manera que una norma legal que imponga el arbitraje solamente es admisible si permite que sus destinatarios puedan desvincularse de ella por su sola voluntad, la misma exigencia ha de entenderse que condiciona la admisibilidad del arbitraje estatutario, al menos respecto a los socios que no hayan votado a su favor en la junta. Desde esta perspectiva, la vigente regulación, en la medida en que por el juego

conjunto del artículo 11 bis.2 de la LA y 159.2 de la LSC, impone el arbitraje estatutario a los socios disidentes del acuerdo sin contemplar ninguna vía que les permita desvincularse de la cláusula arbitral una vez aprobada, no sería conforme a las exigencias constitucionales que derivan de las sentencias del TC citadas.

A estos efectos, no puede considerarse que el consentimiento del socio para incorporarse a una sociedad cuyos estatutos no establecen el arbitraje lleve implícito el consentimiento para someterse al arbitraje que posteriormente pueda ser aprobado en junta general con su voto en contra³⁰. Este argumento fue utilizado en las alegaciones presentadas por el CEA ante el Consejo de Estado, que lo rechazó aduciendo que “tampoco es discutible, por otra parte, que el previo conocimiento por parte de estos socios de las reglas de modificación de los estatutos sociales en modo alguno puede considerarse el otorgamiento de consentimiento alguno, ni siquiera de forma «indirecta» —como se ha alegado durante la tramitación del expediente—, a las cláusulas arbitrales que la mayoría del capital social pudiera introducir a posteriori”. Se trata de un argumento difícilmente sostenible que, llevado al extremo, supondría que nunca habría socios disidentes de los acuerdos de la junta general, pues, aunque hubieran votado en contra, habría que entender que, al incorporarse a la sociedad como socios, prestaron su “consentimiento indirecto” a todo lo que en el futuro fuese aprobado por la junta. Cabe recordar, por lo demás, que la STC 136/2010, de 2 de diciembre, partiendo de que el sometimiento de controversias al arbitraje supone una voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales, insiste en que “dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar”³¹.

La STC 174/1995 desmonta, por lo demás, los dos argumentos más utilizados por los defensores de la imposición del arbitraje estatutario aprobado por mayoría a los socios disidentes del acuerdo: el arbitraje como “equi-

³⁰ La vinculación del socio disidente al arbitraje estatutario con base en que quien participa en una sociedad acepta el fenómeno de decisión por mayoría ha sido defendida por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar”, cit., pág. 15.

³¹ GONZÁLEZ NAVARRO, A., “La inoponibilidad de las cláusulas estatutarias de sumisión a arbitraje a los socios disidentes o ausentes”, cit., considera que el consentimiento para entrar en la sociedad, por sí solo, no podría considerarse, a los efectos de la doctrina del TC sobre la renuncia de derechos, “suficientemente expresivo” de la voluntad de someterse al arbitraje estatutario.

valente jurisdiccional” que satisface plenamente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, y la concepción contractualista de las sociedades de capital. El argumento del “equivalente jurisdiccional” fue expresamente invocado por el Abogado del Estado en defensa de la constitucionalidad del precepto impugnado, pero no fue acogido por el TC, que declaró inconstitucional la imposición por ley del arbitraje³². El cuanto a la supuesta concepción contractualista de las sociedades de capital a la que respondería el rechazo a admitir la vinculación al arbitraje estatutario de los socios que no hubieran votado a favor de su establecimiento, la doctrina de TC también priva de toda eficacia al argumento: nadie niega que las modificaciones estatutarias aprobadas con la mayoría exigida, en general, obliguen a todos los socios, con independencia de que se adhieran o no voluntariamente a ellas; como nadie niega que las leyes aprobadas por los órganos legislativos, en general, obliguen a todos sin necesidad de adhesión voluntaria a ellas por parte de los obligados. Ahora bien, lo que pone de manifiesto la jurisprudencia constitucional que nos ocupa es que el legislador está sujeto a límites derivados de las exigencias constitucionales, y no cabe duda de que esos mismos límites han de afectar a las potestades regulatorias de la mayoría en las sociedades de capital. No se niega ni se cuestiona el principio de la mayoría en las sociedades de capital, sino que se subraya, simplemente, que la mayoría no puede establecer reglas que se opongan a la Constitución³³.

La regulación prevista en el Anteproyecto de Código Mercantil, en cambio, sí podría entenderse conforme con esas exigencias, en la medida en que, mediante el ejercicio del derecho de separación que se les reconoce, los socios disidentes podrían desvincularse del arbitraje estatutario aprobado por la mayoría. En este sentido, se trataría de una situación análoga a la que contemplaba la STC 352/2006. Esta sentencia consideró suficiente, para entender cumplido el requisito de voluntariedad del arbitraje que el sujeto afectado, el silencio o pasividad de este durante el tiempo que se le concedía para manifestar su oposición al arbitraje establecido legalmente; con arreglo al mismo criterio, debería entenderse cumplido el requisito de

³² El Abogado del Estado alegó que el establecimiento por ley de un arbitraje forzoso no quebrantaba el art. 24.1 C.E. porque “si los árbitros prestan tutela equivalente a la judicial y sus laudos quedan sujetos a control judicial suficiente, no se puede decir que el art. 38.2 I L.O.T.T. impida o restrinja inconstitucionalmente el acceso a la jurisdicción. Simplemente encauza esa tutela por una vía inicial distinta a la judicial ordinaria...”

³³ Como apunta OLIVENCIA RUIZ, M., “El arbitraje en el anteproyecto de Código Mercantil”, cit., es lógico que lo que no puede imponer una ley no lo pueda hacer un acuerdo de la junta general de una sociedad de capital.

voluntariedad ante la falta de ejercicio por el socio disidente de su derecho de separación durante el plazo establecido a tal efecto. El problema de la regulación vigente es que, al no reconocer el derecho de separación los socios disidentes del acuerdo que introduce el arbitraje estatutario, no se puede establecer, con relación a dichos socios, la necesaria vinculación entre arbitraje y voluntad de los sujetos sometidos al mismo.

Desde otra perspectiva, en la STC 119/2014, de 16 de julio, que enjuiciaba la constitucionalidad de determinadas previsiones de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que imponían legalmente el arbitraje para resolver diferencias entre empresa y representación de los trabajadores en la negociación colectiva, dice el TC que, de acuerdo con su doctrina, “el arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3; y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Hemos de entender, en cambio, —continúa la sentencia— que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión”.

De acuerdo con esta doctrina, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, no habría objeción a la imposición del arbitraje estatutario a los socios disidentes, siempre que existiera la posibilidad de un control judicial del laudo, no solo en cuanto a las garantías formales o aspectos meramente externos, sino también en cuanto al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral. No es este el caso, pues el control judicial del arbitraje estatutario de la LA está sujeto a los límites generales que derivan de los artículos 40 y siguientes de la LA, que no permiten el control judicial de la decisión de fondo de los árbitros, salvo que sea contraria al orden público³⁴. Por otro lado, no tendría sentido que, para eliminar las objeciones

³⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, cit., había defendido que no puede estimarse que la incorporación en los estatutos de una cláusula arbitral prive a los socios de su derecho a la tutela jurisdiccional porque ese derecho se respeta en la medida en que en todo caso se garantiza el derecho a acudir a los Tribunales en demanda de acción de anulación del laudo, en especial para dilucidar si el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustó a lo establecido en la Ley y, junto a ello, es posible anular el laudo cuando éste fuese contrario al orden público. Como se ha visto, la jurisprudencia constitucional rechaza que control judicial del arbitraje, con su limitado alcance, sea suficiente para que el arbitraje establecido por la ley (o por los estatutos), pueda imponerse a sujetos que no quieran someterse a él.

al arbitraje estatutario en relación con los socios que votan en contra de su establecimiento, se propusiera la extensión del control judicial a la revisión del fondo del laudo.

Cabe mencionar también, finalmente, la STC 1/2018, de 11 de enero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (LCS). La norma cuestionada en este caso hacía referencia a los conflictos entre asegurador y asegurado en el seguro de defensa jurídica, reconociendo al asegurado el derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pudiera surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. El TC entendió que esta norma permitía al asegurado imponer el arbitraje a la aseguradora, sin contar con la voluntad de esta, que quedaría así privada de su derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que declaró la inconstitucionalidad del precepto, aplicando la doctrina que ya había establecido en la STC 174/1995. Esta sentencia fue objeto de dos votos particulares de los magistrados Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos. Este último coincidía con la mayoría en que la norma impugnada limitaba el derecho a la tutela judicial efectiva de las compañías aseguradoras, si bien defendía que la cuestión de inconstitucionalidad debía haber sido desestimada en atención a que ese sacrificio del derecho a la tutela judicial de las aseguradoras sería una previsión legal que obedece a fines constitucionalmente legítimos, como son el de defender y proteger al asegurado en cuanto consumidor o usuario de un servicio, así como, también, el de restablecer el inicial desequilibrio de las partes en este tipo de contrato de seguro, y que la medida establecida para atender a esos fines (el arbitraje obligatorio a iniciativa del asegurado) cumpliría, a juicio del magistrado discrepante, los requisitos de proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia constitucional para admitir la imposición de sacrificios a los derechos fundamentales.

Este argumento del voto particular permitiría defender, en casos excepcionales, la imposición del arbitraje sin contar con la voluntad de una de las partes. Ahora bien, aun prescindiendo de que se trata de un argumento que no fue acogido en la sentencia del TC (que es la única que tiene los efectos vinculantes que derivan de lo dispuesto en el art. 5.1 LOPJ), lo cierto es que, con base en la necesidad de proteger los intereses de la “parte débil” en una relación jurídica, cabría defender, tal vez, una norma que permitiera a los minoritarios imponer el arbitraje a la sociedad, pero no al revés³⁵.

³⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ-ARRESTO Y FERNÁNDEZ-ESPAÑA, J., “El arbitraje societario tras la última reforma”, cit., pág. 151, afirma que “en los arbitrajes societarios se enfrenta un socio

Pasando de la jurisprudencia constitucional a la del Tribunal Supremo, es obligada la referencia a la STS 1ª de 9 de julio de 2007 (Roj: STS 5668/2007), dictada en un caso en que la Audiencia Provincial había desestimado la alegación de sumisión a arbitraje de la sociedad demandada porque la cláusula de arbitraje en que se basaba se introdujo en los estatutos sin el voto favorable de los socios que ejercitaban la acción de impugnación. El TS confirmó esta decisión, declarando que la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva, exige el requisito de la aceptación de los afectados. En el caso examinado la cláusula arbitral se adoptó sin el consentimiento de los demandantes, dos de los cuales habían sido excluidos como socios y otro votó en contra, por lo que el TS concluye que frente a ellos no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente³⁶.

Esta sentencia es anterior a la reforma legal que, en el año 2011, introdujo en la LA la regulación del arbitraje estatutario. Con las normas vigentes no sería posible, seguramente, este pronunciamiento, pero sí, tal vez, que el TS o cualquier tribunal ordinario plantease una cuestión de inconstitucionalidad para que el TC se pronunciara sobre la conformidad con la constitución de imponer el arbitraje estatutario a los socios que hubiesen votado en contra de la modificación estatutaria que lo hubiera establecido.

En cualquier caso, el rápido repaso que se acaba de efectuar de la jurisprudencia sobre el punto que nos ocupa pone de manifiesto, en mi opinión, que resulta muy difícil defender la constitucionalidad de la actual regulación del arbitraje estatutario en cuanto permite introducirlo en los estatutos sociales por acuerdo de una mayoría (cualificada, sí, pero mayoría) del capital social y no contempla ningún mecanismo que permita a los socios disidentes de tal acuerdo desvincularse de la cláusula arbitral así aprobada.

Mientras se mantenga vigente esta regulación no es descartable que, antes o después, algún tribunal civil que deba pronunciarse sobre una excepción de sometimiento a arbitraje planteada en un proceso promovido por un socio disidente del acuerdo que estableció el arbitraje estatutario plantee una cuestión de inconstitucionalidad al respecto, o que, en caso de

frente a la sociedad, un minoritario frente a la mayoría, una parte frente al todo; existe pues una situación consustancial de desigualdad”, lo que, sin embargo, no impide a este autor mostrarse favorable a que el arbitraje se imponga a los socios disidentes del acuerdo de la mayoría que establece el arbitraje estatutario.

³⁶ En sentido crítico con esta sentencia, ILLESCAS ORTIZ, R., “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, cit., págs. 40 y sigs.

que el tribunal civil estime la excepción, el socio disidente demandante, tras agotar la vía judicial ordinaria, presente recurso de amparo por lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva³⁷. Por cualquiera de estas dos vías, salvo que el TC diera un giro importante en lo que hasta el momento viene diciendo sobre arbitraje y tutela judicial efectiva, la probabilidad de que la actual regulación del arbitraje estatutario establecido por mayoría fuera declarada inconstitucional parece alta.

Y con independencia de que se cuestione o no ante el TC la constitucionalidad de la regulación vigente, parece necesario que cualquier regulación futura del arbitraje estatutario, sea en un Código Mercantil, en una reforma de la LA o en una reforma de la legislación societaria, establezca algún mecanismo que garantice la voluntariedad del arbitraje en relación con los socios disidentes del acuerdo de modificación estatutaria que lo establezca, eliminando de raíz cualquier posible tacha de inconstitucionalidad.

A estos efectos, la vía seguida por el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 es, sin duda, válida. El establecimiento de un derecho de separación para los socios disidentes del acuerdo de la junta que establece el arbitraje estatutario garantiza suficientemente la voluntariedad del arbitraje estatutario, al dar la oportunidad a los disidentes de desvincularse de la cláusula arbitral ejerciendo el derecho de separación. Es cierto que la existencia de este derecho de separación puede desincentivar que las empresas aborden la modificación de los estatutos sociales para establecer el arbitraje. En cualquier caso, el cumplimiento de exigencias constitucionales no puede quedar condicionado a que con él se favorezca más o menos el uso del arbitraje.

Por lo demás, podrían estudiarse también vías alternativas al establecimiento de un derecho de separación que, garantizando igualmente la voluntariedad del sometimiento al arbitraje estatutario, pudieran no tener tanto efecto disuasorio sobre las empresas para la introducción de esta clase de arbitraje. Así, por ejemplo, podría establecerse que, una vez aprobada la modificación estatutaria para introducir la cláusula arbitral, los socios disidentes pudieran manifestar, durante un plazo, su voluntad de no quedar sometidos al arbitraje, sin que ello supusiera su separación de la sociedad. Ello supondría, claro está, dejar abierta la posibilidad de que la cláusula de

³⁷ Ambas posibilidades —cuestión de constitucionalidad y recurso de amparo— son analizadas en detalle por OLIVENCIA RUIZ, M., “Quórum y mayorías en las sociedades de capital. A propósito del artículo 11.bis.2 de la Ley de Arbitraje”, cit.

arbitraje no vinculara a todos los socios³⁸. En cualquier caso, el arbitraje estatutario no quedaría privado de contenido, pues todos los socios que hubiesen votado a favor de la modificación estatutaria (que, como mínimo, representarían una mayoría de 2/3 del capital), más los disidentes que no hubiesen realizado la manifestación desvinculadora dentro del plazo, quedarían sujetos a la cláusula arbitral, de manera que cualquier reclamación que esos socios pretendieran efectuar comprendida en el ámbito objetivo de dicha cláusula habría de canalizarse mediante el arbitraje.

Solo una minoría de socios podría articular sus reclamaciones por la vía judicial, sin que a ellos se les pudiera oponer eficazmente la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Esto supone, ciertamente, que el arbitraje estatutario no garantizaría que todas las acciones comprendidas en su ámbito objetivo fuesen sustanciadas siempre en procedimiento arbitral. Pero esto, como se verá a continuación, es un objetivo que no se puede alcanzar en ningún caso ya que, incluso si todos los socios estuvieran vinculados por el arbitraje estatutario, al ser posible que las acciones sometidas a dicho arbitraje sean ejercitadas por terceros no vinculados por la cláusula arbitral de los estatutos, no se puede lograr que siempre esas acciones sean decididas por árbitros. Permitir que una minoría de socios pueda desvincularse del arbitraje estatutario no significaría, en la práctica, otra cosa que ampliar un poco el círculo de sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones comprendidas en la cláusula arbitral que no están vinculados por esta y pueden ejercitar dichas acciones ante los tribunales. Ese círculo, integrado normalmente por los terceros legitimados para el ejercicio de acciones previstas en la legislación societaria (impugnación de acuerdos sociales, responsabilidad de los administradores), se vería incrementado con los socios disidentes que optaran por desvincularse del arbitraje estatutario. Que las mismas acciones puedan ser ejercitadas por sujetos vinculados y no vinculados por la cláusula arbitral genera ciertos problemas procesales (no insalvables, por lo demás) a los que nos referimos en el apartado siguiente.

Por lo demás, desde el punto de vista societario, la posibilidad de desvinculación de ciertos socios del arbitraje estatutario aprobado por la mayoría daría lugar a un supuesto de diversidad de derechos que, de acuerdo con el

³⁸ MUÑOZ PLANAS, J.M., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, cit., págs. 420-421, ya consideró la hipótesis de una cláusula arbitral estatutaria que liberase o excluyese del arbitraje a los nuevos socios que así lo deseen precisamente, concluyendo que no veía “inconveniente alguno para la adopción de ese acuerdo social del que resultaría que la cláusula sería operativa para unos socios y no en cambio para otros”; en contra, CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, cit., pág. 223.

artículo 94 LSC, no suscitaría ninguna dificultad siempre que contara con el suficiente respaldo legal.

3. LOS TERCEROS LEGITIMADOS PARA EJERCITAR ACCIONES COMPRENDIDAS EN EL ÁMBITO OBJETIVO DEL ARBITRAJE ESTATUTARIO

Como ya se ha adelantado, la previsión del arbitraje en los estatutos sociales no puede garantizar que todas las acciones que se ejerciten con base en la legislación societaria y que estén comprendidas en el ámbito de la cláusula arbitral se decidan mediante arbitraje. Así es por la falta de coincidencia del círculo de sujetos legitimados para el ejercicio de dichas acciones y el de los sujetos vinculados por la cláusula arbitral estatutaria.

Con referencia a la acción de impugnación de acuerdos sociales, atendiendo a las previsiones de la LSC sobre legitimación para su ejercicio, podrían plantearse las siguientes situaciones:

- 1) Impugnación de acuerdos sociales por socios o administradores vinculados por la cláusula arbitral estatutaria: habrían de atenerse a dicha cláusula en todo caso. Nótese que los socios que no cumplan las condiciones establecidas en el artículo 206.1 LSC (haber adquirido la condición antes de la adopción del acuerdo, y representar, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital) podrían ejercitar la acción siempre que acreditaran interés legítimo en la impugnación, y también cuando la impugnación se base en que el acuerdo es contrario al orden público (art. 206.3 LSC). A los efectos que ahora interesa estas distinciones son irrelevantes: siempre que el demandante tenga la condición de socio en el momento del ejercicio de la acción, estará sujeto a la cláusula arbitral estatutaria.
- 2) Impugnación de acuerdos sociales por terceros que acrediten un interés legítimo (art. 206.1 LSC) o sin necesidad de acreditar interés legítimo, si la acción se basa en que el acuerdo impugnado es contrario al orden público (art. 206.3 LSC). En este caso no sería aplicable la cláusula arbitral estatutaria al no resultar vinculantes los estatutos sociales para los terceros, de manera que, si el tercero presenta la demanda ante los tribunales, la sociedad no podría oponer la sumisión a arbitraje con base en la cláusula estatutaria³⁹. Y, a estos efectos, lo

³⁹ La doctrina coincide, en general, en la ausencia de vinculación al arbitraje estatutario de los terceros legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en la legislación societaria; en este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de sociedades”, cit., pág. 2047; CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, cit., pág. 237; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje

relevante es exclusivamente que quien ejercite la acción no sea socio (ni administrador o liquidador) en el momento de la impugnación, lo que supone que si la acción se ejercita por quien era socio cuando se aprobó el acuerdo impugnado, pero dejó de serlo antes de ejercitar la acción no operaría el arbitraje estatutario (salvo que la impugnación tuviera por objeto el acuerdo que priva de la condición de socio)⁴⁰.

En el caso muy especial del socio que deja de serlo después de iniciado el procedimiento arbitral, hay que entender que el impugnante no perdería su legitimación, si mantiene un interés legítimo, y el procedimiento arbitral debería continuar⁴¹.

Lo mismo puede ocurrir en el caso de las acciones de responsabilidad de los administradores⁴². Cuando estas acciones estén incluidas en el ámbito del arbitraje estatutario, se sustanciarán en procedimiento arbitral si se ejercitan por la propia sociedad o por los socios, quedando fuera del arbitraje las que se ejerciten por los acreedores u otros terceros. Así, teniendo en cuenta las disposiciones de la LSC en materia de legitimación, la acción social de responsabilidad quedaría sujeta al arbitraje estatutario cuando fuese ejercitada por la sociedad (art. 238) o por los socios (art. 239), pero no en los casos en que la responsabilidad fuese exigida por acreedores conforme a lo dispuesto en el artículo 240. De la misma manera, la acción individual del artículo 241 tendría que ejercitarse en procedimiento arbitral por los socios, pero el arbitraje estatutario no entraría en juego en las reclamaciones

estatutario. En particular el de equidad”, cit.; CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, cit., pág. 204; PÉREZ BERENGENA, J.C., “La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema”, *Diario La Ley*, nº 8634, 2015; SÁNCHEZ GIMENO, S., “Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje”, cit., págs. 109-110; RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., “El arbitraje societario en España a 10 años de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 8, julio-septiembre 2021. Aunque hay opiniones favorables a la vinculación de los terceros al arbitraje estatutario. Así, aunque matizadamente, CREMADES SANZ-PASTOR, B. M., “El arbitraje societario”, cit.; de manera más decidida, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S., *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006, pág. 966.

⁴⁰ En este sentido, SÁNCHEZ GIMENO, S., “Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje”, cit., pág. 110.

⁴¹ Así lo entiende SÁNCHEZ GIMENO, S., “Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje”, cit., págs. 110.

⁴² Sobre la arbitrabilidad de estas acciones, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. y MUÑOZ PÉREZ, A.F., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, cit., págs. 409-451.

de terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos⁴³.

Tampoco opera el arbitraje estatutario para la acción basada en la responsabilidad solidaria de los administradores por deudas sociales en el caso del artículo 367 de la LEC, ya que se trata de una acción que la Ley concede a los acreedores, a quienes no vincula el arbitraje establecido en los estatutos sociales. Cabría plantear el caso de que el acreedor de la sociedad tenga la condición de socio. En este último caso la cuestión tendría que resolverse atendiendo al contenido de la cláusula arbitral estatutaria para determinar si su ámbito de aplicación incluye o no este tipo de reclamaciones de los socios, no basadas en su condición de tales⁴⁴.

La posibilidad de que acciones comprendidas en el ámbito objetivo del arbitraje estatutario puedan ser ejercitadas por sujetos no comprendidos en el ámbito subjetivo de la cláusula arbitral puede generar problemas en los casos en que una misma acción sea ejercitada por quienes están vinculados por la cláusula arbitral y quienes no lo están. Tratándose de la acción social de responsabilidad de los administradores cabe descartar que se produzca este fenómeno ya que la legitimación de los acreedores es subsidiaria, lo que excluye que la acción pueda ser ejercitada simultáneamente por la sociedad o por los socios y por los acreedores.

Ahora bien, en el caso de la impugnación de acuerdos sociales sí podría ocurrir que un mismo acuerdo fuese impugnado por socios o administradores, sujetos al arbitraje estatutario, y por terceros legitimados para el ejercicio de la acción conforme a la ley, pero no vinculados por la cláusula arbitral de los estatutos. Ello podría dar lugar a que se promovieran simultáneamente un procedimiento arbitral y un proceso judicial que tuvieran por objeto la impugnación de un mismo acuerdo social, lo que suscitaría problemas en relación con la exigencia legal de acumulación en un único procedimiento de todas las impugnaciones referidas al mismo acuerdo (art. 762.2º LEC). En este caso, para lograr la acumulación sería preciso, bien traer al arbitraje la impugnación del tercero, lo que en cualquier caso requeriría el consen-

⁴³ En este sentido, RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., “El arbitraje societario en España a 10 años de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado”, cit.

⁴⁴ CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, cit., pág. 227, habla en estos casos de “dualidad de condición” y entiende que en tales supuestos la competencia debe recaer en la jurisdicción ordinaria salvo que los afectados hayan optado de forma específica por el arbitraje para la resolución de los litigios derivados de la relación contractual que los liga.

timiento de este y el de todas las partes en el procedimiento arbitral⁴⁵, o bien poner fin al arbitraje y llevar las impugnaciones de los socios y administradores al proceso judicial, lo que supondría dejar sin efecto la cláusula estatutaria de arbitraje. Si el tercero no aceptara que su impugnación se resolviera en el procedimiento arbitral la única solución posible sería, seguramente, esta última⁴⁶. Cabe citar, en este sentido, la SAP Barcelona, Sec. 15, de 1 de febrero de 2003 (Roj: SAP B 946/2003), dictada en un caso en el que se ejercitaron ante los tribunales dos acciones acumuladas, una de las cuales estaba afectada por un pacto de sumisión a arbitraje. La Audiencia entendió que las acciones acumuladas eran inescindibles, por lo que no cabía la solución de sustanciarlas en diferentes procedimientos, concluyendo que, en tales circunstancias, el litigio debía sustanciarse en sede jurisdiccional al no ser posible imponer el arbitraje al demandado no vinculado por el convenio arbitral⁴⁷.

De acuerdo con el criterio de la sentencia citada, por tanto, salvo que voluntariamente el tercero acepte integrarse en el procedimiento arbitral, el arbitraje debería ceder ante el proceso judicial, en el que se sustanciarían todas las impugnaciones que se refieran a un mismo acuerdo. No habría

⁴⁵ Sería un caso de *entrada* o *intervención* de un tercero en el arbitraje, figura que plantea interesantes cuestiones (cfr. SÁNCHEZ POS, M.V., “La entrada e intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 365-385, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5193>).

⁴⁶ En la doctrina, se había pronunciado por la preferencia de la jurisdicción ordinaria para enjuiciar las acciones acumuladas CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, cit., pág. 210; también CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005, pág. 238. ARIZA COLMENAREJO, M.J., “La regulación del arbitraje estatutario”, cit., parte de la tramitación paralela de ambos procedimientos, arbitral y jurisdiccional, lo que determinaría que el procedimiento que primero finalizara haría valer su resolución en el otro; en la misma línea, SÁNCHEZ GIMENO, S., “Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje”, cit., págs. 106-107. MANGA ALONSO, M.T., “Pasado, presente y futuro del arbitraje estatutario”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 3, 2013, pág. 73, entiende que “lo resuelto judicialmente en aras del derecho a la tutela judicial efectiva del tercero, no puede ceder (...) frente al laudo arbitral”; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, cit., pone de manifiesto la necesidad de una respuesta legal a estas cuestiones, si bien rechaza expresamente, entre otras opciones, que la respuesta a la eventual duplicidad de procedimientos deba ser la obligatoria abstención del árbitro. Es de mucho interés el estudio de SANDE MAYO, M.J., “La impugnación de acuerdos sociales a través del arbitraje: aspectos procesales”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, enero-marzo 2022, que examina el posible juego de la cosa juzgada, la litispendencia y la prejudicialidad ante la posibilidad de que una misma acción de impugnación sea ejercitada en proceso jurisdiccional y en procedimiento arbitral.

⁴⁷ Sobre esta cuestión es muy interesante la nota de CORDÓN MORENO, F., “¿Es posible la acumulación de acciones cuando en una de ellas existe un pacto de sumisión a arbitraje?” que se puede consultar en la sección de publicaciones de la web de la firma “Gómez-Acebo & Pombo”: <https://www.ga-p.com/publicaciones/es-posible-la-acumulacion-de-acciones-cuando-en-una-de-ellas-existe-un-pacto-de-sumision-a-arbitraje/>

inconveniente, sin embargo, en que el procedimiento arbitral y el judicial siguieran su curso por separado, siempre que las impugnaciones objeto de uno y de otro tuvieran por objeto distintos acuerdos adoptados en la misma junta o asamblea o en la misma sesión de órgano colegiado de administración. Es cierto que para este caso el artículo 76.2.2º LEC también dispone la acumulación, pero, si las impugnaciones se refieren a acuerdos diferentes, su tramitación y decisión en distintos procedimientos no rompería, en principio, la continencia de la causa (aunque podrían darse casos en que no fuera posible tampoco la escisión: si aun siendo distintos los acuerdos impugnados en el procedimiento arbitral y en el jurisdiccional, la validez de uno de ellos dependiera de la validez del otro, por ejemplo).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIZA COLMENAREJO, M.J., “La regulación del arbitraje estatutario”, en DAMIÁN MORENO, J. (dir.), *La reforma de la ley de arbitraje de 2011: (comentarios a la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, 2011, págs. 37-68.
- CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 21, 2003, págs. 193-212.
- CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005.
- CORDÓN MORENO, F., “¿Es posible la acumulación de acciones cuando en una de ellas existe un pacto de sumisión a arbitraje?”, nota publicada en la sección de publicaciones de la web de la firma “Gómez-Acebo & Pombo”: <https://www.ga-p.com/publicaciones/es-posible-la-acumulacion-de-acciones-cuando-en-una-de-ellas-existe-un-pacto-de-sumision-a-arbitraje/>
- CREMADES SANZ-PASTOR, B. M., “El arbitraje societario”, *Diario La Ley*, año XXI, nº 5211, 22 de diciembre de 2000.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar”, Documento de trabajo 2009/11, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, UCLM.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. y MUÑOZ PÉREZ, A.F., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Marcial Pons, 2007, págs. 409-451.
- FERNÁNDEZ-ARRESTO Y FERNÁNDEZ-ESPAÑA, J., “El arbitraje societario tras la última reforma”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 52, 2012, págs. 141-156.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, nº 32/2009, págs. 43-78.

- GÓMEZ PORRÚA, J.M., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, 2002, págs. 1925-1976.
- GONZÁLEZ NAVARRO, A., “La inoponibilidad de las cláusulas estatutarias de sumisión a arbitraje a los socios disidentes o ausentes”, en *Revista General de Derecho Procesal*, lustel, nº 34, 2014.
- ILLESCAS ORTIZ, R., “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Aranzadi, 2008, vol. 1, núm. 1, págs. 33-42.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y AZAGRA MALO, J., “Arbitraje estatutario: diez años después”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 984/2022.
- MANGA ALONSO, M.T., “Pasado, presente y futuro del arbitraje estatutario”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 3, 2013.
- MARTÍN PASTOR, J., “Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 59, 2000, págs. 237-300.
- MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje. I. Las materias de libre disposición”, en BARONA VILAR, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Thomson-Civitas, 2004, págs. 99-133.
- MUÑOZ PLANAS, J.M., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, 1978, págs. 381-498.
- MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M., “La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje”, *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, 2002, págs. 1977-2030.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario”, en GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, 2ª ed., Aranzadi, 2011.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales”, en *Estudios de Derecho del Comercio Internacional: homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, 2013, págs. 11-20.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “Quórum y mayorías en las sociedades de capital. A propósito del artículo 11.bis.2 de la Ley de Arbitraje”, en *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas-Thomson Reuters, 2014, págs. 799-817.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “El arbitraje en el anteproyecto de Código Mercantil”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de Almería, nº 7, 2014
- OLIVENCIA RUIZ, M., “Ley de arbitraje: Cláusula estatutaria arbitral y anteproyecto de código mercantil”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 716-725.
- PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho societario*, Thomson-Aranzadi, 2005.

- PERALES VISCASILLAS, P., “La reforma de la Ley de Arbitraje y el arbitraje societario”, en *Derecho de los Negocios*, n. 243, 2010, págs. 21-23.
- PERALES VISCASILLAS, P., “Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa)”, en *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, nº 13, 2012, págs. 123-145.
- PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitraje Estatutario”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 764-778.
- PÉREZ BERENGENA, J.C., “La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema”, en *Diario La Ley*, nº 8634, 2015.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, en DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S., *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006.
- POLO SÁNCHEZ, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, en *Butlletí del Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 4, 1992.
- RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., “El arbitraje societario en España a 10 años de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 8, julio-septiembre 2021.
- SÁNCHEZ GIMENO, S., “Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 49-2018, págs. 104-114.
- SÁNCHEZ POS, M.V., “La entrada e intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 365-385, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5193>
- SANDE MAYO, M.J., “La impugnación de acuerdos sociales a través del arbitraje: aspectos procesales”, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 10, enero-marzo 2022.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de sociedades”, en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, 2002, págs. 2041-2068.
- VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., “En torno al arbitraje societario”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 67.

LA QUIEBRA EN EL PROCESO CIVIL DE LA CONFIDENCIALIDAD DEBIDA EN LA MEDIACIÓN¹

The breach in civil proceedings of the mediation non-disclosure duty

Juan F. HERRERO PEREZAGUA

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza
jherrero@unizar.es

SUMARIO: I. RAZÓN Y PROYECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD. II. QUÉ ES Y QUÉ NO ES CONFIDENCIAL. III. LOS OBLIGADOS POR EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD. IV. GARANTÍAS Y MEDIOS DE REACCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO. V. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD Y EL RÉGIMEN DE COSTAS. VI. BIBLIOGRAFÍA

Resumen: El principio de confidencialidad que rige en la mediación cobra una especial importancia al proyectarse en el proceso que le sigue cuando aquella concluye sin acuerdo. Y también en otros procesos de objeto diferente en que pretenda utilizarse una información extraída de ella. Se hace preciso, por tanto, delimitar a qué y quiénes alcanza y qué instrumentos prevé la ley para garantizarla, lo que incide sobre todo en el ámbito probatorio. En él el propósito de la norma es prevenir o combatir la quiebra del principio. En cambio, en el régimen de costas, se establecen algunas excepciones cuya razón se somete, en este trabajo, a un análisis crítico, con particular atención a las novedades que pretende incorporar el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal de 2022.

Abstract: The non-disclosure principle that governs mediation takes on special importance as it is also due onto the following process when mediation ends without an agreement having been reached. And the same regarding other processes dealing with a different subject matter in which information resulting from mediation may be intended to be used. It is thus needed to specify its scope; whom is to be affected and the instruments provided by the Law to guarantee non-disclosure, all these issues above all affect the evidence producing sphere. The purpose of the rule is preventing or avoiding the breach of this principle. On the other hand, some exceptions are set regarding costs statutory regime, these underlie the purpose of

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto «Autonomía privada y formas y efectos de la litigación civil en una sociedad de masas» (PID2019-108844RB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España), y del Grupo de Investigación de Referencia «De Iure» (S26_20R), financiado por el Gobierno de Aragón.

this work that offers a critical analysis paying singular attention to the novelties that the 2022 Procedural Efficiency Measures Bill intends to introduce.

Palabras clave: Mediación – Proceso civil - Confidencialidad – Prueba – Costas

Key words: Mediation- Civil procedure- Non-disclosure- Evidence- Costs

ABREVIATURAS

art./arts.	artículo/artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
cfr.	confrontar
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMed	Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012, de 6 de julio)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
pág./págs.	página/páginas
PLMEP	Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (BOCG 22 de abril de 2022)
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

I. RAZÓN Y PROYECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD

1. Coinciden los autores que se han ocupado del tema —la unanimidad hace que la cita sea ociosa— en señalar que la confidencialidad es un principio rector de la mediación, un principio que, a su vez, informa el procedimiento por el que este medio de solución de conflictos ha de seguirse y exige articular una serie de garantías dentro y fuera de él. Tal parecer encuentra su apoyo en las disposiciones legales de mayor rango que regulan esta institución. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles ya señalaba en su art. 7.1 que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad. Por su parte, el art. 9.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMed), ubicado en el capítulo que la ley dedica a los principios informadores, establece que «[e]l procedimiento de mediación y

la documentación utilizada en el mismo es confidencial»². Más allá del apoyo normativo que los citados preceptos proporcionan, su fundamento se encuentra en el convencimiento de que la confidencialidad es pieza esencial del buen funcionamiento de la mediación, pues en ella radica que las partes del conflicto se desenvuelvan en un clima de confianza. Solo la confianza proporciona las bases para un diálogo abierto y sin reservas, con una franca exposición de posiciones, razones y, en su caso, propuestas y contrapropuestas, pues solo de un diálogo desarrollado bajo esas premisas y actuado en esas condiciones puede salir el acuerdo que busca la mediación.

2. La confidencialidad, aunque referida al procedimiento de mediación, se proyecta también y muy especialmente sobre el uso que se haga fuera de él de la información aportada y obtenida desde su comienzo hasta su conclusión. Desde una consideración estrictamente interna —esto es, la que atiende al desenvolvimiento del procedimiento de mediación—, comporta que la información revelada por una de las partes del conflicto en una sesión separada³ no puede ser comunicada a la otra parte por el mediador (o por alguno de sus auxiliares, si es que se ha contado con su intervención). Desde una consideración externa, significa que cualquier información proporcionada u obtenida en el curso de la mediación —por las declaraciones de las partes, la documentación aportada o los informes que se haya estimado oportuno recabar— no podrá ser trasladada a ningún tercero ni utilizada en ninguna otra actuación o sede y, de modo particular, en el eventual proceso que tenga lugar para poner fin a la controversia que la mediación no ha podido solucionar⁴. Por tanto, lo que interesa es determinar qué consecuen-

² Como ha señalado DANОВI (2011), pág. 783, con la sanción de la obligación de confidencialidad en las normas transnacionales y nacionales se superan las dificultades de exigibilidad y eficacia que presentaba el principio cuando, con anterioridad a la promulgación de tales preceptos, al estar regulada la mediación solo por fuentes de naturaleza privada, la debida reserva no dejaba de ser una obligación de naturaleza contractual.

³ Recuérdese que, conforme a lo establecido en el art. 21.2 LMed, las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto pueden no ser simultáneas. Si se celebran reuniones por separado, ese hecho debe ser comunicado a las partes, pero, tal y como dispone el art. 21.3 LMed, «[e]l mediador no podrá comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta».

⁴ Como señala LAFUENTE TORRALBA (2019), pág. 322, «[l]a confidencialidad es un valor especialmente apreciado por las empresas, que suelen estar interesadas en que los pormenores de la controversia no salgan del ámbito estrictamente privado (por afectar a secretos industriales que no conviene difundir, por preservar su buena imagen en el mercado, etc.). Pero donde realmente se advierte la importancia de este principio es en relación con la eventual apertura de un proceso judicial posterior en el caso de que la mediación no prospere: en tal supuesto, la confidencialidad comporta que ninguna información derivada del procedimiento de mediación podrá ser utilizada como medio probatorio en juicio. Como es lógico, las partes difícilmente aceptarían someterse a la mediación, si albergaran el temor de que los hechos que reconozcan, las ofertas que hagan

cias se anudan a su incumplimiento y a qué mecanismos de reacción cabe acudir cuando este se produce, lo que se muestra especialmente relevante cuando la reserva que la confidencialidad comporta se rompe en el proceso que sigue al procedimiento de mediación. Nos encontramos ante un régimen de derechos y deberes que exige precisar previamente cuál es su contenido y quiénes son sus titulares.

II. QUÉ ES Y QUÉ NO ES CONFIDENCIAL

3. Si atendemos a lo que establece el art. 9 LMed, advertiremos que la confidencialidad se afirma respecto del propio procedimiento, de la documentación utilizada y de la información que el mediador y las partes hubieran podido obtener derivada del procedimiento⁵.

4. Lo primero (la aseveración de que el procedimiento de mediación es confidencial) no deja de encerrar una cierta dosis de ambigüedad. Sería excesivo, y entraría en contradicción con la propia ley, sostener sin matices que la propia existencia del procedimiento, así como la invitación a servirse de él y la aceptación o rechazo de esa invitación estuvieran afectados por la obligación de reserva. Aun así, conviene dejar anotado que los textos en los que, en buena medida, se inspiró la ley española incluyen en el ámbito objetivo de la confidencialidad «la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado» (art. 4 del Código de conducta europeo para mediadores, de 2004) o «la invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio» (art. 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional, de 2002).

o cualesquiera manifestaciones que efectúen pueden jugar en su contra en un futuro pleito. Por ello, las principales proyecciones del principio de confidencialidad se desenvuelven en el ámbito procesal y se orientan a excluir del proceso aquellas fuentes de prueba que se adquieran o conozcan con ocasión de un previo procedimiento mediatorio».

⁵ El art. 9, tras establecer la regla de la confidencialidad, recoge dos excepciones: la primera trae causa de la voluntad concurrente de las partes (que habrá de formularse de manera expresa y por escrito); la segunda, de una resolución judicial de un tribunal penal. A ellas aún cabría añadir la relativa a la documentación que resulte necesaria para instar la ejecución del acuerdo alcanzado en la mediación [art. 7.1.b) de la Directiva 2008/52 y art. 550.1.1º LEC] y la relativa a la información o documentación necesarias para ejercitar la acción de responsabilidad contra el mediador o la institución de mediación, (a tenor de lo establecido en el art. 14 LMed). En este sentido, LA-FUENTE TORRALBA (2019), pág. 326; a ellas suma el autor la información que pueda facilitarse a fines estadísticos, de formación o investigación, con la adopción de medidas que aseguren el anonimato de las partes.

La invitación—y la respuesta que reciba esta— o la incoación del procedimiento pueden ser hechos reveladores —aunque no determinantes— de la conducta de las partes encaminada hacia la solución del conflicto con especial trascendencia en lo que pueda tener respecto de la evitación del pleito; lo será, en especial, respecto de la identidad, total o parcial⁶, o la conexión entre el objeto de la mediación y la pretensión ulterior ejercitada en el proceso. Pero tales circunstancias —el intento y, en su caso, el comienzo del procedimiento e, incluso, su pendencia o conclusión— no revelan ni desvelan informaciones que las partes hayan podido verter animadas por el propósito de alcanzar un acuerdo que ponga fin a su controversia. En cambio, son de indudable importancia para la incoación y prosecución del proceso, así como para lo que en la resolución que le ponga fin se disponga respecto de las costas.

Aunque de ordinario todo nos lleva a pensar en el proceso que sigue al fracaso de la mediación y, por tanto, con un objeto total o parcialmente coincidente, no hay que excluir que se quisiera hacer uso de la información en un proceso con un objeto conexo al que, incluso, haya precedido la correspondiente actividad negociadora. Los términos del art. 7 de la Directiva de 2008 amparan la extensión de la confidencialidad a estos casos y otro tanto se ha de sostener si atendemos al tenor de lo expresado en el art. 9 LMed. Uno y otro precepto aluden al impedimento de los mediadores, las partes y los que participan en el procedimiento de mediación de declarar o aportar documentación en un proceso judicial o arbitral sobre la información derivada de un procedimiento de mediación. El uso del artículo indeterminado es expresivo y concluyente a este respecto.

5. De existir un acuerdo de sumisión a mediación (si el régimen legal la establece con carácter voluntario) o en el caso de que por prescripción normativa sea un presupuesto de procedibilidad o si el juez ha dispuesto que el asunto del que está conociendo se derive a un procedimiento de mediación, solo la constancia documental de haberlo intentado o, su caso, comenzado, permitirá tener por admitida la demanda u ordenar que se reanuden las

⁶ Bien puede ocurrir que el actor, al expresar en su demanda la tutela judicial que solicita, reduzca las pretensiones o su cuantía respecto de lo que señaló como objeto de mediación. Como también puede suceder que sume a lo que pretendía solucionar mediante el correspondiente acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación una nueva acción, si bien esta posibilidad —que, conforme a las disposiciones vigentes en el momento de escribir estas páginas, es posible— tropezará, de prosperar el PLMEP, con las exigencias que ha de cumplir para su admisión, de modo que, al no haberse intentado una solución negociada respecto de la pretensión que ahora se añade, habrá que aplicar el tratamiento procesal establecido en el art. 73.3 LEC para los supuestos de indebida acumulación de acciones.

actuaciones suspendidas. Así, conforme a lo establecido en los arts. 39 y 63.1 LEC, de existir un pacto de sumisión a mediación, el demandado podrá interponer la declinatoria⁷ que, de ser estimada, provocará que el juez dicte un auto absteniéndose de conocer (art. 65.2.II). Para ello, al escrito de declinatoria habrá de acompañarse el documento o principio de prueba en que se funde que, en este caso, no es otro que aquel en que se recoja el correspondiente pacto o cláusula de sumisión a mediación, lo que comporta, necesariamente, poner en conocimiento del juez la existencia de la concurrencia de voluntades en participar en un procedimiento de mediación; sin esa puesta en conocimiento, la consecuencia anudada por la ley al supuesto de hecho no podría ser actuada.

6. En el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (en adelante PLMEP), acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias (entre ellos, la mediación) se erige en requisito (*rectius*: presupuesto) de procedibilidad (art. 4.1), de modo que, en el caso de que no se hubiera intentado o llevado a cabo esa actividad negociadora, no se admitirá la demanda. Consecuentemente, en la redacción que el proyecto da al art. 399.3 LEC se establece que en la demanda se ha de describir el proceso de negociación llevado a cabo y manifestar (aportar) el documento que acredite que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias, como igualmente se dispone, con mayor claridad, en el nuevo ordinal cuarto del art. 264 LEC que el proyecto introduce. Precisamente, el art. 8 PLMEP, tras enunciar como principio la confidencialidad del proceso de negociación, exceptúa de la regla general «la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y al objeto de la controversia». Solo con la aportación de esta información podrá el juez examinar y decidir sobre el cumplimiento del referido presupuesto, tanto en lo que respecta a la verificación de que se ha intentado una actividad dirigida a obtener una solución negociada como en lo que atañe a la identidad o conexión entre el objeto de la negociación y la acción afirmada en el proceso.

7. Además de cuanto antecede, la noticia de que se ha iniciado un procedimiento de mediación tiene su incidencia en la calificación de la conducta del demandado que desatiende esa invitación y, posteriormente, se allana a la demanda en que se ejercita una acción con el mismo objeto que la mediación planteada. De ocurrir así las cosas, el art. 395.1.II LEC prescribe

⁷ Sobre la inadecuación de la declinatoria como instrumento procesal para hacer valer el pacto de sumisión a mediación, vid. HERRERO PEREZAGUA (2013), págs. 35 y ss.

que se entenderá, en todo caso, que existe mala fe en el demandado, lo que anuda la consecuencia de que será condenado en costas. Este es el pronunciamiento que en la redacción que da al art. 395 el PLMEP se prevé con carácter general, pero en la que se introducen matizaciones de interés: la imposición de costas procede tanto en los casos en que intentar una solución negociada es una exigencia legal como en aquellos otros en los que es el juez el que deriva a ella; cabe que el demandado eluda la condena si no acudió al intento de mediación por causa justificada; y, finalmente, frente a la regla del precepto hoy vigente —de la que se desprende la imposición de costas en todo caso (pues, en todo caso, se entenderá que existe mala fe si se da el supuesto de hecho descrito por la norma)—, la norma proyectada admite que, si concurren circunstancias excepcionales⁸, no se condene en costas al demandado, lo que exigirá una decisión debidamente motivada. Al margen del distinto alcance de los dos preceptos referidos —inspirados, eso sí, por un propósito común—, lo que en este momento es oportuno destacar es que en uno y otro caso la noticia de que ha existido un intento de mediación —con expresión del objeto de la controversia— y de que este ha sido desatendido por el demandado no puede quedar velada por el principio de confidencialidad, pues, de lo contrario, la imposición de costas que se anuda al supuesto de hecho establecido no podría tener lugar al quedar este último privado de su correspondiente acreditación y verificación.

8. Otros son los contenidos de la información que la ley quiere someter a la debida reserva. A efectos de su determinación, cabe acudir a la enumeración que se contiene en el art. 10 de la Ley Modelo de la CNUMDI, antes citada, que, además del relativo a la propia existencia del procedimiento de mediación —sobre el que ya me he ocupado— incluye los siguientes:

- las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en el procedimiento respecto de un posible arreglo de la controversia;
- las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento;

⁸ El establecimiento de una presunción *iuris et de iure* de mala fe anudada al inicio del procedimiento de mediación fue calificado ya en su momento por COLOMER HERNÁNDEZ (2013), págs. 358 y 359, como desproporcionado y exorbitante. Señalaba el autor que la norma obviaba que el procedimiento de mediación podría terminar unilateralmente por decisión de la parte que a la postre se verá beneficiada por la aplicación de la presunción, cuando precisamente el demandado tenía voluntad de llegar a un acuerdo (en determinadas condiciones) y la voluntad del demandante era contraria a ello. La nueva redacción del precepto permite dar solución a casos como el señalado.

- cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio

A estas, el citado art. 10 añade otras dos (las propuestas presentadas por el conciliador; y el hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador) que, sin embargo, no parecen trasladables al procedimiento de mediación dados los términos en que nuestra ley regula la actuación del mediador, puesto que esta se halla limitada a facilitar la comunicación entre las partes, a velar por que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes (art. 13.1 LMed) y a lograr el acercamiento entre las partes (art. 13.2 LMed). Parece, en principio, que no le corresponde a él —excedería de su encargo— el cometido de «formular directamente a las partes posibles soluciones⁹, e incluso proponer la posibilidad en cualquier momento de poder emitir una opinión escrita no vinculante e invitar a las partes a que formulen posibles propuestas de solución que construyan un eficaz acuerdo común» como expresamente recoge el art. 15 del PLMEP al enumerar las funciones del conciliador. El deber de confidencialidad de este último sí que se extiende a tales extremos, puesto que se encuentran comprendidos en el contenido de su encargo y actuación. Lo dicho no es óbice a que, si las partes estimasen que han llegado a un acuerdo y solicitaran la asistencia del mediador para expresarlo o darle forma, este pueda hacerlo; pero, si formulados los términos del acuerdo este fuera rechazado por alguna de las partes, esa información —que, frecuentemente, se habrá reflejado en algún escrito— no podrá ser ulteriormente utilizada ni desvelada. Si, en contra de lo que aquí se sostiene, se estimara procedente —siquiera fuera en el procedimiento de tasación de costas— que el órgano judicial accediera al contenido de la propuesta de acuerdo, debería exigirse que el mediador informe a las partes de las consecuencias que pueden anudarse a su no aceptación.

9. No hay duda de que la confidencialidad no puede extenderse a cualesquiera informaciones sobre los hechos ocurridos antes del procedimiento

⁹ A diferencia de lo previsto en otros ordenamientos, como el italiano. En este, conforme a lo establecido en el art. 11 del Decreto legislativo 28/2010, de 4 de marzo, el mediador puede formular, por escrito, una propuesta de conciliación si las partes no alcanzan un acuerdo, como también puede hacerlo cuando las partes, conjuntamente, así se lo requieran. En el primer caso, la iniciativa corresponde al mediador que lleva a cabo una actuación valorativa; en el segundo, es expresión de la concurrencia de voluntades de las partes, a la que el mediador da forma. Lo primero no deja de ser objeto de crítica. A este respecto, señala DALFINO (2016), pág. 439, que tal disposición traiciona la voluntad del legislador de inculcar una «cultura de la mediación», sobre todo si lo hace imponiendo graves sanciones a las partes que, legítimamente o no, demuestren no tener un comportamiento colaborativo.

de mediación; si así fuera, la parte podría aprovecharse de la prohibición de utilizarlas, en un sentido desviado del que inspira la norma simplemente haciendo declaración de aquellos hechos que le resultaran desfavorables o perjudiciales para sus intereses con el fin de que el otro litigante no pudiera alegarlos en el juicio sucesivo.

10. Respecto del ulterior uso en el proceso de los hechos conocidos en el curso del procedimiento de mediación a causa de lo declarado por una de las partes o de las informaciones aportadas por ella —unos hechos que la otra parte no hubiera podido conocer— se debe entender, a mi parecer, que no se veda la posibilidad de alegar y probar tales hechos en el proceso¹⁰; lo que no podrá hacer la parte que ha conocido los hechos que antes ignoraba es sostener en el proceso que la otra parte los ha puesto de manifiesto durante el procedimiento de mediación —los estaría revelando ilícitamente—, ni las consecuencias que la contraparte quería deducir de ellos según expuso en el procedimiento de mediación ni tampoco la conducta que esta haya mantenido mostrándose contraria a alcanzar un acuerdo¹¹. Las partes pueden probar en el proceso los hechos alegados en el procedimiento de mediación, pero no pueden servirse como prueba de lo manifestado en este último¹². Por otro lado, como ha señalado la profesora D’ALESSANDRO¹³, la demostración del hecho de que la contraparte ha conocido la existencia de un medio de prueba en el curso de la mediación resultaría ser una *diabólica probatio* para ella, puesto que se encontraría ante la imposibilidad de demostrar que se trata de información obtenida en el procedimiento de mediación (no podría pretender que el mediador prestase testimonio sobre este extremo).

¹⁰ A este respecto, VEGAS TORRES (2014), págs. 390 y 391, distingue entre los hechos que han dado lugar al litigio entre las partes y los hechos del propio procedimiento de mediación. Estos últimos son los que quedan excluidos de la prueba (vg. «que en el procedimiento se ha reconocido por las partes tal o cual cosa, o que en la mediación se ha aportado por una de las partes tal o cual documento, o que dentro de la mediación se había alcanzado tal o cual acuerdo parcial sobre un determinado aspecto de la cuestión controvertida, etc.»). En cambio, respecto de los primeros (vg. «si se ha entregado la mercancía o prestado el servicio en las condiciones pactadas, si se ha pagado lo estipulado, si se han causado determinados daños, etc.»), no hay otra limitación que la de no utilizar las fuentes de prueba procedentes del procedimiento de mediación, de modo que, si las pruebas se obtienen por otras vías, estas no tendrán cerrado el paso en el proceso.

¹¹ En este sentido, DALFINO (2016), págs. 420 y 421. Como asimismo señala el autor, la prohibición de uso de tal información se refiere a lo dicho o aportado por la contraparte en el procedimiento de mediación. Cada parte es libre de repetir en el proceso las propias declaraciones «abbattendo volontariamente il muro della propria riservatezza».

¹² DANОВI (2011), pág. 784. En el mismo sentido, BRUNI ALTI (2011).

¹³ D’ALESSANDRO (2012), pág. 1030.

11. Atendida la finalidad del deber de confidencialidad —favorecer un clima de confianza que permita una exposición y discusión libres, leales y sinceras—, se comprende que pueda excepcionarse cuando las partes así lo acuerden (o la parte de quien provenga la información o declaración así lo manifieste), tanto por lo que respeta a la utilización en el propio procedimiento de mediación de las informaciones vertidas en él (como sería el caso de las sesiones separadas), como en un ulterior proceso. Las normas que establecen el deber de reserva cumplen una función de garantía y refuerzo de la tutela de las partes, pero no dejan de ser de naturaleza dispositiva¹⁴, puesto que se establecen en interés de las partes¹⁵.

III. LOS OBLIGADOS POR EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

12. A tenor de lo dispuesto en el art. 9 LMed, la obligación de confidencialidad se proyecta en un triple plano: a él quedan sujetos, en primer lugar, el mediador y las instituciones de mediación; en segundo lugar, las partes de la controversia sometidas a este medio de solución del conflicto; y, en tercer lugar, ha de predicarse también de cuantas personas participen en el procedimiento de mediación.

13. El deber de reserva comporta una prohibición de revelar las informaciones referidas en el apartado anterior tanto en el seno del propio procedimiento como fuera de él. Por lo que respecta al primer aspecto de los señalados, la reserva afecta fundamentalmente al mediador —o los mediadores, si fueran más de uno— cuando opte por celebrar sesiones separadas con cada una de las partes en conflicto. No podrá comunicar a una lo dicho por la otra en la sesión correspondiente ni trasladarle o darle noticia de la información o documentación aportada, salvo autorización expresa de quien hubiera realizado la declaración o facilitado la documentación (art. 21 LMed). Y tal obligación se extiende a los colaboradores del mediador y a quienes hayan podido asistir o acompañar a la parte.

Por otro lado, tanto el mediador como, en su caso, la institución que administre la mediación deberán garantizar la seguridad de las comunicaciones que se realicen en el procedimiento, lo que adquiere una especial importancia en el supuesto de que se sirvan de medios telemáticos. Además,

¹⁴ NARDONE (2018). Cabe que la parte autorice al mediador a comunicar a la otra parte el contenido de las declaraciones efectuadas o las informaciones aportadas en el curso del procedimiento o que, de común acuerdo, consientan la divulgación *erga omnes* de la existencia del procedimiento y del acuerdo alcanzado.

¹⁵ De parecer contrario, BRUNIALTI (2011).

el art. 22.1.II LMed dispone que se devuelvan a cada parte los documentos que hubiera aportado y que, con los que no hubieran de devolverse, se forme un expediente cuya conservación y custodia —por un plazo de cuatro meses desde la terminación del procedimiento— se encomienda al mediador o, en su caso, a la institución de mediación.

14. Es en el aspecto externo —en la confidencialidad que se ha de mantener fuera del procedimiento de mediación y, especial aunque no únicamente, en el caso de que este no prospere— en el que cobra una indudable relevancia la determinación de quiénes están sujetos a reserva, sobre todo si a la mediación fallida sigue un proceso judicial (o arbitral). Las consecuencias se dejan sentir acusadamente en el ámbito probatorio, puesto que la prohibición —con contadas excepciones— de utilizar el material adquirido, conocido o aportado en la mediación suponen una limitación de la prueba que se puede proponer y practicar en el proceso.

15. Al igual que en lo dicho respecto del aspecto interno, el deber de confidencialidad se predica del mediador¹⁶ y de la institución de mediación, lo que lleva a extenderlo a los colaboradores de aquel y a cuantos participen en las labores que preste esta última. Vulnerar este deber genera responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico (art. 9.3 LMed). Para el caso de que el incumplimiento provenga de la institución de mediación, habrá que acudir a lo establecido en el art. 199 del Código penal que sanciona a quien revela secretos ajenos de los que ha tenido conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales. Si quien infringe el deber de confidencialidad es el mediador, habrá que tener en cuenta que, según dispone expresamente el art. 9.1 LMed, está sujeto al secreto profesional y, en consecuencia, incurrirá en el delito tipificado en el art. 199.2 del Código penal (que hay que poner en relación con los arts. 200 y 417 del mismo cuerpo legal). Pero además de la responsabilidad que pueda derivarse por la vulneración del deber que pesa sobre ellos, conviene atender al tratamiento procesal que corresponde a los casos en que se pretenda utilizar o recabar en el proceso judicial la información obtenida o aportada en la mediación, un extremo sobre el que luego volveré.

16. La obligación de confidencialidad la predica la ley de «las partes intervinientes». Cuando las partes del procedimiento de mediación y las del

¹⁶ El deber de confidencialidad decae si las partes así lo acuerdan expresamente y por escrito [art. 9.2.a) LMed]. De ocurrir así, el mediador ya no podrá ampararse en el deber que le impone la ley para no declarar o no aportar los documentos que le requiera el tribunal. El secreto profesional no se configura para él como un derecho. En este sentido, entre otros, ORTIZ PRADILLO (2011), pág. 27 y LAFUENTE TORRALBA (2019), págs. 325 y 326.

sucesivo proceso judicial coincidan, la cuestión no se revela, en principio, problemática. El término *intervinientes* puede suscitar, no obstante, algunas dudas. Las partes son los sujetos de la controversia, aquellos cuya identificación debe constar en la sesión constitutiva. Tratándose de una persona jurídica, puede ocurrir que intervenga en el procedimiento de mediación, además de su representante, algún otro sujeto ligado estatutaria, funcional o laboralmente a la entidad, una intervención que puede considerarse oportuna por el mediador o por las propias partes. Sobre ellos también pesa el deber de confidencialidad en virtud de que el art. 9.2 LMed lo extiende a «las personas que participen en el procedimiento de mediación». Por otro lado, si en un proceso sucesivo o simultáneo a la mediación en el que una de las partes fuera la misma que en la mediación y otra un socio, asociado o miembro de la persona jurídica que hubiera sido o sea parte de esa mediación —u otra entidad del mismo grupo—, habrá que interpretar, acudiendo a un criterio finalista y con el fin de evitar actuaciones fraudulentas que burlen lo querido por la norma, que también en estos casos ha de entenderse inutilizable en el proceso el material probatorio que se hubiere obtenido en el procedimiento de mediación. El deber de reserva se proyecta también sobre los sucesores, no solo en aquellos casos en que tenga lugar la sucesión procesal —puesto que el sucesor ocupa la misma posición que el causante o transmitente—, sino también cuando la sucesión acaece tras la conclusión de la mediación y antes de incoarse el proceso judicial¹⁷.

17. Si quienes han sido parte en el procedimiento de mediación actúan en el proceso judicial, como es regla general, dirigidos por sus respectivos abogados, la confidencialidad debida se proyecta sobre estos profesionales con mayor intensidad por ser los primeros valedores de este medio de solución de controversias y a los que, en consecuencia, les es exigible preservar la seguridad y la confianza en que todo lo que en la mediación se trate no sea desvelado al tribunal. Así lo ha expresado la SAP de Barcelona (sección 12^a) 500/2020, de 17 de septiembre (JUR\2020\312527) y, como en ella misma se señala, «con independencia de que los abogados hubieran participado activamente o no en el proceso de mediación iniciado entre sus clientes». En el caso que decide la citada resolución, la abogada de la recurrida¹⁸

¹⁷ En este sentido, D'ALESSANDRO (2012), pág. 1037.

¹⁸ La acción ejercitada era una modificación de medidas acordadas en un previo proceso matrimonial. Fue en la apelación de la sentencia que desestimó la modificación cuando se instó a ambas partes a acudir a mediación. Al no recibir el tribunal información alguna sobre si la mediación se había desarrollado y, en su caso, concluido, con acuerdo o sin él, el tribunal requirió a las defensas de las partes que le proporcionaran esa información y, de mantenerse el recurso, que

aprovechó la ocasión de la que disponía para aportar la información requerida por el tribunal para aportar otra no solicitada que comprendía los que ella llamó preacuerdos parciales alcanzados y dos documentos trabajados en la mediación sobre responsabilidad parental y repartos de vacaciones, gastos y liquidación de la vivienda. Es este hecho el que supone un quebranto del deber de confidencialidad que el tribunal interpreta, además, que tenía la intención de influir en su decisión. Tal actuación la considera, con acierto, contraria a la buena fe procesal. Y, en consecuencia, acuerda, de conformidad con lo establecido en el art. 247.3 LEC, formar pieza separada para determinar la cuantía de la multa a imponer, además de dar traslado de la resolución al correspondiente colegio de abogados—ahora con apoyo en lo dispuesto en el apartado cuarto del citado precepto— por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.

18. Por último, en virtud de lo establecido en el art. 9.2 LMed, y como ya ha habido ocasión de adelantar, están vinculados por el deber de confidencialidad cualesquiera «personas que participen en el procedimiento de mediación», es decir, sujetos distintos de las partes de la mediación, como los señalados en los párrafos anteriores, a los que cabría sumar los asesores o expertos de los que hayan considerado oportuno valerse las partes u otras personas que, por distintas razones, hayan intervenido o concurrido a alguna de las sesiones del procedimiento de mediación¹⁹.

IV. GARANTÍAS Y MEDIOS DE REACCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

19. GONZÁLEZ CANO²⁰ señaló tempranamente que «la confidencialidad tiene una vertiente garantista estrictamente procesal y referida básicamente a la materia probatoria que, entendemos, es la reforzada por el art. 9 de la Ley». Dispone este precepto que los mediadores, las instituciones de mediación y las partes no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento a lo que añade que la confidencialidad

actualizaran algunos datos (domicilio, trabajo, situación de convivencia con terceras personas, relación actuación del hijo con cada uno de ellos, actividad escolar del hijo y su coste).

¹⁹ LAFUENTE TORRALBA (2019) cita como ejemplo los alumnos de los cursos de formación de mediadores, cuyas prácticas han de incluir «de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales», según establece el art. 4.4 del RD 9980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

²⁰ Cfr. GONZÁLEZ CANO (2013), pág. 353.

impide que los mediadores y las personas que participen en él (entre ellas, las partes) estén obligados, en un proceso judicial o arbitral, a declarar o aportar información o documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con él (con dos excepciones: que las partes dispensen de ese deber de manera expresa y por escrito; y cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal). La pregunta que se impone es: ¿qué mecanismos de garantía y reacción dispone el ordenamiento para aquellos casos en que se lleve a cabo alguna actuación contraria a lo preceptuado por la ley?

20. Es tentador responder con prontitud que a las pruebas obtenidas vulnerando las prohibiciones legales ya referidas habrá que aplicar el régimen de la prueba ilícita. Una reflexión que atienda a los términos en que la ley (la LOPJ y la LEC) configura este régimen y a su interpretación jurisprudencial pondrá de relieve lo precipitado de esa conclusión. El profesor BONET²¹, al ocuparse de esta cuestión, ha trazado con precisión los elementos distintivos que permiten determinar cuál es el tratamiento procesal que corresponde otorgar a las pruebas *extraídas* del procedimiento de mediación: estas son «en cualquier caso, ilegales, porque su extracción se lleva a cabo vulnerando la ley de mediación. Pero, sin embargo, solo se podrán considerar ilícitas cuando su obtención se haya realizado vulnerando un derecho fundamental»²². Por tanto, si la prueba es ilegal, aunque no sea ilícita, ha-

²¹ Cfr. BONET NAVARRO, Á. (2013), págs. 122 y ss.

²² Es oportuno citar dos sentencias a este respecto. La STS 386/2007, de 29 de marzo, condensa la doctrina: «La ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y cuando se emplean medios ilícitos». En consecuencia: si no se ha vulnerado un derecho fundamental —y la obtención de la información en la mediación por las declaraciones efectuadas o la documentación aportada por la otra parte no invita a pensar que tal vulneración haya tenido lugar—, no estaremos ante un caso de prueba ilícita. Por otra parte, la STS 109/2011, de 2 de marzo, al abordar la inadmisión de unos documentos cuya aportación el recurrente consideraba ilícita por tratarse de acuerdos concertados en el transcurso de una mediación familiar, consideró que la prueba no podía considerarse ilícita. En su razonamiento, me parece que deben distinguirse dos vertientes: el objeto de la información traída al proceso, por un lado y, por otro, el modo en que se ha obtenido esa información. Respecto de lo primero, la sentencia —aunque se refiere a la ley catalana de mediación familiar, la argumentación es trasladable a lo que luego dispuso y actualmente dispone la LMed— señala que «el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a “informaciones confidenciales”, que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial». Respecto de lo segundo, acota lo que debe entenderse por prueba ilícita en los siguientes términos: «Esta Sala ha declarado en sentencia núm. 839/2009 de 29 diciembre, que dicho artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como, con carácter más general, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que trata de prevenir es la posibilidad de que se obtengan pruebas mediante procedimientos ilícitos que vulneren derechos fundamentales y que dichas pruebas

bremos de acudir a lo establecido en el art. 283.3 LEC²³: «Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley». Corresponde al juez el control de su admisibilidad; y si este, a juicio de la parte, errase en su resolución, cabrá recurso de reposición —que ha de interponerse, tramitarse y resolverse en la audiencia previa o en la vista— y si fuera desestimado, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 285.2 LEC).

21. La aportación de la información o documentación cuya utilización está prohibida puede intentarse o llevarse a cabo a través de los distintos medios de prueba.

En el término documentación, habremos de entender comprendidos no solo los documentos —tanto los aportados por las partes en el procedimiento de mediación como los generados en él—, sino también los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase. Todos ellos presentan algunas características comunes, señaladamente, la de que su introducción en el proceso debe realizarse con los escritos iniciales de alegación. El litigante que considere que los documentos, grabaciones o archivos que la contraparte haya acompañado a la demanda o a la contestación contraviene la prohibición de la LMed habrá de ponerlo de manifiesto en la audiencia previa o en la vista y provocar con ello el correspondiente pronunciamiento del juez. Si la parte hiciera uso de la facultad que le concede el art. 328 LEC y solicitara de su contrario la exhibición de un documento que obra en su poder —y de cuya existencia ha tenido conocimiento en el curso de la mediación a cuyo término se le ha devuelto a quien lo aportó—, el requerido podrá negarse fundamentando su negativa en que se trata de documentos a los que la LMed concede el carácter confidencial. Si fuera un tercero a quien se requiere la exhibición del documento (por ejemplo, el mediador o la institución que ha administrado la mediación), el tercero —en la comparecencia a la que se le convoque

logren efectividad en el proceso. La proclamada ineffectividad de las mismas queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba; supuesto que no es el del presente caso».

²³ Así se prevé expresamente en el último párrafo del art. 9.2 LMed que modifica la DF 6ª del PL-MEP: allí se establece que, a salvo de las excepciones que en el mismo precepto se enumeran, de pretenderse por alguna de las partes la aportación como prueba en el proceso de la información confidencial, no será admitida por aplicación de lo dispuesto en el art. 283.3 LEC (aunque por error se remite el 183.3).

para ser oído, según dispone el 330.1 LEC— podrá dar razón de su parecer contrario a la exhibición invocando que el art. 9.2 LMed se lo impide; en esa comparecencia, también podrá la contraparte alegar la improcedencia, por ilegal, de la exhibición solicitada. A la contraparte puede interesarle recurrir en revisión la providencia en que el juez ordena la comparecencia del tercero en cuyo poder se halla el documento, pues no cabe obviar la posibilidad de que, si el tercero estuviera dispuesto a exhibirlo voluntariamente, puede resolverse la actuación yendo el letrado de la Administración de Justicia a su domicilio para testimoniarlo.

22. La información obtenida en el procedimiento de mediación puede intentarse indebidamente que se incorpore al proceso a través del interrogatorio de la parte. También en este caso habrá que atender al control que corresponde al tribunal para impedirlo y a los medios de que dispone el litigante llamado a declarar para negarse a facilitarla. Conforme a lo preceptuado en el art. 302.2 LEC, el juez decidirá sobre la admisibilidad de las preguntas en el mismo acto en que se lleve a cabo el interrogatorio (lo que remite, como regla, al juicio o la vista) y lo hará comprobando que las preguntas corresponden a los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiera admitido. Ahora bien, será en el momento de su proposición cuando el juez podrá apreciar, a tenor de las razones dadas por el proponente para su admisión, que la declaración solicitada incurre en la prohibición del art. 9.2 LMed, en cuyo caso la inadmitirá por ser contraria a la ley. Si no lo hiciera, la contraparte podrá recurrir en reposición y, si la resolución le fuera adversa, formular protesta. El art. 302.2 LEC se proyecta, en cambio, sobre el momento de práctica del interrogatorio y atañe a las preguntas concretas que se formulen al llevar a cabo la prueba propuesta y admitida; si alguna de ellas pretendiera extraer una información protegida por el deber de confidencialidad, el juez la inadmitirá; y si no lo hiciera, el declarante podrá invocar la obligación de guardar secreto para negarse a responder, al amparo de lo que establece el art. 307.1 LEC, evitando así que a su silencio se anude la consecuencia de tener por cierto el hecho a que se refiera la pregunta.

23. También en el caso de la prueba testifical, es imaginable que se dé una situación que amenace la reserva debida que prescribe la LMed. Recordemos que esta extiende la prohibición no solo al mediador y las partes, sino también a las personas que participen en el procedimiento de mediación. Como testigos pueden ser llamados quienes no tengan la condición de parte en el proceso judicial. Y esa cualidad puede recaer sobre los mediadores y sobre quienes hayan participado en el procedimiento, como, por ejemplo, quienes, en virtud de su relación con la institución de mediación, lleven a

cabo actos de comunicación, custodia o documentación o quienes hayan intervenido en el procedimiento para ofrecer su testimonio cuando así se les haya solicitado. Pero también pueden tener la condición de testigos las partes del procedimiento de mediación si se requiere su declaración en un proceso en el que no sean ellas los litigantes.

Si en el momento de proposición de la prueba el juez, por sí o porque se lo hace saber la otra parte, advierte que es llamado a declarar quien está sujeto a la obligación de confidencialidad, inadmitirá la prueba por tratarse de una actividad prohibida por la ley (art. 283.3 LEC). En el caso de que hubiera admitido la prueba, el testigo al que se le formule una pregunta que incide en su deber de reserva, podrá negarse a declarar dando razón de ello, con arreglo a lo preceptuado en el art. 317.1 LEC. Si, en aplicación del art. 380 LEC, la institución que administra la mediación fuera requerida a responder por escrito sobre alguna información o documentación aportada o generada en el procedimiento de mediación, la institución deberá negarse a hacerlo: el apartado quinto del precepto mencionado remite a las normas de la sección dedicada al interrogatorio de testigos, entre las que se encuentra, como ha habido ocasión de anotar, el art. 371.1 que ofrece como fundamento de la negativa el deber de guardar secreto.

24. De modo expreso, dispone el art. 335.3 LEC que «no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto». Por su parte, el art. 347.1.II LEC, al regular la posible intervención de los peritos en el juicio o en la vista, prescribe que el tribunal denegará la que se solicite «cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes». Uno y otro precepto fueron introducidos en la LEC por la disposición final tercera de la LMed y ambos, como señaló GONZÁLEZ CANO²⁴, establecen la exclusión del perito tanto en el caso de dictamen de parte como de dictamen judicial. La autora sostiene que el instrumento procedente para denunciar el riesgo o la vulneración del deber de confidencialidad sería, tratándose del dictamen de parte, la tacha del perito, aun cuando este motivo no se encuentra entre los relacionados en el art. 343 LEC; tampoco entre los motivos de recusación del perito designado judicialmente (art. 124 LEC) figura el de haber intervenido en el procedimiento de mediación, aunque, conforme al art. 342.2 LEC, el perito designado pueda —en nuestro caso, deba— aducir justa causa que le impida la aceptación del cargo. Participo del parecer del profesor

²⁴ GONZÁLEZ CANO (2013), pág. 353.

BONET²⁵, según el cual la finalidad de los arts. 335.3 y 347.1.II va más allá de los preceptos que recogen las causas de recusación y las tachas: estos últimos atienden al valor probatorio del dictamen emitido o que haya de emitirse; aquellos persiguen impedir que el dictamen se emita («no se podrá solicitar»: luego si se solicita, se inadmitirá) o que el perito intervenga en el juicio o vista dando explicaciones sobre el dictamen o alguno de sus puntos o respondiendo a preguntas, objeciones o solicitudes de ampliación («denegará la intervención»). Tratándose de un proceso civil, el acuerdo de las partes —que se recogerá en el acta de la sesión constitutiva, en el acta final o de un documento posterior— exonera al perito del deber de confidencialidad (arts. 9 LMed y 335.3 LEC).

V. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD Y EL RÉGIMEN DE COSTAS

25. Según lo expuesto, la prohibición de utilizar la información y la documentación aportada o generada en el procedimiento de mediación se proyecta —especial, aunque no exclusivamente— en el proceso sucesivo, es decir, en el que se entabla entre las mismas partes con un objeto total o parcialmente coincidente. Y, como igualmente ha habido ocasión de señalar, es en el ámbito probatorio en el que con mayor intensidad se proyecta esa prohibición. Pero es en otro ámbito procesal en el que se abren excepciones y resquicios al deber de confidencialidad de muy relevantes consecuencias. Así se observa en el régimen de costas, sobre todo si tenemos en cuenta las novedades que pretende introducir en él el PLMEP.

26. Más arriba, me he referido a la norma que recoge el art. 395.1.II LEC al regular las costas en los casos de allanamiento: el demandado que se allana tras haber desatendido la invitación a encontrar una solución a la controversia en un procedimiento de mediación será condenado en costas. El proyecto modula la consecuencia que la vigente ley anuda en todo caso al supuesto de hecho mencionado: conforme a la nueva redacción que se quiere dar al citado precepto, cabe que no se impongan las costas al demandado si no acudió al intento de mediación por causa justificada y cabe, asimismo, que no resulte condenado si concurren circunstancias excepcionales —que habrán de expresarse en decisión motivada—.

La STJUE de 22 de septiembre de 2022 (Zulima, C-215/21) sirve de base para sostener que, también en los casos de terminación del proceso por satisfacción extraprocesal, la regla de la no imposición encontrará una ex-

²⁵ BONET NAVARRO, Á. (2013), pág. 134.

cepción que dará lugar a la condena del demandado si este desatendió el intento previo del actor de dar solución a la controversia extrajudicialmente.

27. Sobre el sentido del pronunciamiento —de condena o de no imposición— el PLMEP incorpora otras previsiones. Así, se dispone en el nuevo apartado cuarto del art. 394 que «[s]i la parte requerida para iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie un abuso del servicio público de Justicia». En este caso, la eventual condena que procedería en aplicación del vencimiento da paso a la no imposición no obstante haberse producido este. En el caso del vencimiento parcial, sucede lo contrario, es decir, la no imposición establecida como regla da paso a la condena: según la redacción del nuevo párrafo segundo del art. 394.2 «si alguna de las partes²⁶ no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez, la jueza o el tribunal o el letrado de la Administración de Justicia durante el proceso, se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial».

28. Las tres normas referidas presentan dos características comunes: en primer lugar, excepcionan la regla general prevista para los distintos casos (la no imposición en los supuestos de allanamiento y vencimiento parcial, la condena en los supuestos estimación o desestimación íntegra); y, en segundo lugar, sitúan el fundamento de la excepción en la no participación en la actividad comercial dirigida a la solución de la controversia (en lo que aquí interesa, en el procedimiento de mediación). La incomparecencia (no haber acudido o haber rehusado intervenir, según los términos utilizados en el PLMEP) es un hecho objetivo privado de valoración que, reflejado en el acta correspondiente, no desvela información confidencial alguna que pueda incidir en la apreciación de las circunstancias definidoras del objeto de la controversia ni en la resolución de fondo que en el proceso se dicte.

29. Pero en dos de las normas que el Proyecto pretende introducir en el articulado de la LEC se hace referencia a un extremo que va más allá de la apreciación objetiva del hecho de no haber comparecido, puesto que alude a un elemento valorativo como es el de la causa que justifique no haber

²⁶ El Anteproyecto ceñía esta previsión a la parte demandada. El Proyecto la extiende a cualquiera de las partes, lo que invita a pensar, en el caso del actor, en los casos de mediación derivada.

acudido al intento de mediación. Dos son las objeciones que cabe formular a este respecto:

a) De un lado, y como ya señalé en una obra anterior²⁷, estas disposiciones pueden colisionar con la doctrina del TJUE. En su sentencia de 14 de junio de 2017 (Menini, C-75/16) dijo que «la eventual retirada del consumidor del procedimiento de resolución alternativa no debe tener consecuencias desfavorables para este en el contexto del procedimiento jurisdiccional relativo al litigio que haya sido, o hubiera debido ser, objeto del procedimiento de resolución alternativa». En definitiva, tal y como expresó el abogado general Saugmandsgaard en sus conclusiones, la norma nacional que, al mismo tiempo que impone la obligación de acudir a un procedimiento alternativo, sanciona el hecho de retirarse de él, limita el acceso a una tutela judicial efectiva. En otros términos: condicionar la retirada del procedimiento de mediación a que concurra una causa justificada, so pena de sanción en el procedimiento judicial ulterior, comporta una restricción del derecho de acceso a los tribunales. Ahora bien, además de que la sentencia está dictada en el ámbito de la protección de los consumidores —lo que lleva a cuestionar si ha de extrapolarse cuando sea otro el sector del ordenamiento al que pertenezca la materia controvertida—, no debe pasarse por alto que la resolución alude a la retirada del procedimiento —lo que parece indicar que este ya ha comenzado—, mientras que las normas que el PLMEP pretende incorporar se refieren a la incomparecencia inicial, es decir, la que impide que el procedimiento empiece. A mi parecer, esa es la interpretación literal y restrictiva que se impone. Además, si acudimos a la Directiva 2013/11, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, encontraremos un argumento en apoyo de la interpretación propuesta; en efecto, conforme a lo dispuesto en su art. 9.2, las partes han de tener «la posibilidad de retirarse del procedimiento en cualquier momento si no están satisfechas con el funcionamiento o la tramitación del procedimiento»²⁸.

b) Por otro lado, si, de acuerdo con la lectura que aquí se entiende correcta —es decir, la que limita las consecuencias de la condena o la falta de imposición a la inasistencia inicial al intento de mediación y a la que pueda tener lugar durante el procedimiento ya comenzado—, la parte que no acudió alega una causa justificativa, esta no parece que haya tenido que

²⁷ HERRERO PEREZAGUA (2019), págs. 221 y 222.

²⁸ En su último inciso, el precepto citado añade: «Cuando existan normas nacionales que obliguen al comerciante a participar en los procedimientos de resolución alternativa, lo dispuesto en la presente letra se aplicará solo al consumidor».

comunicarse en un momento anterior a la incoación del proceso judicial. Pero si lo hizo —remitiendo, por ejemplo, un correo al mediador o a la institución administradora de la mediación cuya intervención haya solicitado la otra parte—, no hay razón para excluir esta información de la que proporcione el mediador o la institución en la que se refleje que no se ha iniciado el procedimiento. No se infringe en este caso la confidencialidad debida, no solo porque el procedimiento ni siquiera ha dado comienzo, sino porque se trata de una información que no incide en el enjuiciamiento de fondo y que, además, habrá de aportar en el proceso la parte a la que su falta de alegación le puede deparar la consecuencia desfavorable establecida por la norma. Estamos ante una carga procesal. Ahora bien, si en contra de lo que aquí se sostiene, se estimara que también la retirada del procedimiento de mediación que ya estuviera en curso conduce a un pronunciamiento sobre costas en perjuicio de quien abandona el procedimiento, la causa que esta hubiera alegado en él o su silencio al respecto no deberán reflejarse en el acta final ni el mediador podrá prestar declaración sobre tal extremo. Es esta una información cubierta por el deber de confidencialidad, puesto que su apreciación podría incidir en el enjuiciamiento que haya de realizarse en el proceso sucesivo y porque, según la doctrina del TJUE antes aludida, implicaría aparejar una sanción al hecho de la retirada, lo que limita el derecho de acceso a los tribunales.

30. La quiebra de la confidencialidad se producirá en aplicación de las novedades que, en materia de tasación de costas, se propone introducir el PLMEP. En su disposición final sexta, se lleva a cabo, entre otras cosas, la modificación del art. 9 LMed para añadir una excepción al deber de confidencialidad cuando se esté tramitando la impugnación de costas y la solicitud de su exoneración o moderación según lo previsto en el art. 245 LEC. Conforme al nuevo apartado quinto que el proyecto incorpora al art. 245, el condenado en costas puede pedir que se le exonere de su pago o que se reduzca su cuantía «cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta»²⁹. El modo de acreditarlo es «acompañar la documentación íntegra referida a la

²⁹ Esta disposición —que priva o limita la eficacia del pronunciamiento contenido en una resolución judicial anterior— parece encontrar cobertura en lo que, en su momento, señaló el ATC 119/2008, de 6 de mayo, que admitió la posibilidad de que la exigencia de pago que comporta la condena en costas pueda limitarse o condicionarse en ciertos supuestos al cumplimiento de

propuesta formulada, que en este momento procesal y a estos efectos, estará dispensada de confidencialidad». Esta previsión normativa torpedea el principio de confidencialidad³⁰, un pilar en el que se asienta la mediación³¹. Ciertamente, el juez, al conocer del proceso sucesivo, no habrá conocido ni tenido acceso a la propuesta ni a la documentación en que conste, no hay razón para estimar que se sienta condicionado o predispuesto por lo acontecido en la mediación precedente; el pronunciamiento sobre costas que dictará será el que corresponda conforme a las reglas de los arts. 394 y siguientes y, bien puede suceder, que consista en la condena del que efectuó la propuesta como consecuencia de acoger totalmente o en lo sustancial las pretensiones de su contraparte. Es en un momento posterior en que lo sucedido en la mediación se desvela para incidir negativamente en la integridad de la tutela concedida en la sentencia. Que así pueda suceder, alimenta la desconfianza en la mediación y potencia comportamientos que, aun privados de razón y que no precisan de otras exigencias en el proceso posterior (como un allanamiento parcial o la puesta a disposición del contrario de lo que se ofrece en la propuesta o se estima debido), lleven a quien el Derecho le asiste a aceptar un acuerdo ante la expectativa de no verse reintegrado en las costas que su defensa le ocasione.

31. Pero, además, desde un punto de vista de técnica procesal, el proyectado art. 245 bis no deja de ser problemático. Previene en su apartado tercero que, solicitada la exoneración o reducción, si la parte favorecida por la condena no la aceptase, resolverá el tribunal. El trámite de audiencia del beneficiario de la condena existe (el apartado primero ordena que de la solicitud se le dé traslado para que se pronuncie sobre ella en el plazo de tres días, lo que conduce a entender que estamos ante un trámite escrito al que no sigue una comparecencia); pero el precepto silencia si su oposición

determinados requisitos «siempre que estos sean razonables y proporcionados y no produzcan un obstáculo innecesario y excesivo en el derecho de acceso a la jurisdicción».

³⁰ En este sentido, NARDONE (2018), con apoyo en el art. 11 del Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, n. 28. Dispone este precepto que, comunicada la propuesta de conciliación a las partes, estas le harán llegar su aceptación o rechazo y que, «salvo diverso accordo delle parte, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento».

³¹ Especialmente crítico se muestra, a este respecto, MARTÍNEZ PALLARÉS (2022), para quien «lo que puede tener su justificación cuando se utiliza una oferta vinculante confidencial, un acto unilateral cuyo sentido es, exclusivamente, trasladar la amenaza a la otra parte de que puede que no se resarza de los gastos procesales por aproximación al sentido del fallo, carece de justificación en la mediación»; lo apoya en dos razones: de un lado, en la experiencia de que los acuerdos parciales están condicionados a la consecución de un acuerdo global y en que, al saber que lo que se va a decir o proponer en la mediación puede utilizarse en su contra, las partes rehuirán la mediación, pretenderán instrumentalizarla o salir del paso de ella con los menores daños posibles.

podrá fundarse en declaraciones, informaciones u otro tipo de actuaciones que hayan tenido lugar en el procedimiento de mediación. Parece que así podrá ser, puesto que, de lo contrario, se produciría un desequilibrio de las partes contrario a los principios de igualdad y contradicción. La quiebra de la debida reserva se agranda —y necesariamente tendrá que ser así—y aun puede ser mayor según la amplitud con que se conciba el ámbito probatorio que se estime procedente para acreditar lo que a cada uno de los contendientes convenga a su derecho.

32. También el art. 6.3 PLMEP sugiere —puesto que no distingue entre unos medios y otros de solución de controversias— la relajación del principio de confidencialidad: «Si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación, y asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». Una redacción como la aquí reproducida parece invitar a que la ley introduzca nuevas excepciones que no se limiten al procedimiento de tasación, sino que incidan en el pronunciamiento de las costas y en la imposición de multas por conculcar las reglas de la buena fe (art. 247 LEC). De seguirse ese camino, se produciría un mayor debilitamiento del deber de confidencialidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BONET NAVARRO, Ángel (2013): «El acuerdo de sumisión a la mediación ante una controversia actual», en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (dir.: Á. Bonet Navarro). Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, págs. 101-140.
- BRUNI ALTI, Massimo (2011): «Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione», en *Giustizia Civile*, fasc. 10, octubre 2011, págs. 487-501.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (2013): Comentario a la Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (apartado nueve), en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (dir.: R. Castillo Manzanares). Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 355-373.
- D'ALESSANDRO, Elena (2012): «Inutilizzabilità *ex lege* delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione ed accordi processuali sulla prova: convivenza possibile?», en *Il giusto processo civile* 4/12, págs. 1023-1050.
- DALFINO, Domenico (2016): *La mediazione civile e commerciale*. Torino, Zanichelli.

- DANOVI, Filippo (2011): «Per uno statuto giuridico del mediatore», en *Rivista di Diritto Processuale* 2011, págs. 771-790.
- GONZÁLEZ CANO, M^a Isabel (2013): Comentario a la Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (apartado siete), en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (dir.: R. Castillejo Manzanares). Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 349-354.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2013): «El juez y la mediación», en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (dir.: Á. Bonet Navarro). Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, págs. 31-75.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2019): *Reglas, excepciones y problemas del pronunciamiento sobre costas*. Madrid, La Ley-Wolters Kluwer.
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto José (2019): «Algunas reflexiones sobre los principios de imparcialidad y confidencialidad en el ámbito de la mediación civil y mercantil», en *Mediación y tutela judicial efectiva: la justicia del siglo XXI*, (dir.: Argudo Pérez). Madrid, Ed. Reus, págs. 317-327.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio (2022): en «Diálogos para el futuro judicial LI. La mediación civil. 10 años de la Ley 5/2012», en *Diario La Ley* núm. 10141, 29 de septiembre de 2022.
- NARDONE, Roberta (2018): «La riservatezza in tema di mediazione», en *Il processo civile*, fasc. 23 ottobre 2018.
- ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos (2011): «Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil», en *Boletín del Ministerio de Justicia* 2011, núm. 2135.
- VEGAS TORRES, Jaime (2014): «Otras modificaciones introducidas en la LEC por la Ley 5/2012: mediación y proceso civil», en *Mediación en materia civil y mercantil, Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)* (coord.: López Simó y Garau Sobrino). Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 365-399.

IMPLICACIONES EN EL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DEL PROYECTO DE LEY *WHISTLEBLOWER*

Spanish transposition of the Whistleblower Directive. Implications in the right against self-incrimination of legal persons

OLIVER PASCUAL SUAÑA

Doctor en Derecho. Profesor Asociado Derecho Procesal
Universidad de Valladolid
oliver.pascual@muroysanjuan.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. PANORÁMICA GENERAL. III. OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL MINISTERIO FISCAL DE LOS HECHOS CONOCIDOS MEDIANTE EL CANAL INTERNO QUE SEAN CONSTITUTIVOS DE DELITO. IV. EL REGISTRO DE COMUNICACIONES. OBLIGATORIEDAD *EX LEGE* DE SU LLEVANZA. V. IMPLICACIONES DEL PROYECTO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA *WHISTLEBLOWER* EN EL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 1. Breve esbozo sobre el derecho a no incriminarse. 2. Derecho a no incriminarse según el TEDH. 3. Derecho a no incriminarse según el TJUE. 4. Derecho a no incriminarse según el TC. 5. Derecho a no incriminarse según el TS. 6. Derecho a no incriminarse y personas jurídicas. VI. COROLARIO. AFECTACIÓN DEL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS MEDIANTE EL PROYECTO DE LEY *WHISTLEBLOWER*. VII. INTERVENCIÓN DE ABOGADOS EXTERNOS COMO SALVAGUARDA DEL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LA PERSONA JURÍDICA. VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN. IX. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La transposición de la Directiva *Whistleblower* va a provocar la obligación de que las corporaciones tengan un registro de las comunicaciones recibidas poniendo de manifiesto infracciones cometidas en el seno de la organización, y las investigaciones realizadas. Atendiendo a la jurisprudencia relativa al derecho a no incriminarse, esta novedosa exigencia legal va a provocar que el material interno de las personas jurídicas, generado en virtud del canal de denuncias, sea accesible a los tribunales, de tal forma que las empresas se van a ver obligadas a aportar unos documentos que pueden contribuir a su propia condena.

Palabras clave: derecho a no incriminarse, procesos penales frente a personas jurídicas, registro de comunicaciones, denunciante.

Abstract: The transposition of the Whistleblower Directive is going to make it mandatory for corporations to have a record keeping of the reports received revealing infractions committed within the organization, and the investigations carried out. In accordance with the jurisprudence regarding the right against self-incrimination, this new legal requirement will cause the internal material of legal persons, generated by virtue of the reporting channel, to be accessible to the courts, in such a way that they will be forced to provide documents that may contribute to their own sentence.

Keywords: Right against self-incrimination, Criminal process against legal person, compliance programs, Record keeping of the reports, whistleblower.

ABREVIATURAS

Aptdo.	Apartado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Cit.	citado
CP	Código Penal
F.D.	Fundamento de derecho
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
Op. cit.	obra citada
Pág./Págs.	página/páginas
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vid.	véase

I. INTRODUCCIÓN

Los comúnmente conocidos como “canales de denuncias” son un elemento clave en la prevención, detección y evitación de ilícitos, tanto en el sector público como en el privado¹.

Por ese motivo, en un clima de constantes escándalos como *LuxLeaks*, los Papeles de Panamá o *Cambridge Analytica*, en los que tuvo una importancia crucial el papel de los denunciantes, se inició el proceso de aprobación de un texto que abordara un marco regulatorio comunitario, que culminó con la promulgación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida como “*Directiva Whistleblower*”, y así la llamaré en adelante.

El 4 de marzo de 2022 (es decir, ya superado el plazo de transposición, que finalizaba el 17 de diciembre de 2021) el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Justicia, aprobó el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Abierto el periodo de consultas respecto al

¹ *Study on the need for horizontal or further sectorial action at EU level to strengthen the protection of whistleblowers - Final Report Volume I - Principal Report* (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/14_annex_-_icfs_study_whistleblower_report_-_vol_i_-_principal_report.pdf), con amplias referencias a PWC (2007) *Economic crime: people culture and controls, the 4th biennial Global Economic Crime Survey*. En relación con este informe, dice el *Commission Staff Working Document. Impact Assessment* (Bruselas, 23.4.2018, SWD (2018) 116 final, pág. 4) que se ha descubierto que los denunciantes ayudan a detectar más fraudes que la seguridad corporativa, las auditorías, la rotación de personal, la gestión del riesgo de fraude y la aplicación de la ley combinados (http://www.whistleblowers.org/storage/documents/pwc_survey.pdf). Aportando datos estadísticos, según el estudio elaborado por la *Association of Certified Fraud Examiners, Global Fraud Study* en 2016 (citado en el *Impact Assessment*, pág. 5), analizando 2400 casos en 114 países, un 40% de todos los delitos de fraude fue descubierto gracias a la denuncia de un *whistleblower* (<http://www.acfe.com/rtn2016/about/executive-summary.aspx#>). SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.(2009), “Abogados y sociedades cotizadas (pequeñas reflexiones ante un gran problema)”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense de Madrid, N.º. 23, pág. 11, nota 20, cita a DICK, A., MORSE, A., ZINGALES., L., “Who blows the whistle on corporate fraud”, enero 2007 (www.ssrn.com, en particular, sus conclusiones en págs. 40 y siguientes), indicando que “el porcentaje de fraudes detectados a través de los empleados es de 19% de los unos frente a las cifras posteriores que deparan los medios de comunicación (14%), los reguladores (16%), los auditores (14%), o la propia SEC (6%)”. En el mismo sentido, la ISO 37002. *Whistleblowing management systems-Guidelines* señala en su aptdo. introductorio que una parte importante de los incumplimientos que se producen en el seno de organizaciones son descubiertos mediante las denuncias de sus propios empleados.

Anteproyecto, entre las que cabe destacar las realizadas con las autoridades autonómicas, y las locales que ya cuentan con instituciones que se ocupan de recibir comunicaciones de ciudadanos informando de irregularidades, finalmente el 13 de septiembre de 2022 se aprobó el Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

El texto español, con un ámbito de aplicación material considerablemente más amplio que el *mínimo* contemplado en el artículo 2 de la Directiva *Whistleblower*, supondrá sin duda un impulso definitivo para la generalización de los canales de denuncias, y la protección de los denunciantes (aspectos ambos en los que nuestro país tiene escasa tradición) pero, como trataré en este artículo, atendiendo al documento prelegislativo, la transposición de la Directiva *Whistleblower* puede tener consecuencias perniciosas sobre el derecho a no inculparse de las personas jurídicas. En particular, puede afectar a este derecho fundamental la obligación de informar al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos conocidos mediante el canal interno de información pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito (artículo 9.2.j²), y la de contar con un registro de informaciones accesible a la autoridad judicial competente (artículo 26).

Por ello, y principalmente desde el prisma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, analizaré las consecuencias negativas que la Directiva, y el Proyecto de Ley, pueden tener en el derecho de defensa de los sujetos colectivos, y el posible método para su evitación.

II. PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. PANORÁMICA GENERAL

Aunque el objeto principal de este estudio sean dos preceptos muy concretos del texto de transposición de la Directiva *Whistleblower* —los ya referidos artículos 9.2.j. y 26— me parece ineludible perfilar, aunque sea mínimamente³, algunos de los elementos clave del Proyecto de Ley regu-

² El Anteproyecto de 4 de marzo de 2022 no contenía esta obligación.

³ Para un análisis más exhaustivo sobre el Anteproyecto, vid. SÁNCHEZ-MORENO GÓMEZ, J.L. (2022), “Canal de Denuncias, Ético o Whistleblowing Management Systems. Aproximación al anteproyecto legislativo.”, *Diario La Ley*, Nº 10044, Sección Tribuna, 6 de abril. En referencia a

ladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

El Proyecto, en consonancia con la Directiva (considerando 5), tiene el objetivo, confesado en su exposición de motivos, de proteger a los ciudadanos que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en el Proyecto, esto es, canales internos, externos, o revelaciones públicas. Evidentemente, aunque no se indique expresamente, el Proyecto se inserta en la tendencia legislativa hacia el fomento de la autorregulación empresarial, inercia que tuvo como mayor exponente la instauración en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con ese fin, el Proyecto contempla, en su Título I, un ámbito de aplicación material más ambicioso que el previsto en la Directiva. Así, a las infracciones del Derecho de la Unión, objeto de protección según la norma comunitaria, se añaden las relativas a acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal, o administrativa grave, o muy grave, o cualquier vulneración del resto del ordenamiento jurídico, siempre que afecte directamente al interés general. Como ámbito personal, se aplicará a los informantes que trabajen en el sector público o privado (en entidades privadas con cincuenta trabajadores o más) que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional⁴.

El mecanismo principal (“preferente”, según el artículo 4.1 del Proyecto) para la culminación de los propósitos del Proyecto son los sistemas internos de información, cauce para poner en conocimiento de la propia organización las infracciones detectadas. El Proyecto apunta que los sistemas internos deberán garantizar (artículo 6) un uso asequible; la garantía de confidencialidad de la identidad de los informantes; las buenas prácticas en seguimiento, investigación y protección de los denunciantes; y la existencia de un responsable designado que se encargará de su correcto funcionamiento. Debe destacarse aquí, por la relevancia que le conferirá en ulteriores epígrafes, que la gestión del canal podrá ser externalizada parcialmente. El

la Directiva, GARCÍA MORENO, B. (2020), *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*, Valencia: Tirant lo Blanch, o ENCINAR DEL POZO, M.A. (2021), “La transposición de la directiva de protección del Whistleblower: Un panorama inquietante”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, Número 4, págs. 273-297.

⁴ El artículo 3 del Proyecto tiene una búsqueda amplitud, abarcando a empleados públicos y trabajadores por cuenta ajena; autónomos, accionistas, participes, y personas pertenecientes al órgano de administración o dirección; así como cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores.

artículo 9 del Proyecto regula el procedimiento de gestión de las comunicaciones, si bien perfila con enorme parquedad los derechos de las personas investigadas, constando únicamente una alusión genérica a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído y el derecho al honor de las personas investigadas. Es en el seno de este precepto donde se consigna la obligación de remisión de la información al Ministerio Fiscal, con carácter inmediato, cuando los hechos conocidos mediante los canales internos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito.

El Título III regula los canales externos de comunicación, gestionados por la Autoridad de Protección del Informante⁵. Serán por lo tanto un medio complementario a los canales de denuncia internos.

Como disposiciones comunes a las comunicaciones internas y externas, el Título IV estipula (artículo 25) la información sobre los canales internos y externos que se debe prestar a los sujetos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley; y el ya referido registro de informaciones (artículo 26).

Como tercer medio de comunicación de infracciones, el Título V contempla la revelación pública, definida como la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones que constituyan la infracción del ámbito material contemplado en Proyecto. No obstante, como exige el artículo 28, para que los informantes vía revelación pública estén dotados de protección es preciso que hayan intentado previamente la comunicación por canales externos o internos, sin que se hayan tomado medidas; que se tengan motivos razonables para creer que la infracción pueda constituir un peligro inminente o, en su caso, que exista un elevado riesgo de represalias o pocas probabilidades de que se otorgue un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso.

El texto dedica el Título VI a la protección de los datos personales, ampliando la regulación ya contenida en el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Amén del buscado aseguramiento de la identidad del informante, resulta destacable el artículo 32, que compila qué sujetos tendrán acceso a los datos personales en los sistemas internos de información, entre los que se encuentran el responsable de los servicios jurídi-

⁵ Se prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas creen Autoridades Independientes, análogas a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, que se encarguen de la gestión de los canales externos, y que tendrán competencia respecto a infracciones cometidas en su ámbito territorial.

cos de la entidad, o los encargados del tratamiento que eventualmente se designen.

Las concretas medidas de protección a los informantes se recopilan en el Título VII, destacando la prohibición de represalias (artículo 36), y las medidas de apoyo y protección a los informantes (artículos 37 y 38), pudiendo referir aquí la información y asesoramiento integral, accesible y gratuito, sobre los procedimientos y recursos disponibles, para la protección frente a represalias y sobre los derechos del informante; o que en los procesos judiciales civiles o laborales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos empresariales, o a solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral o estatutario, los denunciantes no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de las delaciones realizadas.

La ya citada Autoridad Independiente de Protección del informante, su régimen jurídico y organización, son objeto del Título VIII. Además de su función como gestora del canal externo de comunicaciones, la Autoridad se encargará de la adopción de medidas de protección al informante; de la participación en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias; la tramitación de procedimientos sancionadores; y a la elaboración de recomendaciones y directrices que establezcan los criterios y practicas adecuados para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley.

Por último, el Título IX reglamenta el régimen sancionador, con sanciones muy graves (sanciones de hasta un millón de euros, cuando el responsable sea una persona jurídica), reservándose los castigos más severos para las acciones u omisiones que supongan la efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en la ley y en general cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de denuncias o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, incluida la aportación dolosa de información o documentación falsa por parte de los requeridos para ello; la adopción de cualquier represalia frente a los denunciantes derivada de la denuncia; la vulneración de garantías de confidencialidad y anonimato; o la vulneración del deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado sobre la información.

III. OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL MINISTERIO FISCAL DE LOS HECHOS CONOCIDOS MEDIANTE EL CANAL INTERNO QUE SEAN CONSTITUTIVOS DE DELITO

Dentro del artículo 9 del Proyecto, nominado “procedimiento de gestión de informaciones”, se recoge (apartado 2, letra j) la siguiente obligación:

“Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea.”

De este modo, cuando los canales de denuncias sirvan para detectar infracciones con encaje en algún tipo penal, la entidad estará obligada a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Esta exigencia⁶, aunque ya ínsita en la obligación de denunciar delitos públicos que prevé el artículo 259 LECrim, esconde no obstante un peligro grave para el derecho a no inculparse de las personas jurídicas cuando, tal ilícito, pudiera haberse cometido concurriendo los presupuestos para declarar también la responsabilidad penal de corporación, según el artículo 31 bis CP.

En todo caso, aunque sin duda será deseable que la tramitación parlamentaria del Proyecto elimine o cuanto menos matice esta obligación, aclarando que no persistirá cuando la propia entidad pudiera ser responsable penal o civil de la infracción penal, en mi opinión no cabe duda que la previsión del artículo 9.2.j del Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción queda “desactivada” por el superior derecho a no inculparse, que luego desgajaré, pues lo contrario sería tanto como imponer una obligación de “autodenuncia” claramente inexigible por mor del artículo 24.2 CE⁷.

⁶ En relación con lo tratado en este apartado, el artículo 528.6 del Anteproyecto LECrim 2020 establece: “Cuando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia, sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo.”

⁷ En este sentido, la STS núm. 17/2005 de 3 de febrero señala (F.D. 29°): “Así las cosas, la acción de perseguir esos delitos supondría no sólo una denuncia contra su propio hermano, cuando el art. 261 L.E.Cr. exime de la obligación de denunciar a los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta

IV. EL REGISTRO DE INFORMACIONES. OBLIGATORIEDAD *EX LEGE* DE SU LLEVANZA

El segundo artículo del Proyecto de transposición de la Directiva *Whistleblower* sobre el que pivota este trabajo es el 26⁸, rubricado como “registro de informaciones”, y que reza como sigue:

“1. Todos los sujetos obligados, de acuerdo con lo dispuesto en esta ley, a disponer de un canal interno de informaciones, con independencia de que formen parte del sector público o del sector privado, deberán contar con un libro-registro de las comunicaciones recibidas y de las investigaciones internas a que hayan dado lugar, garantizando, en todo caso, los requisitos de confidencialidad previstos en esta ley.

Este registro no será público y únicamente a petición razonada de la Autoridad judicial competente, mediante auto, y en el marco de un procedimiento judicial y bajo la tutela de aquélla, podrá accederse total o parcialmente al contenido del referido registro.

2. Los datos personales relativos a las comunicaciones recibidas y a las investigaciones internas a que se refiere el párrafo anterior sólo se conservarán durante el período que sea necesario y proporcionado a efectos de cumplir con la presente ley. En particular, se tendrá en cuenta lo previsto en los apartados tercero y cuarto del artículo 32. En ningún caso podrán conservarse los datos por un período superior a 10 años.”

Aunque el precepto establece de forma nítida la obligación de contar con un registro de comunicaciones, no se detalla el contenido concreto de tal registro: se limita a exigir que consten las comunicaciones recibidas y las investigaciones internas.

Pero, respecto a las denuncias recepcionadas ¿basta consignar quién la ha realizado, y en qué fecha, o será preciso conservar además el sujeto denunciado, y la conducta imputada?

Y lo mismo sucede con las indagaciones corporativas ¿será suficiente indicar si se ha incoado o no una investigación tras la denuncia, o adicionalmente habrá que relatar las averiguaciones realizadas; infracciones cometidas; sujetos responsables; y la sanción disciplinaria interpuesta por el ente?

El examen de las normas de transposición de la Directiva ya aprobadas por países de la UE no clarifica excesivamente la cuestión:

el segundo grado. Pero, sobre todo, la persecución del delito hubiera supuesto una manifiesta autoacusación a la que nadie está obligado, por imperativo del art. 24.2 C.E. que consagra el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y que la Jurisprudencia ha considerado así en STS de 1 de octubre de 2001.”

⁸ Correspondiente con el artículo 18 de la Directiva.

- Portugal, en el artículo 20 de *la Lei n.º 93/2021, de 20 de Dezembro, Diário da República n.º 244/2021, Série I de 2021-12-20, páginas 3-15, que Estabelece o regime geral de proteção de denunciantes de infrações, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeo e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União*, exige que las entidades conserven un registro con las denuncias recibidas⁹.
- Francia, que ya contaba con una regulación amplia para el fomento de las denuncias relativas a la corrupción y la protección de los alertadores, en virtud de la *LOI n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d’alerte*, ha modificado la *LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* (conocida como SAPIN II), estableciendo en el artículo 9 de este último texto que se conservarán las personas a las que se dirige y de los terceros que mencionan en la denuncia.

Tampoco la normalización extiende con mucho más detalle al previsto en el Proyecto los concretos documentos que deben custodiarse. Así, la *NORMA UNE-ISO 37002. Sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades. Directrices*, dentro del apartado de “Información Documentada” (apartado 7.5), común en todas las NORMAS UNE-ISO, señala que la información documentada —equiparable a los denominados registros de comunicaciones— debe posibilitar la retención y conservación de datos de la organización que permitan conservar todas las denuncias de irregularidades recibidas, las acciones tomadas, los resultados de las investigaciones realizadas, así como otra documentación relevante.

En todo caso, sin perjuicio de el grado de detalle con el que se regule este aspecto en el texto definitivo —es probable que el artículo 26 apenas sufra modificaciones— lo que no cabe duda es que se establecerá la obligatoriedad *ex lege* de conservar un registro que permita a las autoridades conocer las denuncias recibidas —su contenido—, material que es altamente sensible para las personas jurídicas.

⁹ La “simple” obligación de llevar un registro con las denuncias recibidas consta igualmente en la normativa de Irlanda, Lituania, Croacia, Letonia, Malta, Austria y Suecia.

V. IMPLICACIONES DEL PROYECTO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA *WHISTLEBLOWER* EN EL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. BREVE ESBOZO SOBRE EL DERECHO A NO INCRIMINARSE

La definición del genérico *derecho a no incriminarse*¹⁰, denominación comúnmente aceptada en la doctrina procesalista, tiene la dificultad de partida de que en realidad refiere tres derivaciones distintas¹¹: el derecho a guardar silencio; el derecho a no declarar contra sí mismo; y el derecho a no confesarse culpable.

El primero por orden cronológico¹², y de carácter pasivo (a diferencia de los otros dos, ya activos¹³), es el derecho al silencio o, simplemente, el derecho a callarse ante las preguntas que se formulen. Como afirma ASENCIO GALLEGO, el silencio puede ser total (ante todas las preguntas), o parcial (en relación con aquellas concretas que el encausado no quiera contestar), comprendiendo incluso la posibilidad de no aportar datos que faciliten la identificación del deponente¹⁴.

¹⁰ ARANGÜENA FANEGO, C. (2019), “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance.” en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 439-472, pág. 463, refiriéndose al derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable (es decir, dejando fuera el derecho a guardar silencio), apunta que “*en realidad pueden reconducirse a un único derecho fundamental: el derecho a no autoincriminarse*”. Vid. Igualmente ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2015), *El derecho a no incriminarse*, Madrid: Civitas,; HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2015), ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 44, N°. 1, págs. 217-263. La utilización de un mismo término para los tres derechos ha contribuido sin duda a la confusión que denuncia ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “El derecho a no incriminarse...”, ob. cit., pág. 29: “*nos hallamos ante un derecho o garantía que adolece de una notable imprecisión en cuanto a su definición y contenido, y sobre el que se cierne la sospecha de haber recibido el nombre antes que la sustancia*”.

¹¹ Para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. (1996), “Artículo 24: Garantías procesales” en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Madrid: Edersa, pág. 107, “*ambos enunciados [el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, se refiere] proclaman en sustancia un único derecho fundamental, cuyo contenido básico consiste en no realizar declaraciones perjudiciales*”.

¹² ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho al silencio, a no declarar...”, ob. cit., pág. 463, indica que son sucesivos por orden cronológico. En la misma línea, BANACLOCHE PALAO, J. (2000), “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, *Cuadernos de Derecho Público* n° 10, mayo-agosto, págs. 179-201, pág. 193.

¹³ BANACLOCHE PALAO, J., “El derecho a ser informado...”, ob. cit., pág. 193.

¹⁴ ASENCIO GALLEGO, J.M. (2017), *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 261. Podrá así el procesado, por ejemplo, no contestar a las preguntas que se le formulen al amparo del artículo 388 LECrim. En contra de esta postura

Como siguiente *etapa*, el derecho a no declarar contra sí mismo habilita que el sujeto niegue o no admita hechos o circunstancias relevantes para la causa, que tengan potencial contenido incriminatorio, de ahí que según algunos autores dé pábulo al “*derecho a mentir*”¹⁵. Esta concreción es la que, como indicaba “*ut supra*”, deberá provocar que el artículo 9.2.j del Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, quede en la práctica sin efecto cuando la persona jurídica pueda ser también responsable penal o civil de la infracción detectada.

En tercer lugar, el derecho a no confesarse culpable permite al investigador o acusado abstenerse de realizar cualquier manifestación que suponga asumir la comisión del hecho punible objeto del proceso.

El origen y fundamento tradicional del *nemo tenetur se ipsum accusare* —precisamente, también, el mayor obstáculo para su preconización respecto a las personas jurídicas— se ha ubicado en la evitación de torturas como método para lograr la confesión del acusado en el sistema inquisitivo¹⁶. Se apunta también como justificación motivaciones de carácter religioso¹⁷ —*las personas solo responden ante Dios*—. Ambas posturas, sin duda, están tan relacionadas con la dignidad de la persona y su libertad individual que no resultan automáticamente extrapolables a los entes colectivos¹⁸.

debe destacarse la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio que, en el considerando 26, estipula que el derecho a no inculparse no se aplica a las cuestiones relacionadas con la identificación de los sospechosos y acusados.

¹⁵ Aunque el derecho a mentir viene expresamente referido en múltiples resoluciones (por todas, STS núm. 657/2013 de 15 julio) parte de la doctrina niega que exista un derecho que merezca ese calificativo (BANACLOCHE PALAO, J., “El derecho a ser informado...”, ob. cit., pág. 198). En favor de la existencia de un derecho que merezca ese calificativo, ASENSIO MELLADO, J.M. (2015), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch: Valencia, pág. 52.

¹⁶ TRAINOR, S.A. (1994) “A Comparative Analysis of a Corporation’s Right Against Self-Incrimination”, *Fordham International Law Journal*, Volume 18, Issue 5, Article 29, págs. 2139-2186, pág.2142, o SERRANO ZARAGOZA, O. (2014), “Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8415, Sección Doctrina, 6 de noviembre, Año XXXV, Ref. D-367, pág. 4.

¹⁷ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “El derecho a no inculparse...”, ob. cit., pág. 35, cita sobre esta corriente a HELMHOLZ R.H., “Originis of the Privilege against Self-incrimination: the Role of the European *Ius Commune*”, *New York University Law Review*, nº65, octubre de 1990, nota al pie 97, que a su vez estudia las referencias a esta garantía en el Derecho Canónico, principalmente autores del S.XVI y XVII.

¹⁸ NIETO MARTÍN, A., BLUMENBERG, A. (2010), “Nemo tenetur se ipsum accusare en el Derecho Penal económico europeo.” en DÍEZ PICAZO, L., NIETO MARTÍN, A., (Dir.), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, págs. 397-419, pág. 409, recuerdan que “*La conexión entre el Derecho a no autoinculparse y la dignidad de la*

De este modo, su reconocimiento expreso respecto a las personas jurídicas (en los artículos 409 y 786 bis LECrim, como luego analizaré) obedece principalmente al pretendido aseguramiento de dos bienes jurídicos del proceso: el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

Por lo que respecta a la presunción de inocencia, señala el TC en, entre otras muchas, la Sentencia núm. 147/2009 de 15 junio¹⁹, que el derecho a no inculparse impide “*que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación*”.

Por su parte el TS, en Sentencia núm. 277/2018 de 8 junio²⁰ postuló que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable “*son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable*”.

En definitiva, no existiendo dudas sobre que tanto la presunción de inocencia, como el derecho de defensa, son predicables para cualquiera que intervenga como parte pasiva del proceso —también para las personas jurídicas, como expresamente reconoce la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero de 2016²¹—, es indiscutible la aplicabilidad del derecho a no inculparse a las entidades.

2. DERECHO A NO INCRIMINARSE SEGÚN EL TEDH

2.1. Reconocimiento implícito en el CEDH

En la fijación de los contornos del derecho a no inculparse ha tenido un papel crucial la jurisprudencia emanada del TEDH. Aunque esta prerrogativa no aparece expresamente contemplada en el artículo 6 CEDH, está implícitamente prevista en el mencionado precepto, como parte de la esencia de un proceso equitativo. Así lo afirma, entre otras muchas, la STEDH de 3 mayo

persona es el argumento que conduce al Tribunal Constitucional alemán a negar este Derecho a las personas jurídicas”.

¹⁹ F.D. 2°.

²⁰ F.D. 42°.

²¹ Letra a) del aptdo. 4 del F.D. 8°.

2001, *J. B. c. Suiza*²²: “el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el fondo de la noción de juicio justo que consagra el artículo 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la «persona acusada». Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida por parte de las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y a asegurar los fines del artículo 6.1”.

2.2. Prohibición de coacciones dirigidas al sujeto pasivo del proceso para la obtención de pruebas autoincriminatorias

La primera conclusión extraíble de la jurisprudencia asentada por el Tribunal de Estrasburgo es que las autoridades deben “probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada”²³.

Por lo tanto, aquellas informaciones aportadas por el investigado, con potencial contenido autoincriminatorio²⁴, como consecuencia de las previas medidas de fuerza empleadas por los investigadores públicos, pueden ser tildadas de coactivas y, con ello, contrarias al artículo 6.1 CEDH.

Lo antedicho no impide que se apliquen medios coercitivos para, por ejemplo, lograr que el sujeto identifique al conductor de un vehículo²⁵, o colabore con las autoridades fiscales para determinar la cuota tributaria en determinado impuesto²⁶, pero lo que resulta incompatible con este derecho

²² Observando otros textos internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, recoge en el artículo 14.3.g) el derecho “A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. La CDFUE no lo reconoce expresamente, si bien, igual que sucede con el CEDH, debe considerarse tácitamente previsto en el precepto referido al derecho de defensa (artículo 48.2).

²³ STEDH de 3 mayo 2001, *J. B. c. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796, aptdo. 64.

²⁴ Como recuerda la STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, aptdo. 71, “Los testimonios obtenidos bajo coacción que a primera vista parezcan ser de carácter no incriminatorio —como las observaciones exculpatorias o la mera información sobre cuestiones de hecho— pueden utilizarse posteriormente en los procedimientos penales en apoyo de la acusación, por ejemplo para contradecir o poner en duda otras declaraciones del acusado o las pruebas aportadas por él durante el juicio o para socavar de otro modo su credibilidad”.

²⁵ STEDH de 24 marzo 2005, *Rieg c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2005:0324JUD006320700.

²⁶ DTEDH de 22 marzo 2005, *Blanca Rodríguez-Porto Pérez c. España*, (F.D. 3.b, penúltimo párrafo), se aclaraba que “la demandante omitió señalar el crecimiento de su patrimonio en el marco de

es que la información luego sea empleada en un procedimiento de naturaleza penal²⁷.

No obstante, como recuerda el TEDH, no toda conminación es suficiente para entender vulnerado el derecho, debiendo tener cierta gravedad²⁸, y haberse producido con posterioridad a la comisión del ilícito²⁹.

El Anteproyecto LECrim 2020 asume expresamente este *mandato* del TEDH, señalando en el aptdo. 4 del artículo 17: “*En el proceso penal no podrán utilizarse las manifestaciones con valor incriminatorio que la persona encausada haya realizado a requerimiento de la Administración y bajo apercebimiento de sanción en caso de negarse a hacerlas. Esta prohibición es igualmente aplicable a los documentos con valor incriminatorio que hayan sido aportados como consecuencia directa de un requerimiento igualmente efectuado bajo apercebimiento de sanción*”.

En definitiva, la habitualmente empleada amenaza de imposición de sanciones como método para lograr una actitud colaborativa, puede provocar la vulneración de este derecho³⁰.

2.3. Exclusión del ámbito de protección del derecho del material que exista con independencia de la voluntad del investigado

El segundo elemento del derecho a no inculparse según el TEDH, y con especial relevancia para el objeto de estudio —en general, para el enjuicia-

una declaración de renta que debía cumplimentar con anterioridad a la apertura del proceso penal en su contra. En consecuencia, los derechos a guardar silencio y a no confesarse culpable no están en juego en este caso, no pudiéndose considerarse la obligación de declarar sus ingresos una medida de naturaleza a obligar a ésta a contribuir en su propia acusación”. En el mismo sentido, STEDH de 8 abril 2004, *Weh c. Austria*, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497.

²⁷ Cabe por lo tanto la negativa a la entrega de la información. Y si finalmente se entrega, se infringiría el derecho en los supuestos en que aunque el procedimiento penal no se ha iniciado, es de previsible iniciación (STEDH de 21 diciembre 2000, *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, ECLI:CE:EC HR:2000:1221JUD003472097).

²⁸ DTEDH de 10 de septiembre de 2002, *Allen c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2002:0910D EC007657401, establece que una amenaza de sanción de 300 libras no es suficiente para entender infringido el derecho.

²⁹ STEDH de 29 de junio de 2007, *O`Halloran y Francis c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2007:0629J UD001580902.

³⁰ De hecho, con referencia a mucha de la jurisprudencia del TEDH ante citada, señala la STS núm. 129/2014 de 26 febrero (F.D. 5º) que “*Por ello tiene razón el recurrente cuando señala que dentro de los métodos coercitivos o de compulsión se encuentran no solo la amenaza, la coacción directa o el empleo de la violencia en la obtención de una confesión, sino también cualquier medio que suponga una coacción o compulsión, incluso jurídica, en el sentido de contraposición de consecuencias jurídicas gravosas contra los intereses jurídicos de la persona acusada por el solo hecho de no colaborar con la actuación investigadora de las autoridades*”.

miento de las personas jurídicas— tiene que ver con el alcance del derecho a no inculparse en lo afectante a los documentos que se encuentran en poder de la corporación, soporte vital de su funcionamiento diario y, con ello, elemento probatorio capital en el grueso de los procedimientos penales contra sociedades³¹.

La STEDH de 25 febrero 1993, *Funke c. Francia*³², es el punto de partida para comprender la doctrina de Estrasburgo. Mediante esta resolución se estableció que la posibilidad de requerir documentos al sujeto objeto de investigación solo tenía cabida cuando las autoridades tuvieran certeza de la existencia de los soportes solicitados³³.

Esta posición jurisprudencial, que confería al derecho objeto de estudio unos límites ciertamente extensos, fue *restringida* en posteriores sentencias, asentándose como postura, aún hoy vigente, que queda extramuros de la protección que otorga esta prerrogativa el material que exista *con independencia de la voluntad del investigado*.

³¹ En buena medida, el concepto de domicilio de las personas jurídicas, según la LECrim, viene influenciado por el lugar en que se guardan los documentos internos. Así, establece el artículo 554: “*Tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros.*” El Anteproyecto LECrim 2020, en el artículo 408.2, preceptúa: “*se entiende por domicilio de la persona jurídica el lugar cerrado en el que se desarrollan las actividades de dirección o donde se custodian, en cualquier soporte, los datos y las informaciones relativas a su actividad, organización y funcionamiento excluidas del conocimiento de terceros*”. La definición del Anteproyecto LECrim 2020 ha sido recogida igualmente en el artículo 47 de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

³² ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884. El Sr. Funke, ciudadano alemán con residencia en Francia, era representante de comercio. A raíz de su actividad profesional, tres agentes de aduanas de Estrasburgo, acompañados de un oficial de la policía judicial, se dirigieron al domicilio del Sr. Funke, para obtener unas “informaciones sobre sus asuntos en el extranjero”. El Sr. Funke admitió haber sido o seguir siendo titular de diversas cuentas bancarias en el extranjero por motivos profesionales y familiares y declaró no conservar ningún recibo. Pese a estas explicaciones, los agentes de aduanas procedieron al registro del lugar, descubriendo extractos y cheques emitidos por bancos extranjeros.

³³ Establece textualmente el aptdo. 44 de la resolución: “*El Tribunal constata que las aduanas provocaron la condena del señor Funke para obtener determinadas pruebas que presumían que existían pero de las que no tenían certeza. No pudiendo o no queriendo obtenerlas por otro medio, intentaron obligar al demandante a que les entregara el mismo la prueba de los delitos que había cometido. Las particularidades del derecho aduanero (aps. 30-31, supra) no justificarían tal violación del derecho, de todo “acusado” en el sentido autónomo que el artículo 6 atribuye al término, de guardar silencio y no contribuir a su propia inculparción*”.

El anterior enunciado, indeterminado, aparece en la STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido*³⁴, señalando textualmente que el derecho “no se extiende a la utilización en los procesos penales de material que pueda obtenerse del acusado mediante el uso de poderes obligatorios pero que tenga una existencia independiente de la voluntad del sospechoso, como, entre otros, documentos adquiridos en virtud de una orden judicial, muestras de aliento, sangre y orina y tejidos corporales a efectos de pruebas de ADN”.

Este pronunciamiento fue luego reiterado en la STEDH de 3 mayo 2001, *J. B. c. Suiza*³⁵, añadiendo un matiz relevante al exigir que para que quepa requerir la documentación incluso empleando medios coactivos, no solo es necesario que ésta tenga una existencia independiente de la voluntad del sujeto, sino que adicionalmente debe tratarse de un requerimiento claro y terminante de una documentación determinada (lo que denota, de algún modo, que las autoridades tienen que tener la certeza de su existencia), sin que quepan requerimientos genéricos de documentación —“*toda la documentación*”— como le pedían en este caso al demandante.

Atendiendo a este relato jurisprudencial, se evidencia, pues, una palmaria inconcreción sobre a qué se refiere la expresión *existencia independiente de la voluntad del sospechoso*. La doctrina le ha conferido tres lecturas:

La primera, llevaría a la equivalencia de la expresión *existencia independiente de la voluntad del sospechoso* con existencia por voluntad del legislador. De este modo, el investigado estaría obligado a entregar aquellos documentos que vengan exigidos por un mandato legal, lo que afecta, por ejemplo, a la contabilidad o, en relación concreta al tema aquí tratado, provocará la obligación de entrega de la información compilada en el registro

³⁴ Contados *grosso modo* los antecedentes fácticos, el Sr. Saunders era el director y jefe ejecutivo de Guinness. En 1986, la empresa competía con otra mercantil pública para encargarse de una tercera entidad, resultando Guinness victoriosa principalmente a resultas de un aumento “artificial” de su cotización en bolsa, que cayó repentinamente justo tras la formalización de la operación. Estos hechos motivaron el inicio de una investigación contra la empresa, promovida por el Secretario de Estado de Comercio e Industria, en el marco de la cual entrevistaron al Sr. Saunders, en presencia de sus abogados en nueve ocasiones. La transcripción de esas entrevistas y los documentos obtenidos como resultado de las transcripciones fueron remitidos a la Policía y, posteriormente, el Sr. Saunders fue acusado ya en el marco de un proceso penal de numerosos delitos relacionados con la operación ilegal de apoyo a las acciones, siendo condenado a 5 años de prisión.

³⁵ La Administración Federal de Impuestos de Suiza, determinó que el demandante había realizado inversiones con otros sujetos, mediante distintas sociedades, sin embargo, las cantidades obtenidas relativas a algunos ejercicios no habían sido declaradas. Ya en el marco de un proceso por evasión de impuestos, se le solicitó que presentara todos los documentos que tuviera relativos a dichas sociedades, a lo cual el demandante se negó, motivo por el cual le impusieron tres multas.

de comunicaciones. Acogiendo esta postura, SANZ DÍAZ-PALACIOS³⁶ señala un baremo para determinar si los documentos requeridos quedan salvaguardados por el derecho: “*En primer lugar, hemos de preguntarnos si el elemento concreto de que se trata contiene en sí mismo una declaración de voluntad y/o de conocimiento. Si la respuesta fuera negativa, sería legítimo utilizar ese elemento en contra del contribuyente en sede administrativa o judicial. Pero si la respuesta dada fuera afirmativa, sería necesario responder a un segundo interrogante; en tal caso debemos preguntarnos si ese concreto elemento (que contiene en sí mismo una declaración de voluntad y/o de conocimiento) tiene su origen, en último término, en la voluntad del contribuyente, o bien tiene su origen último en la voluntad de terceras personas. Si la respuesta a esta segunda pregunta fuera que el elemento analizado tiene su génesis en la voluntad del contribuyente sometido a inspección, no podría utilizarse legítimamente contra este a efectos represivos, pues ello sería contrario a su derecho fundamental a no autoinculparse. Por el contrario, si se determinara que el elemento en cuestión tiene su origen, en último término, en la voluntad de terceros, dicha utilización (a efectos represivos) no presentaría tacha de ilegitimidad, en cuanto al derecho que nos ocupa.*” Esta opinión tiene como principal hándicap que deja en peor situación precisamente a los sujetos que cumplen las obligaciones de elaboración y tenencia de los documentos requeridos respecto de aquellos que han hecho oídos sordos a tal mandato normativo. Además, como apunta el propio SANZ DÍAZ-PALACIOS, se dejaría en manos del legislador el incremento de las obligaciones legales de tenencia de documentos para de esa manera asegurar que resulten accesibles en el seno de sus indagaciones³⁷.

La segunda tesis, requeriría no solo la predeterminación normativa sino, además, cierto grado de certeza sobre la existencia efectiva de los documentos requeridos. Por lo tanto, podrían ser peticionados los documentos que con seguridad obren en poder del compelido³⁸.

³⁶ SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A. (2016), “El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal (Reflexiones a raíz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, y de las 523 Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016 y 221/2016)”, *Diario La Ley*, N° 8737, Sección Doctrina, 8 de abril, Ref. D-149, págs. 1-2.

³⁷ SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A. (2004), *Derecho a no autoinculparse y Delitos contra la hacienda pública*, Madrid: Colex, pág. 64.

³⁸ SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho...”, ob. cit., pág. 11; GALBE TRAVES, G. (2020), “Cuatro tesis sobre el derecho a no autoincriminarse y los requerimientos documentales”, *La Ley Penal*, N° 143, Sección Derecho Procesal Penal, págs. 12-14, se refiere a ella, aunque sin defender que sea la que resulte de aplicación, sustentándola en diversa jurisprudencia de los Estados Unidos.

La tercera lectura, defendida por GARCÍA BERRO, pone el foco en la accesibilidad de documentos para las autoridades. Para el autor, “*Lo que el poder público no puede hacer, sin embargo, es exigir bajo coacción documentos que no podría obtener por sí mismo de manera inmediata —esto es, sin desplegar una actividad investigadora cuyo resultado es incierto—, porque eso sería tanto como obligar al imputado a aportar la prueba del ilícito, eludiendo de este modo la parte acusadora su deber de ser ella misma quien se procure las evidencias de la conducta punible que trata de probar*”³⁹. Asume esta postura GALBE TRAVER, para quien la visión defendida por GARCÍA BERRO es la única que respeta “*el fundamento del derecho a no autoincriminarse*”⁴⁰.

2.4. Prohibición de extraer consecuencias negativas del silencio del acusado. La excepción de la explicación razonable

El último “mandato” relevante extraíble de la jurisprudencia del TEDH (en todo caso, con una importancia más tangencial para lo aquí tratado), es que no cabe extraer consecuencias negativas del silencio del acusado, salvo que el acervo probatorio en su contra tenga la contundencia suficiente como para requerir del mismo una explicación plausible.

La resolución de la que parte este criterio es la STEDH de 8 febrero 1996, *John Murray c. Reino Unido*⁴¹. La Sentencia, reconoce⁴² que, aunque es incompatible con el derecho a no incriminarse el basar una condena exclusivamente en el silencio del acusado, en determinadas situaciones, cuando existan importantes pruebas de cargo, sí se requiere una explicación por parte del sujeto pasivo del proceso que, en el caso de no darse, puede provocar que el mutismo sea empleado en su contra.

En definitiva, el TEDH desestimó que se hubiera producido la vulneración del derecho a no incriminarse como consecuencia de la valoración de su silencio como prueba de cargo en su contra⁴³.

³⁹ GARCÍA BERRO, F. (2010), “Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial”, *Revista Quincena Fiscal* núm. 19/2010, pág. 8.

⁴⁰ GALBE TRAVER, G., “Cuatro tesis sobre el derecho...”, ob. cit., pág. 15.

⁴¹ ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191. El Sr. Murray fue detenido en una casa en la que la policía y el ejército halló a una persona secuestrada. En ningún momento, ni durante su arresto ni en el proceso, el demandante explicó su presencia en la casa. Se le condenó como culpable de complicidad en el secuestro a ocho años de prisión.

⁴² Apto. 47.

⁴³ En opinión de NIEVA FENOLL, J., *Guardar silencio*. <http://agendapublica.elpais.com/3295-2/> (última visita 01/09/2022), el TEDH se vio influenciado por los hechos que dieron lugar a este asunto:

3. DERECHO A NO INCRIMINARSE SEGÚN EL TJUE

Aunque de forma mucho menos prolija que el TEDH, el TJUE también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a no inculparse, con la ventaja para este trabajo de que los supuestos fácticos en que ha intervenido sí que se refieren a personas jurídicas.

La STJUE de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión*, C-374/87⁴⁴, se dictó tras una supuesta infracción del derecho de la competencia, en cuyo procedimiento preliminar la mercantil fue compelida a entregar una serie de documentos que tenían contenido inculpativo. La resolución, tras un breve estudio sobre la cuestión (destacable entre otros aspectos por negar que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH reconocieran este derecho⁴⁵), señala que la Comisión Europea puede, si fuera preciso, requerir “*los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si los mismos pueden servir para probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de una conducta contraria a la competencia*” si bien apunta que se debe respetar el derecho de defensa, por lo que no cabe “*imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión*”.

Por lo tanto, para el TJUE, el derecho a no inculparse habilita únicamente a no realizar manifestaciones que puedan resultar autoinculpativas, excluyendo de su ámbito de protección los documentos que obren en poder del investigado.

Desde dicha resolución, tal y como apunta GARCÍA BERRO, la doctrina del TJUE apenas ha sufrido variación⁴⁶. Muestra de ello sería la STJUE de 25 de enero de 2007, *Dalmine c. Comisión*, C-407/04 - P⁴⁷, en la que se resalta nuevamente que la Comisión Europea puede instar la entrega de toda la información que resulte precisa para la indagación, si bien no puede exigir respuestas a cuestiones que puedan suponer la asunción de la autoría de la infracción. No obstante, el TJUE no consideró infringido el derecho porque

“*Eran los tiempos del IRA, y había que conseguir que una sentencia británica que otorgaba cierto valor inculpativo al silencio, fuera declarada compatible con los derechos humanos. Errónea jurisprudencia que se ha arrastrado hasta el día de hoy, que olvida toda la historia del derecho al silencio descrita en este artículo y que algún día tendrá que ser corregida.*”

⁴⁴ ECLI:EU:C:1989:387.

⁴⁵ Aptdo. 30. Apenas 4 años después el TEDH dictó la ya referida sentencia del caso Funke.

⁴⁶ GARCÍA BERRO, F. (2011), “La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoinculparse y sus implicaciones en el procedimiento tributario Interno” en SÁNCHEZ PINO, A.J., SANZ CLAVIJO, A. (Dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Huelva, págs. 117-142, pág. 120.

⁴⁷ ECLI:EU:C:2007:53.

la pregunta realizada, que según se denunciaba por la entidad vulneraba su derecho a no declarar contra sí misma, no era de las que resultaban obligatorio contestar, de tal modo que no existía coacción.

Más recientemente, la STJUE de 2 de febrero de 2021, asunto C-481/19 señala⁴⁸ que el derecho a guardar silencio “*se opone, en particular, a que una persona física sea sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente con arreglo a la Directiva 2003/6 o al Reglamento n.º 596/2014 respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal*”. Aclara la resolución dos aspectos: (i) “*no entra en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las normas de la Unión en materia de competencia, de la que resulta, en esencia, que, en el marco de un procedimiento sancionador por una infracción de dichas normas, se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si estos pueden servir para probar, en particular respecto de la propia empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia.*”⁴⁹, y (ii) “*el derecho a guardar silencio no puede justificar cualquier falta de cooperación con las autoridades competentes, como sucede en el caso de una negativa a presentarse a una audiencia prevista por estas o maniobras dilatorias dirigidas a aplazar su celebración*”⁵⁰.

4. DERECHO A NO INCRIMINARSE SEGÚN EL TC

4.1. El TC y la aportación de documentos: diferencia entre aportar prueba y soportar prueba

La controversia sobre el alcance del derecho, analizada desde una perspectiva constitucional, tuvo su primer caldo de cultivo en las pruebas de alcoholemia puestas en entredicho en procesos penales seguidos por delitos contra la seguridad vial. Ante estos reproches, la STC núm. 103/1985 de 4 octubre señaló⁵¹ que la obligación legal de someterse a los controles de alcoholemia no equivalía a emitir una declaración en la que se admitiera

⁴⁸ ECLI:EU:C:2021:84, aptdo. 45.

⁴⁹ Aptdo. 46.

⁵⁰ Aptdo. 41.

⁵¹ F.D. 3º.

la propia culpabilidad, tratándose simplemente de un acto de tolerancia a la pericia. Por ello, rechazó que infringiera el derecho a no inculparse⁵².

Referida a la aportación de documentos —contables— establece la STC núm. 76/1990 de 26 abril, que su exhibición, como elemento que permite acreditar la situación económica del contribuyente de cara a la Administración Tributaria, es imprescindible para asegurar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, por lo que su aportación no equivale propiamente a la emisión de una declaración autoinculpatoria que, según esta resolución, es lo que protegería el derecho previsto en el artículo 24.2 CE. En definitiva, respecto a los requerimientos de aportación documental, resume LÓPEZ ORTEGA la doctrina del TC: “*la exhibición de tales documentos [datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible, se refiere el autor] tampoco equivale a realizar una declaración ni el contribuyente está haciendo una manifestación de voluntad admitiendo su culpabilidad (STC 76/1990)*”⁵³.

Analizando la anterior jurisprudencia, AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO afirman que para el TC la vulneración del derecho a no inculparse solo se produce cuando se obliga al sujeto pasivo a aportar prueba, no así cuando tiene que soportarla. En sus palabras: “*se «aporta prueba» cuando se pone conscientemente en conocimiento del poder público datos inculpativos que no se hallaban a su alcance en el momento del requerimiento*”⁵⁴. Ejemplificando un aportación de prueba documental, y los motivos por los que a criterio de los autores —en contra de lo afirmado por el TC— sí que se produce vulneración del derecho a no inculparse, señalan: “*cuando un actuario exige bajo coacción a un obligado tributario que proporcione la contabilidad b, de cuya existencia tiene certeza, v.gr., gracias a la información suministrada por trabajadores de la empresa inspeccionada, a través del mero acto de aportación se estaría comunicando tácitamente: en pri-*

⁵² En similar sentido, la STC núm. 161/1997 de 2 de octubre, estableció que efectuar las pruebas de alcoholemia no supone exigir la realización de una declaración o testimonio mediante el que el sujeto asuma la ejecución de unos determinados hechos, por lo que no menoscabarían el derecho a no declarar contra uno mismo (F.D. 7º).

⁵³ LÓPEZ ORTEGA, J.J. (2018), “El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, en *Comentarios a la C.E.*, PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I., (Coords.); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M.E., (Dirs.); ARNALDO ALCUBILLA, E., REMÓN PEÑALVER, J., (ed. lit.), *Comentarios a la C.E.*, Vol. 1, Tomo 1, Madrid: BOE: Tribunal Constitucional: Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia, págs. 832-839, pág. 833.

⁵⁴ AGUALLO AVILÉS, A., GARCÍA BERRO, F. (2000), “Deber de colaborar con la administración Tributaria y derecho a no autoinculparse: un conflicto aparente”, AA.VV., *El Asesor Fiscal ante el nuevo siglo*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, págs. 94 y siguientes, citados por SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., “Derecho a no autoinculparse...”, ob. cit., pág. 56.

mer lugar, que la contabilidad b efectivamente existe; en segundo lugar, que dicha contabilidad estaba en posesión del obligado tributario; y, en tercer lugar, que el obligado cree que la documentación contable suministrada es la descrita en el requerimiento, y esta es una declaración tácita de indudable contenido incriminatorio que debe gozar de la protección del derecho a no autoincriminarse”.

La doctrina asentada por el TC no ha variado en resoluciones más recientes, tal y como recuerda su Auto núm. 40/2003 de 10 febrero: “*En concreto, ha incidido este Tribunal en que la obligación de aportación o exhibición de documentos contables pertinentes no supone una manifestación de voluntad ni emisión de una declaración que exteriorice un contenido admitiendo la culpabilidad*”⁵⁵.

Como sucediera con el TEDH, el fundamento de esta jurisprudencia del TC, según destacan HERRERA MOLINA⁵⁶ y SANZ DÍAZ PALACIOS⁵⁷ es que, en lo que respecta a los documentos contables, su existencia no depende de la voluntad del sujeto, sino que vienen requeridos *ex lege*. Subyace además en la jurisprudencia constitucional una marcada voluntad de asegurar el deber de colaboración de los administrados con la Administración, cuya labor se vería ciertamente dificultada con interpretaciones extensivas de la prerrogativa aquí analizada.

Para SANZ DÍAZ PALACIOS, la principal diferencia entre la jurisprudencia del Constitucional y la del TEDH, es que es último añade el matiz de que los documentos requeridos, amén de venir exigidos por Ley, pueden ser requeridos cuando se tenga certeza de su existencia⁵⁸.

En referencia también a la diferencia entre la jurisprudencia del TEDH y el TC, dice la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 727/2014 de 4 abril⁵⁹ que, si bien el TEDH manifiesta una concepción amplia del concepto “declaración autoinculpatoria”, permitiendo incluir los documentos relativos al cumplimiento de las obligaciones tributarias, por su parte, el TC limita su alcance a las declaraciones que ex-

⁵⁵ F.D. 6°.

⁵⁶ HERRERA MOLINA, P.M. (1997), “Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector (Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996, Saunders vs. United Kingdom)”, *Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Año nº 13, Nº 2, págs. 1075-1103, pág. 1092.

⁵⁷ SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., “Derecho a no autoinculparse...”, *ob. cit.*, pág. 256.

⁵⁸ SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., “Derecho a no autoinculparse...”, *ob. cit.*, pág. 257.

⁵⁹ F.D. 5°.

terioricen una asunción de culpabilidad, lo que según el máximo intérprete constitucional español no se extiende a los documentos contables.

Sobre la diferente postura entre el TC y el TEDH, me adhiero sin duda a lo aseverado por GALBE TRABER que, con referencia a la jurisprudencia de Estados Unidos⁶⁰, subraya la naturaleza testimonial de la aportación de documentos —lo que permite asimilarla a la declaración propiamente dicha— pues supone “*declarar, como mínimo, que el documento en cuestión existe, que se está en poder del mismo y que el documento que se aporta es el documento requerido*”⁶¹.

De este modo, la distinción del TC entre aportar prueba y soportar prueba es, en mi opinión, absolutamente artificial.

4.2. Extracción de consecuencias negativas del silencio. El test de la explicación

El TC, acogiendo el criterio asumido por el TEDH en el caso *Murray*, ya citado *ut supra*, avala que en determinadas situaciones se pueda extraer consecuencias negativas del silencio del acusado.

Resume la doctrina la STC núm. 26/2010 de 27 de abril⁶², reproduciendo la ya asentada en la Sentencia 202/2000, de 24 de julio⁶³: “*la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria.*”

Se muestra muy crítico con esta postura ASENCIO GALLEGO⁶⁴, para quién tanto la jurisprudencia del TC, como la del TS que trataré a continuación (cabe añadir: la del TEDH) “*esconde o promueve una obligación de*

⁶⁰ También con referencia a la jurisprudencia de Estados Unidos, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “El derecho a no inculparse...”, ob. cit., pág. 70, apunta que existe una excepción a la regla general que permite acogerse a la 5ª enmienda para la no aportación de documentos, denominada “*the require records exception*”, que exige 3 requisitos: que el propósito de la recogida sea de carácter administrativo; que los documentos requeridos sean del tipo de los que la persona acostumbra a conservar y; que los datos que se requieren deben poseer aspecto público que los haga análogos a documentos de carácter público.

⁶¹ GALBE TRABER, G., “Cuatro tesis sobre el derecho...”, ob. cit., pág. 6. Valdría para confirmar esta postura el ejemplo antes citado de AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO, explicando qué supone aportar prueba en relación con la contabilidad b.

⁶² F.D. 6º.

⁶³ F.D. 3º.

⁶⁴ ASENCIO GALLEGO, J.M., “El derecho al silencio como manifestación...”, ob. cit., pág. 268 y siguientes, fundamentalmente.

*responder que no solo atenta al derecho al silencio, sino igualmente al de no hacerlo en contra de uno mismo*⁶⁵. En cambio, en defensa de la doctrina jurisprudencial, argumenta FUENTES SORIANO que *“no reconocer absolutamente ningún valor al silencio —negar, pues, su propia existencia— puede llegar a chocar frontalmente con el razonamiento lógico y el criterio de libre valoración de la prueba*⁶⁶.

Según mi criterio, y como afirma LÓPEZ ORTEGA⁶⁷, la postura del Constitucional supone en realidad que los Tribunales pueden emplear el silencio como un motivo *a mayor abundamiento* de lo que ya han considerado probado, es decir, que se utiliza más a efectos argumentativos que como sustento real de la convicción alcanzada.

5. DERECHO A NO INCRIMINARSE SEGÚN EL TS

5.1. *Extracción de consecuencias negativas del silencio. Asunción del “test de la explicación”*

Ligándolo con el final del anterior aptdo., también el TS admite que se extraigan consecuencias perjudiciales del silencio del sujeto pasivo del proceso cuando el resto de los elementos apuntan hacia su culpabilidad.

Muestra de ello sería la Sentencia núm. 1073/2012 de 29 noviembre⁶⁸: *“Si han aducido otra hipótesis con pretensiones explicativas será necesario refutarla poniendo de manifiesto su irracionalidad o su incompatibilidad con otros elementos acreditados. Si sencillamente han guardado silencio no ofreciendo otra explicación de esos datos objetivos y verificados, puede legítimamente concluirse que se debe a que no hay otra explicación posible. De existir, se hubiese expuesto. Eso no significa que la condena se base en el silencio, sino que la prueba de cargo sigue incólume pues la persona a cuya culpabilidad apunta no alega otra explicación diferente que refute su inequívoco carácter inculpatorio”*.

Sabedor el Alto Tribunal de la difícil ponderación entre el silencio del acusado como elemento inculpatorio, y el derecho a no inculminarse, matiza en la referida resolución que su relevancia solo puede tener carácter accesorio

⁶⁵ ASECIO GALLEGU, J.M., “El derecho al silencio como manifestación...”, ob. cit., pág. 271. También en un sentido crítico con esta postura NIEVA FENOLL, J. (2019), *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 168-169.

⁶⁶ FUENTES SORIANO, O. (2018), “El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso”, *Revista General de Derecho Procesal* nº 46, pág. 15.

⁶⁷ LÓPEZ ORTEGA, J.J., “El derecho a no declarar...”, ob. cit., pág. 836.

⁶⁸ F.D. 3º.

en el fallo, sin que en ningún caso pueda articularse como aspecto fundamental de la condena.

Pero ¿qué sucede cuando el sujeto pasivo declara en las fases iniciales del proceso penal y luego decide guardar silencio?

En estos supuestos, dice la STS núm. 1276/2006 de 20 diciembre⁶⁹, tiene cabida que el juzgado de instancia proceda a la lectura de las declaraciones practicadas, pues esa actitud —no contestar, cuando en momento anteriores sí que lo había hecho— constituye la contradicción contemplada por el artículo 714 LECrim⁷⁰. Este criterio del Supremo es a todas luces desacertado⁷¹: coarta el derecho del acusado a no inculparse, y atenta contra la literalidad del artículo 714 LECrim, expresamente referido a los testigos. De hecho, el artículo 405 LECrim establece que, en caso de contradicción o retractación con las declaraciones prestadas anteriormente, se debe preguntar al procesado sobre el móvil o causas de la retractación, sin que expresamente se habilite a extraer consecuencias de ese repentino cambio. Debe apuntarse, no obstante, que el artículo 46.5 LOTJ sí que

⁶⁹ F.D. 6º.

⁷⁰ “Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.” El artículo 685 del Anteproyecto LECrim 2020 contiene una previsión similar a este artículo, señalando: “1. Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada o aportada al procedimiento de investigación podrá pedirse, por cualquiera de las partes, su lectura total o parcial, siempre que se aporte en el acto el testimonio de la misma obtenido conforme a lo dispuesto en el artículo 631 de esta ley. 2. Tras la lectura, el presidente del tribunal invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que se observe entre sus declaraciones. 3. La declaración efectuada en la fase de investigación que sea leída en el juicio oral no tendrá valor probatorio de los hechos en ella afirmados, pero podrá servir para determinar la credibilidad de la declaración prestada por el testigo en el acto del juicio. 4. Cuando en el curso del interrogatorio o en otro momento del juicio se pongan de manifiesto elementos objetivos y concretos que permitan entender que las variaciones en la declaración del testigo se deben a que ha sufrido una coacción o amenaza grave, se podrá interesar que se lea o reproduzca la grabación de la declaración que se hubiese obtenido de acuerdo con lo dispuesto en el título VIII del libro IV de esta ley, a la que el tribunal podrá atribuir valor probatorio de lo que en ella se afirma.

En este caso, el tribunal podrá acordar de oficio que se realicen las comprobaciones que sean necesarias para verificar que el testigo ha sido sometido a coacción o amenaza, interrumpiendo para ello las sesiones del juicio si fuera necesario.”

⁷¹ Se muestra a favor del criterio del TS, FUENTES SORIANO, O., “El derecho al silencio...”, ob. cit., pág. 20: “En tanto en cuanto se ha concebido este silencio como una forma de defensa —y por tanto como una actuación con relevancia procesal—, esta actitud ofrece un resultado que cabe entender “en contradicción” con las manifestaciones emitidas en anteriores estadios procesales y sobre la base de la cual, el art. 714 LECrim autoriza a pedir explicaciones o aclaraciones al interrogado procediendo a su lectura en el plenario.”

hace extensibles las consecuencias que prevé el artículo 714 LECrim para el acusado.

5.2. Aportación de documentos con contenido directamente incriminatorio

Como expone la STS núm. 1493/1999 de 21 diciembre⁷², la prohibición de coacción para que el sujeto pasivo aporte documentos se limita a aquellos que tengan “*un contenido directamente incriminatorio*”. Acudiendo a la visión pragmática que también sustenta la posición del Constitucional, señala la resolución analizada que lo contrario supondría el “*entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público*”.

Resulta destacable por su contenido didáctico sobre la cuestión aquí tratada la STS núm. 277/2018 de 8 junio, dictada en el conocido como *caso Nóos*, cuyo F.D 42º comienza con la siguiente pregunta: “*¿Es viable recabar de un investigado la entrega de documentación que podría servir para su imputación?*” Tras ello, la resolución realiza un exhaustivo examen jurisprudencial, tanto de sentencias nacionales como europeas, destacándose por el Alto Tribunal, en referencia al delito fiscal, “*que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias.*” A este respecto, afirma que el derecho a no incriminarse protege únicamente los documentos que tienen existencia independiente de la voluntad del sujeto y, además, las declaraciones que tengan un contenido directamente incriminatorio efectuadas con carácter previo al proceso, o durante el mismo, obtenidas mediando coacción.

6. DERECHO A NO INCRIMINARSE Y PERSONAS JURÍDICAS

6.1. Reconocimiento legislativo y dudas doctrinales sobre su alcance

La aplicabilidad del derecho a no incriminarse a las personas jurídicas⁷³ era uno de los grandes interrogantes doctrinales antes de la entrada en vigor

⁷² F.D. 37º.

⁷³ La cuestión no es pacífica tampoco atendiendo a la regulación de otros países: Estados Unidos niega el derecho a las personas jurídicas [Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906)]; Reino Unido lo reconoce desde 1939; Alemania, como he referido *ut supra*, descarta su aplicabilidad a los entes colectivos al considerar que se trata de una prerrogativa íntimamente relacionada con la dignidad

del régimen sustantivo de responsabilidad penal de los entes colectivos⁷⁴. La incógnita fue *pronto*⁷⁵ resuelta con el artículo 409 bis LECrim, cuyo párrafo primero *in fine* reconoce que a la declaración de la persona jurídica como investigada “*le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable*”⁷⁶. El párrafo segundo recoge como presunción que la no asistencia a la declaración del representante designado por la entidad equivaldrá a que se tenga por efectivamente celebrada, y por ejercitado su derecho a no declarar.

Con idéntico tenor, pero ya enmarcado en el juicio oral, el artículo 786 bis LECrim señala que el representante que tenga designado la persona jurídica

de la persona física; Chile, igualmente, se opone a su aplicabilidad a las personas jurídicas (vid. a este respecto HERNÁNDEZ BASUALTO, H., *¿Derecho de las personas jurídicas...*, ob. cit., pág. 217-263). Las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros de la UE sobre el derecho a no inculparse provocan, según ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho al silencio, a no declarar...”, ob. cit., pág. 467, que quepa “*exportar/exigir nuestro propio estándar de garantías en todos los requerimientos de cooperación judicial que se reciban en España de otros Estados miembros en relación con medidas de investigación, cautelares o de ejecución*”.

⁷⁴ PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL, J., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (2010), “Aspectos procesales de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PÜSCHEL, A., (Coords.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 19-30, pág. 27; HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2010), “Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, *Diario La Ley*, nº 7427, Sección Doctrina, 18 de Junio, Año XXXI, Ref. D-202, pág. 8; GÓMEZ COLOMER, J.L. (2012), “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: Particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista de esta importante novedad legislativa.”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 27/2012, pág. 11.

⁷⁵ Cabe recordar que pese al calado de la novedad legislativa que supuso la entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no fue hasta la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, cuando se introdujo la regulación procesal al respecto.

⁷⁶ En similar sentido, el artículo 83 del Anteproyecto LECrim 2020, en los párrafos segundo y tercero del aptdo. 2, señala: “*Cuando se atribuya a una persona jurídica la comisión de un delito, se tomará declaración al representante especialmente designado por la entidad, asistido de su abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la persona jurídica encausada y de las demás personas que también hubieran podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en la presente ley para la declaración de la persona encausada en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluido el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.*

No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica encausada para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar.”

podrá declarar y, en su caso, ejercitar el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable⁷⁷.

Pese esta claridad normativa, varios autores abogan por disminuir el alcance del derecho a no inculparse⁷⁸ en comparación con el que asiste a las personas físicas.

ARANGÜENA FANEGO⁷⁹ afirma que el derecho tiene menor intensidad que respecto a las personas físicas, sustentando su opinión en lo que denomina “*problemas de deslinde*” entre el deber de colaboración con las autoridades (principalmente con la aportación de documentos requeridos en el marco, por ejemplo, de los procedimientos administrativos fiscales o de blanqueo de capitales) y la utilización de esos soportes como prueba de cargo en un posterior proceso penal contra el mismo ente.

En idéntico sentido NEIRA PENA, tras indicar que “*los intereses que se defienden en el caso de las personas físicas son superiores a los que se defienden en el caso de las personas jurídicas*”⁸⁰, afirma que el derecho a no inculparse de las personas jurídicas tiene inferior alcance que respecto a las físicas, pues “*las posibilidades de intervención legislativa, en orden a controlar y regular las actividades de las personas jurídicas, son más amplias que las que legítimamente se ostentan en relación con los individuos*”⁸¹.

No comparto las opiniones antes descritas. Ese deber de colaboración con base al cual se cercena el derecho a no inculparse de los entes colectivos es de aplicación, también, a las personas físicas. Cuestión distinta es que las corporaciones sean más frecuentemente requeridas en el marco de procedimientos inspectores —no en vano, son el vehículo habitual para el ejercicio de actividades económicas— o que sus obligaciones de tenencia de determinados documentos sean sustancialmente mayores que las personas físicas, al menos cuando éstas últimas no actúan en un ámbito

⁷⁷ El párrafo segundo del aptdo. 1 del artículo 84 del Anteproyecto LECrim 2020 establece: “*Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica cuando lo solicite su defensa, en cuyo caso será de aplicación lo establecido en esta ley para la declaración de la persona acusada. Tendrá derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable y podrá ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio*”.

⁷⁸ Debate, por cierto, solo abierto en relación con este derecho, si bien cabría preguntarse por qué, con el mismo fundamento, no cuestionármolo respecto a, por ejemplo, el derecho de defensa, o la presunción de inocencia.

⁷⁹ ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho al silencio, a no declarar...”, ob. cit., págs. 469-470.

⁸⁰ NEIRA PENA, A.M. (2017), *La instrucción de los procesos penales frente a personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 264.

⁸¹ NEIRA PENA, A.M., “La instrucción de los procesos penales...”, ob. cit., pág. 264-265.

profesional. Ese razonamiento, mayoritario a nivel doctrinal⁸², esconde el otorgamiento de primacía a las labores inspectoras del Estado, previstas en el artículo 118 CE⁸³, sobre un derecho fundamental como el objeto de análisis en este trabajo⁸⁴. No quiero decir con esto que cualquier requerimiento documental en el marco del procedimiento administrativo, *antecedente* a uno de naturaleza penal, equivalga a la vulneración del derecho a no inculparse, solo que este argumento no debería servir para diferenciar a las personas físicas de la jurídicas.

En realidad, dado que tanto las personas físicas como las jurídicas, cuando son parte pasiva del proceso, se encuentran en idéntica situación —sin que para ello obste que ostenten lógicamente sus particularidades— deben tener, también, los mismos derechos procesales, inclusive un derecho a no inculparse que, como he indicado, no cabe duda de que es una concreción de los derechos de defensa y a la presunción de inocencia⁸⁵, ambos

⁸² Como otro exponente, se puede citar a SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho...”, ob. cit., pág. 11.

⁸³ En similar sentido, pero en el ámbito tributario, se refieren los artículos 92 y siguientes de la Ley General Tributaria. En ese campo, como apunta ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2013), “El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas”, AA. VV., *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante, 8 y 9 de febrero, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), págs. 199-2010, págs. 202-203, se le imponen al obligado tributario prestaciones de hacer algo.

⁸⁴ El problema que pone de manifiesto ARANGÜENA FANEGO solo tendrá solución si se produce una distinción real entre el procedimiento administrativo de comprobación e inspección, destinado a efectuar las correspondientes liquidaciones, con los procedimientos posteriores de índole punitiva, de tal forma que no sea posible que documentos aportados coactivamente en los primeros accedan a los segundos. En esta línea, CASAS AGUDO, D. (2017), “A vueltas con el derecho a no autoinculparse y su dialéctica con los deberes de colaboración tributaria.”, *Revista Quincena Fiscal* núm. 10/2017, parte Estudios, pág. 25, con referencia previa al ejemplo de Alemania, indica: “en los casos en los que, como sucede en nuestro país, los procedimientos de liquidación y sancionatorio se hallen separados (con división también orgánica), el deber de colaboración del contribuyente regirá con todo su vigor en el primero de ellos, donde no será aplicable el derecho a no autoincriminarse. En tal supuesto, el modo de satisfacer este consistirá en no utilizar la información autoincriminatoria obtenida en el procedimiento de aplicación del tributo como base de la infracción en el procedimiento sancionador (o de la acusación en el proceso penal)”. Como apunta este mismo autor en la obra en cita (pág. 28) la posibilidad establecida por el artículo 210 de la Ley General Tributaria, de que se incorporen al procedimiento sancionador los materiales previos obtenidos en los procedimientos de aplicación de los tributos, dificulta un correcto respeto del derecho a no inculparse en el marco de los procedimientos tributarios.

⁸⁵ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. (2016), “Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N°40, septiembre, pág. 62, apunta: “Si el fundamento del derecho es la presunción de inocencia no existe elemento que justifique una restricción [al derecho a no inculparse] como la planteada”.

respecto a los que resulta indiscutida su plena aplicabilidad a las personas jurídicas.

Me adhiero, pues, a lo afirmado por GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO y JUANES PECES⁸⁶: “*si pueden delinquir como las personas físicas, sus derechos ante la justicia penal son los mismos*”. No debe olvidarse además que cualquier limitación de derechos que se efectúe sobre las personas jurídicas, en este u otros aspectos, puede tener un efecto reflejo en las personas físicas coimputadas en el mismo proceso.

6.2. Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4ª), núm. 391/2021 de 1 de julio de 2021. Revocación del requerimiento documental a la mercantil investigada de las denuncias recibidas mediante el canal de denuncias

Que los canales de denuncias, y los soportes generados en su virtud, están actualmente protegidos por el derecho a no inculparse ha sido reconocido jurisprudencialmente.

En el seno del procedimiento penal seguido, entre otros, frente a la entidad ABENGOA, S.A, por el supuesto falseamiento de las cuentas anuales de la sociedad relativas a los ejercicios 2013 a 2016 (artículo 288 bis CP), el Juzgado Central de Instrucción nº 2 requirió a ABENGOA, S.A, mediante Providencia de 10 de mayo de 2021, para que aportara “*La totalidad de las denuncias internas de “Abengoa, S.A.” recibidas a través del “canal de denuncias” durante los años 2013 a 2016, junto con los expedientes de tramitación de las mismas que se puedan haber generado.*”

Resolviendo el recurso de apelación formulado por la defensa corporativa frente a tal interpelación, la Sala de lo Penal, en su auto de 1 de julio de 2021, hace un exhaustivo repaso a la jurisprudencia del TEDH ya resumida anteriormente, recordando⁸⁷: “*En materia de requerimientos de documentación a personas jurídicas habrá que distinguir, en coherencia con lo expuesto, aquellos referidos a materiales cuya existencia tiene un carácter obligatorio ex lege y, por tanto, independiente de la voluntad del sujeto en cuestión (SSTC 76/1990, de 20 de abril; y 161/1997, de 2 de octubre) que estarían excluidos del ámbito de protección del derecho a la no autoincriminación (ej: documentos contables de llevanza obligatoria).*”

⁸⁶ GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, N., JUANES PECES, A. (2010), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *Diario La Ley* nº. 7501, 3 de noviembre, Año XXXI, Ref. D-335, pág. 12.

⁸⁷ F.D. 4º.

Por ello, en ese mismo fundamento, concluye la resolución: “Desde la dificultad que entraña, deslindar aquellos documentos de la persona jurídica cuyo origen puede relajar la aplicación del derecho fundamental a no autoincriminarse, el Tribunal entiende que estarían amparados por aquél, los documentos internos procedentes del “canal de denuncias” de las empresas en los que consten los hechos denunciados y los resultados de las investigaciones internas que, voluntariamente haya llevado a cabo la entidad, así como cualesquiera declaraciones bien de la entidad, o de sus representantes legales, admitiendo la existencia de irregularidades o ilegalidades en su actuación corporativa.”

VI. COROLARIO. AFECTACIÓN DEL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS MEDIANTE EL PROYECTO DE LEY *WHISTLEBLOWER*

Atendiendo al desarrollo de los anteriores apartados, resulta claro que, hasta la fecha, dado que la creación y mantenimiento de los canales de denuncias no es una obligación *ex lege*⁸⁸, el material obtenido en su virtud queda amparado por el derecho a no incriminarse de las corporaciones. No obstante, si finalmente se aprueba el texto del Proyecto, sí se tratará de un documento legalmente exigido a las personas jurídicas, por lo que podría considerarse que ya no estaría protegido por el derecho fundamental tantas veces referido⁸⁹.

De esta forma, del mismo modo que las personas jurídicas están obligadas a entregar la contabilidad si le es requerida en el marco de un proceso penal, en el caso de que finalmente se apruebe la redacción actual del artículo 26 del Proyecto de Ley *Whistleblower*, los entes colectivos estarán forzados a facilitar el registro con las denuncias recibidas, su contenido, y el resultado de las indagaciones efectuadas tras la recepción de la delación interna.

Esa exigencia, como digo, es potencialmente contraria al derecho a no incriminarse cuando la corporación pueda ser responsable penal del delito cometido en su seno. Podría suponer, en definitiva, que se esté compeliendo

⁸⁸ Aunque son un componente obligatorio de los modelos de prevención penal, no son, como tal, una obligación legal.

⁸⁹ Permítaseme apuntar que ya denunciaba las graves consecuencias que tendría la Directiva *Whistleblower* en el derecho a no incriminarse en mi obra *Defensa de las personas jurídicas en el proceso penal español. Especial referencia a los informes periciales de compliance*, Tesis doctoral. Universidad de Valladolid, 2022.

do a la entidad a aportar documentos con lo que contribuir a su propia condena. Según mi criterio, estaría justificado que la persona jurídica se niegue a la entrega del material recabado mediante el canal de denuncias cuando la conducta punible realizada por la persona física tenga posible encaje en alguno de los delitos que, según la Parte Especial del CP, pueden causar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

De lo contrario, si se impusiera la entrega de los documentos aun habiendo riesgo de que ello perjudique la defensa de la corporación, estaríamos ante un auténtico “juego sucio” del Estado⁹⁰: por un lado, bajo la amenaza penal, se “obliga” a la empresa a contar con un modelo de prevención penal, en el que los canales de denuncias son uno de los elementos troncales; por otro, se utilizan los documentos que ella misma ha recabado y generado para condenarla.

La obligación (o no) de entregar el registro de comunicaciones recibidas no es para nada baladí desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las empresas:

Tras la instauración en el año 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el año 2015 se introdujo en el CP, como causa de exoneración de responsabilidad criminal de los sujetos colectivos, la aprobación e implantación de un modelo de prevención penal que cumpliera los requisitos del apartado 5 del artículo 31 bis CP. Como se deduce del Código Sustantivo, este instrumento debe ostentar dos grandes virtudes: idoneidad, cualidad teórica que implica, desde una perspectiva *ex ante*, su aptitud para prevenir, detectar y reaccionar frente a ilícitos penales susceptibles de ser cometidos atendiendo a las circunstancias específicas de la persona jurídica; y eficacia, con proyección ya práctica, que exige determinar si el sistema, amén de adecuado teóricamente, tiene relevancia real en el funcionamiento diario de la sociedad, permitiendo mitigar o eliminar los riesgos de comisión delictiva.

⁹⁰ En palabras de NIETO MARTÍN, A. (2020), “Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas”, *Almacén del Derecho*, (Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas - Almacén de Derecho (almacenederecho.org). última visita 26/07/2021) “*Si a través de la amenaza penal exigimos que las empresas se autoevalúen, detecten sus riesgos o que realicen investigaciones internas con el fin de cooperar, no resulta leal después utilizar los documentos que han producido para cumplir con las normas penales con el fin de debilitar su defensa. Esto contraviene a un principio básico de justicia como el que incorpora la idea de buena fe o el venire contra factum proprium. Por no decir que, cuando la investigación interna se hace a los solos efectos de preparar la defensa de la entidad, ello puede entrar en colisión con su derecho de defensa.*”

Partiendo de lo antedicho, y desde el punto de vista de la eficacia del modelo de prevención penal de las personas jurídicas, tanto el contenido de las denuncias recibidas, como el producto de las investigaciones internas resulta esencial⁹¹ para la acreditación de la eficacia del *compliance program*. De esta forma, si se atestigua que el canal de denuncias ha posibilitado la reacción corporativa frente a incumplimientos detectados, en el concreto delito investigado o en situaciones anteriores, la entidad dispondrá de un indicio palpable de la cultura de cumplimiento instaurada en su seno. Por el contrario, si con ocasión de un proceso penal se pone de manifiesto que la corporación no ha respondido ante denuncias por ilícitos de naturaleza similar a los que son objeto del procedimiento, en la práctica, se imposibilitará la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica.

De este modo, la accesibilidad a las autoridades del registro de comunicaciones de la entidad puede terminar siendo la mejor evidencia para acreditar la vulnerabilidad del modelo de prevención penal instaurado, de ahí el grave peligro que puede generar, desde la perspectiva de la defensa corporativa, la obligación que establece el artículo 26 del Proyecto de transposición de la Directiva *Whistleblower*.

VII. INTERVENCIÓN DE ABOGADOS EXTERNOS COMO SALVAGUARDA DEL DERECHO A NO INCRIMINARSE DE LAS PERSONA JURÍDICAS

Constatado ya que la exigencia legal del registro de comunicaciones puede provocar que queden expuestos a los tribunales en el seno de investigaciones judiciales relacionadas con delitos corporativos, conviene apuntar posibles métodos para evitar que material tan delicado como el obtenible mediante los canales de denuncias quede a merced de las autoridades.

Las investigaciones internas, realizadas a resultas de las denuncias recibidas en el canal creado para su recepción, están íntimamente relacionadas con el derecho de defensa de la corporación. Por ello, la concepción de los canales como parte del derecho de defensa (defensa material) de la persona jurídica no despierta dudas. En palabras de NIETO MARTÍN: “realizar

⁹¹ A este respecto, apunta NIETO MARTÍN, A. (2013), “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal.” *Diario La Ley*, nº 8120, Sección Doctrina, 5 de julio, Año XXXIV, Ref. D-247, pág. 3, que “*Los canales de denuncias y las investigaciones internas constituyen los elementos esenciales de un programa de cumplimiento para que la empresa pueda aprovechar los estímulos que ofrece la legislación estatal*”.

una investigación interna forma parte del derecho de defensa de la entidad, cuando se trata de investigar un delito que puede dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica. Defender correctamente a una empresa exige permitir que la empresa pueda construir su propia versión de los hechos. Este problema no existe, o no es tan agudo, en relación con las personas naturales, pero es básico en el caso de la persona jurídica. La versión de los hechos que más interesa a la persona jurídica para su defensa no tiene por qué coincidir con la versión de los hechos que ofrecen sus directivos o empleados”⁹².

Por lo anterior, está plenamente justificado, e incluso resulta recomendable que en estas fases tan anteriores al inicio de un hipotético proceso penal intervengan letrados, externos a la entidad, con las consiguientes ventajas que comporta el secreto profesional⁹³.

La intervención de sujetos ajenos a la organización, en cuanto a la gestión de los canales internos, viene expresamente prevista tanto en la Directiva *Whistleblower* (artículo 8.5) como en el Proyecto de transposición de la Directiva *Whistleblower* (artículo 15 y 32), por lo que tendría absoluto amparo. Cabe recordar que ya se suscitó la polémica sobre si, en la gestión de los canales de denuncias previstos como requisito 4 del aptdo. 5 del artículo 31 bis CP tenía cabida la externalización en su gestión.

Tal duda fue resuelta por la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por Ley Orgánica 1/2015, de la FGE, habilitando e, incluso, recomendando la contratación de profesionales ajenos a la propia estructura de la corporación. Apunta el Ministerio Fiscal⁹⁴ que la centralización

⁹² NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing . . .”, ob. cit., pág. 9. Igualmente, para RODRÍGUEZ GARCÍA, N., GABRIEL ORSI, O., “Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., (2021) “*Compliance*” y *responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 293-389, pág. 312, en las investigaciones internas “*el derecho preeminente es el de defensa frente a una amenaza punitiva*”.

⁹³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2013), “El secreto profesional del Abogado” en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (Dir.), SANZ HERMIDA, A.M., ORTIZ PRADILLO, J.C., (Coords.), *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba y derechos fundamentales*, Madrid: COLEX, pág. 9-31, pág. 9, define el secreto como “*garantía de confidencialidad que se proyecta sobre las informaciones reservadas comunicadas a un letrado por su cliente y las obtenidas por el mismo relativas a su cliente en el ejercicio de su actividad profesional. Para el cliente la garantía es un derecho. Para el Abogado el mantenimiento del secreto también constituye un derecho y simultáneamente es una obligación, cuyo incumplimiento genera responsabilidad civil, disciplinaria y penal*”

⁹⁴ Párrafo 5º del aptdo. 5.5.

de las funciones de cumplimiento en el órgano creado al efecto no supone que todas las atribuciones deban ser realizadas por el *compliance officer*⁹⁵ y, concretamente respecto al canal de denuncias, señala que su diligenciamiento por personas ajenas a la empresa asegura mayor independencia y confidencialidad.

En efecto, la independencia, confidencialidad (incluso, anonimato) y —añado— la objetividad en la tramitación de las denuncias, son algunos de los argumentos que, junto con el secreto profesional, justifican su atribución a profesionales ajenos a la entidad.

A raíz de la conocida como sentencia *Azko*⁹⁶, se ha consolidado como criterio que el principio de confidencialidad no se extiende a los soportes y a las comunicaciones mantenidas por los abogados internos (*in house*) con personal de la propia empresa (empleados o directivos), por lo que son susceptibles de ser utilizadas en un proceso judicial si llegan a manos de las autoridades por cualquier medio (pensemos, por ejemplo, en una entrada y registro en las dependencias empresariales) o incluso si directamente se compele su aportación a la corporación en el marco de un proceso⁹⁷.

Lógicamente, ese riesgo no late con los profesionales externos, respecto a los que no cabe duda de que sí gozan del privilegio de la confidencialidad que preside la relación cliente-abogado, así como por el deber de secreto a cargo de este último. Sobre la base de lo anterior, afirma NIETO MARTÍN que la contratación de letrados ajenos a la organización para la administración del canal puede facilitar “*que la empresa se asegure el dominio sobre los hechos que averigua en el transcurso de la investigación y pueda salvaguardar la documentación que la investigación ha generado*”⁹⁸ lo cual,

⁹⁵ La NORMA UNE 19601: UNE 19601:2017. *Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso*, contempla expresamente la posibilidad de externalizar la gestión (Nota 2 del aptdo. 8.7) si bien establece (punto 4º del aptdo. 8.8) que se debe mantener al órgano de *compliance* oportunamente informado del estado y resultados de cada investigación.

⁹⁶ STJUE de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd c. Comisión Europea*, Asunto C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512.

⁹⁷ GOENA VIVES, B. (2019), “El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-19, págs. 1-26, pág. 3, señala que “*el riesgo de que su labor carezca de expectativas de confidencialidad mina las probabilidades de que el abogado in-house favorezca las obligaciones de compliance de la empresa. ¿Qué abogado interno se atrevería a promover una investigación interna si la información recopilada —que puede ser incautada en una entrada y registro en la persona jurídica— no estuviera amparada por el secreto profesional?*” Por ello, la autora (pág. 19), recomienda que la gestión del canal resida en un abogado externo.

⁹⁸ NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas...”, ob. cit., pág. 239.

como apunta el autor, resulta esencial para el correcto desenvolvimiento del derecho de defensa.

En un sentido similar se pronuncia NEIRA PENA⁹⁹, quién destaca además la formación específica de los abogados como otra ventaja de la externalización.

En todo caso, en línea con lo indicado por PRIETO GONZÁLEZ¹⁰⁰, la salvaguarda del producto de la investigación *bajo el paraguas* del secreto profesional y la confidencialidad abogado-cliente, requiere observar una serie de pautas de comportamiento en la gestión de las denuncias, entre las que destaca la autora la inclusión del abogado en todos los correos electrónicos que se intercambien sobre el transcurso de la indagación interna y, además, evitar que el fruto de las pesquisas caiga en manos de terceros que no se encuentren amparados por el secreto profesional. GOENA VIVES, señala como cautelas para su protección el “*el uso restringido de documentación escrita, el establecimiento de pautas para la redacción de correos electrónicos en los que haya múltiples destinatarios o la previsión de cláusulas de confidencialidad que no sean genéricas*”¹⁰¹.

En definitiva, podría cerrar este punto con las palabras de GIMENO BEVÍA: “*resultará harto complicado para las autoridades judiciales investigar a una sociedad que mantiene toda su información cubierta bajo el secreto profesional*”¹⁰².

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La aprobación definitiva del texto de transposición de la Directiva *Whistleblower* contribuirá decisivamente a la lucha contra la criminalidad, tanto en el sector público como en el privado.

No obstante, por lo que respecta a la obligación de informar al Ministerio Fiscal de las infracciones detectadas mediante el canal interno que pudieran resultar constitutivas de delito (artículo 9.2.j del Proyecto), aunque en mi opinión no cabe duda de que tal exigencia, por aplicación del derecho a no inculparse, decae cuando la persona jurídica pueda ser responsable penal

⁹⁹ NEIRA PENA, A.M., “La instrucción de los procesos penales . . .”, ob. cit., pág. 336.

¹⁰⁰ PRIETO GONZÁLEZ, H.M. (2019), “Las investigaciones internas: el Attorney Privilege y el Work Product Privilege” en ALCOLEA CANTOS, J.M., PARDO PARDO, J.M (Coords.), *Defensa Corporativa y Compliance*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, págs. 251-265, págs. 262-263.

¹⁰¹ GOENA VIVES, B., “El secreto profesional del abogado . . .”, ob. cit., pág. 19.

¹⁰² GIMENO BEVÍA, J. (2014), *El proceso penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla la Mancha, Toledo, pág. 143.

o civil del ilícito, sería recomendable que la tramitación parlamentaria del Proyecto incluya expresamente ese matiz en el precepto.

Por lo que respecta al artículo 26, si se mantiene la redacción actual del Proyecto las personas jurídicas que aparezcan como sujetos pasivos de un proceso penal se pueden ver compelidas a aportar documentos que contribuyan a su propia condena.

A expensas de la interpretación que nuestros tribunales otorguen a esta confrontación (derecho a no inculparse de la persona jurídica Vs. obligación de registro de comunicaciones, y su entrega a los tribunales), la única manera de proteger el resultado de las indagaciones corporativas será que, desde la misma recepción de las denuncias, intervengan letrados externos que permitan salvaguardar las comunicaciones de infracciones, y el producto de las investigaciones internas, bajo las ventajas del secreto profesional.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUALLO AVILÉS, A., GARCÍA BERRO, F. (2000), “Deber de colaborar con la administración Tributaria y derecho a no autoincriminarse: un conflicto aparente”, AA.VV., *El Asesor Fiscal ante el nuevo siglo*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2013), “El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas”, AA. VV., *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante, 8 y 9 de febrero, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), págs. 199-2010.
- ASENCIO GALLEGO, J.M. (2017), *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ASENCIO MELLADO, J.M. (2015), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch: Valencia.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2019), “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance.” en GÓMEZ COLOMER, J.L., (Dir.), MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 439-472.
- BANACLOCHE PALAO, J. (2000), “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, *Cuadernos de Derecho Público* nº 10, mayo-agosto, págs. 179-201.
- GARCÍA MORENO, B. (2020), *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- CASAS AGUDO, D. (2017), “A vueltas con el derecho a no autoinculparse y su dialéctica con los deberes de colaboración tributaria.”, *Revista Quincena Fiscal* núm. 10/2017, parte Estudios.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. (1996), “Artículo 24: Garantías procesales” en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Madrid: Edersa.
- ENCINAR DEL POZO, M.A. (2021), “La transposición de la directiva de protección del Whistleblower: Un panorama inquietante”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, Número 4, págs. 273-297.
- FUENTES SORIANO, O. (2018), “El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso”, *Revista General de Derecho Procesal* nº46.
- GALBE TRAYER, G. (2020), “Cuatro tesis sobre el derecho a no autoincriminarse y los requerimientos documentales”, *La Ley Penal*, Nº 143, Sección Derecho Procesal Penal.
- GARCÍA BERRO, F. (2010), “Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial”, *Revista Quincena Fiscal* núm. 19/2010.
- GARCÍA BERRO, F. (2011), “La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario Interno” en SÁNCHEZ PINO, A.J., SANZ CLAVIJO, A. (Dirs.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Huelva, págs. 117-142.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2014), *El proceso penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla la Mancha, Toledo.
- GOENA VIVES, B. (2019), “El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-19, págs. 1-26.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (2012), “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: Particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista de esta importante novedad legislativa.”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 27/2012.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2013), “El secreto profesional del Abogado” en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (Dir.), SANZ HERMIDA, A.M., ORTIZ PRADILLO, J.C., (Coords.), *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba y derechos fundamentales*, Madrid: COLEX, pág. 9-31.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, N., JUANES PECES, A. (2010), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *Diario La Ley* nº. 7501, 3 de noviembre, Año XXXI, Ref. D-335.

- GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. (2016), “Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N°40, septiembre.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2015), ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 44, N°. 1, págs. 217-263.
- HERNANDEZ GARCÍA, J. (2010), “Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, *Diario La Ley*, n° 7427, Sección Doctrina, 18 de junio, Año XXXI, Ref. D-202
- HERRERA MOLINA, P.M. (1997), “Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector (Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996, Saunders vs. United Kingdom)”, *Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Año n° 13, N° 2, págs. 1075-1103.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J. (2018), “El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, en *Comentarios a la C.E.* PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I., (Coords.); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAA-MONDE, M.E., (Dirs.); ARNALDO ALCUBILLA, E., REMÓN PEÑALVER, J., (ed. lit.), *Comentarios a la C.E.* Vol. 1, Tomo 1, Madrid: BOE: Tribunal Constitucional: Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia, págs. 832-839.
- NEIRA PENA, A.M. (2017), *La instrucción de los procesos penales frente a personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NIETO MARTÍN, A. (2013), “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n° 8120, Sección Doctrina, 5 de julio, Año XXXIV, Ref. D-247.
- NIETO MARTÍN, A., BLUMENBERG, A. (2010), “Nemo tenetur se ipsum accusare en el Derecho Penal económico europeo.” en DÍEZ PICAZO, L., NIETO MARTÍN, A., (Dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, págs. 397-419.
- NIETO MARTÍN, A. (2020), “Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas”, *Almacén del Derecho* (Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas - Almacén de Derecho (almacenederecho.org).
- NIEVA FENOLL, J. (2019), *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (2015), *El derecho a no incriminarse*, Madrid: Civitas.
- PASCUAL SUAÑA, O. (2022), *Defensa de las personas jurídicas en el proceso penal español. Especial referencia a los informes periciales de compliance*, Tesis doctoral. Universidad de Valladolid.
- PRIETO GONZÁLEZ, H.M. (2019), “Las investigaciones internas: el Attorney Privilege y el Work Product Privilege” en ALCOLEA CANTOS, J.M., PARDO PARDO, J.M (Coords.), *Defensa Corporativa y Compliance*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, págs. 251-265

- PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL, J., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (2010), “Aspectos procesales de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., VENTURA PÜSCHEL, A., (Coords.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 19-30.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., GABRIEL ORSI, O. (2021), “Las investigaciones defensivas en el compliance penal corporativo”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “*Compliance*” y responsabilidad de las personas jurídicas, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 293-389.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (2021), “*Compliance*” y responsabilidad de las personas jurídicas, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2009), “Abogados y sociedades cotizadas (pequeñas reflexiones ante un gran problema)”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense de Madrid, N°. 23.
- SÁNCHEZ-MORENO GÓMEZ, J.L. (2022), “Canal de Denuncias, Ético o Whistleblowing Management Systems. Aproximación al anteproyecto legislativo.”, *Diario La Ley*, N° 10044, Sección Tribuna, 6 de abril.
- SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A. (2004), *Derecho a no autoinculparse y Delitos contra la hacienda pública*, Madrid: Colex.
- SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A. (2016) “El derecho de las personas jurídicas a no autoinculparse por delito fiscal (Reflexiones a raíz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, y de las 523 Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016 y 221/2016)”, *Diario La Ley*, N° 8737, Sección Doctrina, 8 de abril, Ref. D-149.
- SERRANO ZARAGOZA, O. (2014), “Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8415, Sección Doctrina, 6 de noviembre, Año XXXV, Ref. D-367.
- TRAINOR, S.A. (1994) “A Comparative Analysis of a Corporation’s Right Against Self-Incrimination”, *Fordham International Law Journal*, Volume 18, Issue 5, 1994, Article 29, págs. 2139-2186.

EL TRATAMIENTO DEL MENOR INVESTIGADO O ACUSADO EN LOS MASS MEDIA: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE SU VIDA PRIVADA¹

The treatment of the investigated or accused minor in the mass media: the right to protection of his private life

JORGE JIMÉNEZ MARTÍN

Magistrado – Especialista Menores

Director de la Escuela Judicial

jorge.jimenez@cgpj.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN PENAL DE MENORES. 1. Perspectiva internacional. 2. Perspectiva nacional. III. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El equilibrio entre el derecho de información y el derecho a la protección de la vida privada del menor de edad que es investigado o acusado en un proceso penal exige que se den respuestas que puedan garantizar el derecho de defensa, la presunción de inocencia y las demás garantías fundamentales propias del proceso penal. El menor de edad se va a ver sometido a un proceso penal que busca fundamentalmente su reinserción en la sociedad y la adopción de medidas de carácter educativo. Los mass media son fundamentales en un estado democrático, pero si atendemos al interés superior del menor y a la finalidad de la justicia juvenil es el momento de adoptar medidas y regulaciones que permitan el adecuado cumplimiento de los fines propios de los derechos en conflicto. Este trabajo intenta dar respuesta a todas estas polémicas.

Abstract: The balance between the right to information and the right to protection of the private life of minors who are investigated or accused in criminal proceedings requires responses that can guarantee the right of defense, the presumption of innocence and the other fundamental guarantees inherent to criminal proceedings. The minor will be subjected to a criminal process that seeks fundamentally his reintegration into society and the adoption of measures of an educational nature. The mass media are fundamental in a democratic state, but if we consider the best interests of the minor and the purpose of juvenile justice, it is time to adopt measu-

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación “Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas. PID2020-116848GB-I00” (Plan nacional I+D+i.Ministerio de Ciencia e Innovación).

res and regulations that allow for the proper fulfilment of the ends of the rights in conflict. This work attempts to respond to all these controversies.

Palabras clave: Derecho a la vida privada y a la propia imagen, derecho a la información, juicios paralelos, medios de comunicación, menores de edad infractores, presunción de inocencia, reeducación, reinserción.

Key words: Right to privacy and self-image, right to information, parallel trials, juvenile offenders, media, presumption of innocence, re-education, reintegration.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FGE	Fiscalía General del Estado
LGCA	Ley General de la Comunicación Audiovisual
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LORPM	Ley de Responsabilidad Penal del Menor
pág./págs.	página/páginas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad en la que vivimos se ha convertido en un entorno cada vez más complejo que se caracteriza por la rapidez y la enorme flexibilidad con la que se produce el consumo de todo tipo de servicios. Nos encontramos inmersos en un frenético ritmo de vida, sometidos a múltiples y continuos estímulos —de todo tipo—, que pretenden propiciar el consumo inmediato de productos de fácil y rápida preparación, que nos reportan una efímera e inmediata satisfacción, y que inmediatamente dejamos atrás. Una vez ago-

tados caen en el olvido. Estamos ante la llamada sociedad de consumo del “*usar y tirar*”, donde a través de múltiples medios recibimos productos informativos cuya lectura y visualización inmediata es tan rápida como la forma en que son desechados y desplazados de la primera línea de actualidad.

En este escenario, donde se produce una rápida e inmediata información sobre todo lo que acontece, sin control alguno de la autenticidad de la noticia y de las fuentes de ésta, continuamos asistiendo a una permanente, amplia y precisa cobertura de los procesos penales que se instruyen y celebran en nuestros Tribunales. Cierto es que en muchas ocasiones la atracción de los medios de comunicación la produce la posición social o profesional de quien se ve inmerso en ellos, pero en otras han sido los propios hechos que se le imputan al acusado —sea por su gravedad o por la repulsa que socialmente generan²— o las circunstancias de la víctima de éstos, los elementos que han atraído el interés de la sociedad y una, en la mayoría de los casos, desmesurada atención de los medios de comunicación.

Esta cobertura mediática de todo lo que generan los procesos penales no puede valorarse en modo alguno de forma negativa ni considerarse perjudicial, ni debe rechazarse, dado que supone un importante ejercicio de transparencia democrática y resulta muy necesaria en el marco del Estado de Derecho. Más aún cuando nuestra propia Constitución ampara esa publicidad en la Administración de Justicia en su artículo 120.1³. Esta previsión constitucional es una auténtica conquista social, propia del Estado Social y Democrático de Derecho en el que nos constituimos⁴, en contraposición a la llamada “*justicia de gabinete*”⁵ o al secretismo profesional que regía en otras épocas en la justicia, y representa una auténtica garantía de los derechos fundamentales del ser humano frente al arbitrio judicial y eventuales manipulaciones gubernamentales en la constitución y funcionamiento de la judicatura. A su vez, no debemos olvidar que implica un auténtico instrumento de legitimación democrática de los Tribunales frente a los ciudadanos, pues

² De esta forma, los delitos contra la vida, los de corrupción política y de funcionarios, contra la integridad física, y la libertad e indemnidad sexuales son los que mayor eco tienen en los medios de comunicación, así como los que afectan, sea activa o pasivamente, a menores o mujeres.

³ Artículo 120.1 CE: “*Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*”.

⁴ Artículo 1.1 CE. Vid. ROSA CORTINA, J.M. de la, (2016), “Honor, intimidad y propia imagen de menores: diez años de la instrucción 2/2006”. En: *Estudios Jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Jurídicos.

⁵ “*Una justicia de gabinete siempre expuesta a intensas manipulaciones gubernamentales, sustituyéndola por una forma de administrar justicia en la que la publicidad de los debates actuara como verdadero instrumento de control y fiscalización de cualquier tentación de arbitrariedad*”. STS, Sala 2ª, 10 de diciembre de 2010. (ECLI:ES:TS:2010:7056)

la posibilidad de control popular sobre la Administración de Justicia genera confianza en el público sobre las actuaciones del Poder Judicial⁶ y mejora considerablemente su imagen pública. Y ello, aun cuando controvertidas decisiones judiciales o actuaciones puedan mermar la imagen social de la justicia y su aceptación social.

Sin embargo, junto al creciente fenómeno de transparencia judicial existen prácticas frecuentes en las noticias que ofrecen los distintos medios de comunicación que atentan, o pueden atentar, contra las garantías fundamentales propias del proceso penal, pues más allá de informar objetivamente, se tiende a introducir en la información, ya sea de forma implícita o expresa, la opinión del medio o del periodista de cómo se debe resolver un asunto subjuice, sea a favor del acusado/a, o en su contra, transmitiendo una fuerte presión mediática y social a los Tribunales para que decidan el asunto en el sentido que preconiza la línea editorial del medio. O bien, se vulneran sus derechos de defensa, a la intimidad, el honor y la propia imagen, y su presunción de inocencia, al presentar a personas sometidas a procesos como culpables ante la opinión pública, mucho antes de que exista una condena en firme. De esta forma, venimos asistiendo a auténticos juicios paralelos⁷ suscitados y alimentados por nuestros medios de comunicación y por las distintas redes sociales, donde no solo se vulnera la presunción constitucional de inocencia que a toda persona ampara hasta que recaiga sentencia firme sino que se violenta la misma, anticipando en el tiempo una sentencia social, en la casi totalidad de los casos condenatoria, a la que nada afectará una posterior sentencia absolutoria dictada por quien es legítimo y constitucional titular de dicha potestad. De esta forma, la presunción de inocencia queda vulnerada, y el daño causado a quien se vio sometido a un proceso penal resulta prácticamente irreparable.

Esta situación que describimos reviste mayor gravedad en el caso de los menores de edad que cometen algún hecho susceptible de responsabilidad

⁶ Originalmente, la garantía de publicidad se pensó para que fuera satisfecha con la presencia directa de los ciudadanos/as en la sala de vistas observando el desarrollo del proceso, lo que se denomina publicidad inmediata. No obstante, la complejidad del mundo globalizando en el que vivimos hace que la forma de dar pleno cumplimiento a esta garantía sea a través de una publicidad mediata, es decir, la que se logra difundiendo más allá de la sala de vistas. No obstante, la pandemia ha traído una revolución en este sentido y ofrece nuevas experiencias de publicidad en el proceso penal a través del acceso a las salas virtuales de las distintas audiencias que se celebran. Ejemplo de eso se puede encontrar en el Poder Judicial de la República Dominicana.

⁷ Sobre la materia ver BOUZA, F. (2007), “La influencia de los medios en la formación de la opinión pública: los procesos jurídicos y los juicios paralelos”. En Consejo General del Poder Judicial, *Justicia y medios de comunicación*. Madrid, págs. 35-59.

penal, y que se ven sometidos por ello a un proceso penal⁸. La UE se ocupa también de la cuestión en la Directiva 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales⁹. En este sentido, la implicación de menores en hechos delictivos cometidos por adultos¹⁰ presenta casos de especial trascendencia mediática en los que se evidencia un ataque frontal a los derechos y garantías del menor infractor y a los principios legales internacionales y nacionales que rigen en nuestro sistema jurídico. Partiendo de que el derecho penal de menores reviste unas características y una configuración radicalmente contrapuesta al derecho penal de adultos, no solo por prescripción legal sino por vinculación de los acuerdos y convenios internacionales ratificados por España, en el que prima y reina como principio fundamental el interés superior del menor¹¹, con la posibilidad de imponer de forma flexible medidas de naturaleza educativo-sancionadora. Es más, casi al mismo nivel del “castigo” por la acción delictiva cometida, se pretende la reeducación del menor con el fin de que pueda volver a integrarse en la vida social. Ello hace que la publicidad que constitucionalmente se predica de todas las actuaciones judiciales¹² debie-

⁸ Como señala LIS ESTÉVEZ se otorga un protagonismo a esos menores que les somete a una situación de exposición pública, con unas consecuencias psicológicas sobre el menor de alcance y magnitud incalculables, que pueden condicionar el futuro desarrollo del mismo [LIS ESTÉVEZ, R. (1993), “El menor, su protección ante los medios de comunicación dentro del ámbito del derecho penal”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° XXXIII, 1993, págs. 327-335].

⁹ Dicha directiva, publicada en el DOUE el 21 de mayo de 2016, tenía como plazo de transposición el 11 de junio de 2019 sin que se haya procedido a transponerla a nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, puede ser directamente aplicable.

¹⁰ Uno de los casos más paradigmáticos fue, en su día, la implicación de un menor en el denominado Caso Marta del Castillo, celebrándose dos juicios orales, en la jurisdicción de menores y de adultos, unidos al juicio paralelo social y de los medios de comunicación.

¹¹ Señala RIVERO FERNÁNDEZ, F. que el interés superior del menor tampoco “supone un trato de favor compensatorio de un previo e injusto desequilibrio contrario a él, pues aquel principio no afecta sólo a los menores desamparados, maltratados o desafortunados, sino que es aplicable a todos los menores. Se trata, sencillamente, de hacerles justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponden, si bien adecuados todos ellos a su situación de menor de edad (...) inepto todavía para ejercitarlos a ciertas edades y necesitados, sin embargo, de particular protección para que su propia entidad e identidad personal no se frustre, y llegue a ser mañana un ciudadano activo perfectamente integrado en la sociedad”. Considera que “el principio del interés del menor o del favor minoris (...) no significa dispensarle un trato anormalmente favorable en el sentido de discriminatorio (positivo) sino de tratarle justamente adecuando a su persona (menor de edad) los derechos y normas que, como persona, no más, le corresponden”. [RIVERO FERNÁNDEZ, F. (2000) *El interés del menor*. Dykinson. Madrid.]

¹² LÓPEZ ORTEGA, J.J. (2007), “Información y justicia. (La dimensión constitucional del principio de publicidad judicial y sus limitaciones)”. En Consejo General del Poder Judicial, *Justicia y medios de comunicación*, págs. 93-135

ra revestir mayores matizaciones —y si se nos permite, límites concretos y precisos— en la jurisdicción penal de menores. Si en la relación entre medios de comunicación y proceso penal se produce una sensible colisión entre la libertad de información y la presunción de inocencia, en el ámbito de la jurisdicción de menores afecta también al interés del menor y a la protección de la infancia y de la juventud, teniendo una mayor trascendencia, tal y como posteriormente desarrollaremos¹³.

A esta cuestión pretendemos dedicar estas páginas, reflexionando acerca de la protección de la vida privada del menor que comete algún hecho susceptible de responsabilidad penal, conforme a lo dispuesto en la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM). Analizaremos el marco normativo actualmente vigente, la problemática que se suscita, y extraeremos algunas conclusiones que pudieran ser tenidas en cuenta por el legislador y los actores que intervienen en este proceso de “diálogo” informativo-judicial, no solo a nivel deontológico sino también como recomendación de *lege ferenda*.

Nuestro punto de partida debe situarse en esta reflexión previa: si hemos ratificado y asumido la normativa internacional relativa a los menores de edad, a la delincuencia juvenil y a su específico y especial tratamiento, tenemos además una directiva europea en dicho ámbito que no ha sido transpuesta, y hemos desarrollado una ley para la jurisdicción de menores —de acuerdo a dicha normativa— en la que priman el interés superior del menor y la finalidad educativa de las medidas sancionadoras, con gran éxito de aplicación y reinserción¹⁴, la protección de la vida privada de los menores infractores debería ser total, evitando juicios paralelos, que se conozca la identidad y circunstancias de los menores afectados, y que las víctimas y sus familiares pretendan resarcirse del daño causado a través de la utilización de los medios de comunicación.

¹³ Sobre dicha materia y las cuestiones más relevantes vid. AZURMENDI, A. (2008), “La información sobre menores delincuentes y sus procesos judiciales”. En: EGÚZQUIZA, I. y VIDAL, V., *La información judicial*. Valencia: Coso, págs. 201-219.

¹⁴ Para una mayor profundización sobre nuestro sistema penal juvenil CONDE ZABALA, M.J. (2001), “El nuevo sistema de justicia penal juvenil en España”. En: GARCÍA MÉNDEZ, E. y OTROS, *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Ad Hoc, págs. 135-156.

II. MARCO NORMATIVO EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN PENAL DE MENORES

La información judicial cuenta en nuestro país con una regulación que pretende equilibrar principios tan diversos como el respeto a la autoridad judicial, la preservación de su independencia, el derecho a la presunción de inocencia, la publicidad del proceso y el derecho a la información. Nos interesa centrarnos en este momento en las previsiones legislativas y jurisprudenciales que, tanto a nivel internacional como nacional, contemplan una posible protección del menor infractor respecto de las informaciones que los medios de comunicación puedan transmitir a la sociedad sobre su identidad, vida privada, o circunstancias del hecho por ellos presuntamente cometido¹⁵.

1. PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Si acudimos a la normativa internacional encontramos, como clave de bóveda del sistema, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), de 20 de noviembre de 1989¹⁶. El artículo 3.1 parte de una declaración general al señalar que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Con mayor detalle y relevancia para la cuestión que nos ocupa, el artículo 8.1 CDN incide sobre la preservación de la identidad del menor y señala que *“los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”*. Y el artículo 16 CDN destaca que *“ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales*

¹⁵ A la hora de reflexionar sobre la protección del menor infractor ante los medios de comunicación existen dos momentos temporales de especial trascendencia. El primero, que abarca hasta el dictado de una sentencia firme, sea o no condenatoria, en el que constitucionalmente rige con toda su fuerza la presunción de inocencia. A esta fase nos referimos de forma específica en estas reflexiones. La segunda, una vez recaída sentencia firme, y específicamente condenatoria, en la que se declara la responsabilidad penal del menor. Es cierto que en esta fase ya no rige la presunción de inocencia, totalmente desvirtuada por la prueba de cargo presentada ante el Tribunal, pero no es menos cierto que la protección del menor ante los medios de comunicación reviste igual importancia y trascendencia, dados los principios que rigen en la jurisdicción. No obstante, sobre esta reflexión nos extenderemos en nuestras conclusiones.

¹⁶ Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE, nº 313, de 31 de diciembre de 1990).

a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. Debemos resaltar igualmente que, no obstante, se reconoce la importante función que desempeñan los medios de comunicación para promover el bienestar y la salud del menor (artículo 17.1 CDN).

En cuanto al menor de edad infractor que se ve vinculado a un proceso penal, el artículo 40.2.b).vii) CDN dice que “... los Estados partes garantizarán, en particular: b) que todo niño del que se alegue ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.” Por tanto, la obligación de protección dimana de la propia CDN y debe respetarse en todas las fases del procedimiento.

La Observación General nº 10 (2007) del Comité de Derechos del Niño¹⁷, sobre los derechos del niño en la justicia de menores¹⁸, señala en su punto 96 que los medios de comunicación suelen transmitir una imagen negativa de los niños que delinquen, lo cual contribuye a que se forme un estereotipo discriminatorio y negativo de ellos, y a menudo de los niños en general. Esta representación negativa o criminalización de los menores delincuentes suele basarse en una distorsión y/o deficiente comprensión de las causas de la delincuencia juvenil, con las consiguientes peticiones periódicas de medidas más estrictas (por ejemplo, tolerancia cero, cadena perpetua al tercer delito de tipo violento, sentencias obligatorias, juicios en tribunales para adultos y otras medidas esencialmente punitivas). Señala que para crear un ambiente más propicio a una mejor comprensión de las causas básicas de la delincuencia juvenil y a un planteamiento de este problema social basado en los derechos, los Estados Parte deben llevar a cabo, promover y/o apoyar campañas educativas y de otro tipo para que se tomen conciencia de la necesidad y la obligación de tratar al menor del que se alegue que ha cometido un delito con arreglo al espíritu y la letra de la Convención. En este sentido, los Estados Parte deben recabar la colaboración activa y positiva de los parlamentarios, las ONG y los medios de comunicación y respaldar sus esfuerzos encaminados a lograr una mejor comprensión de la necesidad de dispensar un trato a los niños que tienen o han tenido conflictos con la justicia basado en los derechos. Es fundamental que los niños, sobre todo

¹⁷ Este Comité supervisa la aplicación de la CDN por sus Estados Parte.

¹⁸ https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10_sp.pdf

los que ya han pasado por el sistema de la justicia de menores, participen en esta labor de concienciación.

Profundizando en el ámbito de la jurisdicción de menores, existen distintas normas internacionales que contemplan la protección del menor infractor en relación con su identidad, imagen, reputación y, específicamente, respecto de los medios de comunicación. Así, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas adoptadas por la Asamblea General en resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, las conocidas como “Reglas de Beijing”, contemplan en su regla octava la protección de la intimidad: *“8.1 Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. 8.2 En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente”*¹⁹.

El Comité de ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación (2003) 20, de 24 de septiembre, sobre nuevas vías para el tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil, en su punto VI.25, también concreta que *“cualquier información sobre procesos a menores deberá preservar la identidad y la imagen del menor implicado, y que, excluye siempre la presencia de medios de comunicación en la audiencia con el menor. Algo que, si afecta al delincuente, con mucho mayor motivo debe mantenerse con el menor víctima”*. En el mismo sentido, en su Recomendación (2008) 11, sobre reglas europeas para menores sujetos a sanciones o medidas, asume como principio general en su punto 16 que el derecho del menor a la privacidad debe ser íntegramente respetado en todas las fases del procedimiento²⁰.

Todas esas recomendaciones europeas han sido recogidas en la Directiva 2016/800 ya citada, que configura en su artículo 14 como proteger la vida privada de los menores de edad inmersos en procesos penales como investigados o acusados: *“1. Los Estados miembros velarán por la protección de la vida privada de los menores durante los procesos penales”*, incluyendo la protección de su imagen e intimidad. *“2. A tal fin, los Estados miembros*

¹⁹ En el mismo sentido consta en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, y en el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. SSTC 288/2000, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TC:2000:288), y 30/2005, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:2005:30).

²⁰ Tal y como se señala en FERREIRÓS MARCOS, C.E., (2016), “Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor de edad ante los medios de comunicación. El papel del Ministerio Fiscal”, En: *Estudios Jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos, 2016, es importante proteger a los menores de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso.

establecerán que las vistas en que participen menores se celebren, por regla general, sin presencia de público o permitirán a los órganos jurisdiccionales decidir que esas vistas se celebren sin presencia de público. 3. Los Estados miembros tomarán medidas adecuadas para velar por que las grabaciones a que se refiere el art. 9 —de los interrogatorios— no se hagan públicas”. Y lo que nos parece más fundamental, “4. Sin dejar de respetar la libertad de expresión y de información, así como la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, los Estados miembros alentarán a los medios de comunicación para que tomen medidas de autorregulación con el fin de alcanzar los objetivos establecidos en el presente artículo”.

Conviene finalizar este breve análisis internacional con algunos pronunciamientos jurisprudenciales que han marcado el camino y la línea de dicha protección. Destaca entre ellos la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso T. y V. v. Reino Unido, de 16 de Diciembre de 1999 (el llamado caso “niños de Liverpool”)²¹, en el que se condenó al Reino Unido por violación del derecho a un proceso justo por haber permitido que los menores acusados fueran sometidos a un proceso público, siendo ubicados en un lugar de la sala en la que podían ser observados por el público que manifestaba una actitud hostil hacia ellos y por los medios de comunicación. Se conocieron sus nombres y se divulgaron sus fotografías, teniendo también acceso los medios de comunicación a los informes psicológicos previos al juicio y a los que se realizaron durante su internamiento; hasta el punto de necesitar un cambio de identidad, entre otras medidas, para asegurar de algún modo su reinserción al finalizar las medidas sancionadoras impuestas.

También resulta interesante la sentencia dictada en el asunto Gutiérrez Suárez v. España el 1 de Junio de 2010²², donde el TEDH recuerda que, por razón de los “deberes y responsabilidades” derivados del ejercicio de la libertad de expresión, la garantía que el artículo 10 proporciona a los periodistas con respecto a la presentación de informes sobre cuestiones de interés general queda sujeta a la condición de que actúen de buena fe con la finalidad de proporcionar información veraz y confiable con pleno respeto de la deontología periodística. Con la finalidad de evaluar la justificación de una afirmación controvertida, es necesario distinguir entre información de hechos y juicios de valor. Si bien los primeros pueden demostrarse, en el ca-

²¹ Robert Thompson y Jon Venables, de diez años, sustrajeron del cuidado de su madre a un niño de dos años, James Bulger, en la localidad de Liverpool en 1993, asesinándolo al cabo de unas horas. STEDH 16 de diciembre de 1999. (ECLI:ES:TEDH:1999:46)

²² (ECLI:ES:TEDH:2010:16)

so de los segundos no puede demostrarse su exactitud. La caracterización de una exposición de hechos o juicios de valor depende, principalmente, del margen de apreciación de las autoridades nacionales, en particular de los órganos jurisdiccionales internos. Sin embargo, incluso en los supuestos en los que una declaración equivale a un juicio de valor, debe basarse en una base fáctica suficiente, de lo contrario sería excesiva²³.

2. PERSPECTIVA NACIONAL

Al afrontar el estudio de la regulación nacional del derecho a la información y la protección del menor destacan las previsiones del artículo 20.4 CE, que coloca la protección de la juventud y la infancia como límite específico al derecho a la información, y del artículo 39.4 CE, que declara que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

A partir de ahí, la protección del menor de edad la encontramos en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). Parte de un principio general en su artículo 2, que *“en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*. En su artículo 4 se desarrolla todo lo concerniente al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Partiendo del reconocimiento de tal derecho en el apartado primero²⁴, y de lo que debe entenderse como intromisión ilegítima²⁵, determina en su apartado segundo que *“la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención de*

²³ Para un completo estudio sobre el tratamiento del TEDH en la materia vid. COMPAÑY CATALA, J.M., “La protección de los derechos del menor. Medios de comunicación, internet y redes sociales, una visión transnacional, especial referencia al estado de la cuestión en el ámbito de la Unión Europea (UE) y su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)”. En: *Estudios Jurídicos*: Madrid, Centro de Estudios Jurídicos.

²⁴ Art. 14.1 LOPJM: *“Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones”*.

²⁵ Art. 14.3 LOPJM: *“Cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”*.

*Ministerio Fiscal*²⁶, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados”.

Esta atribución de legitimación al Ministerio Fiscal para la protección de estos derechos del menor hace necesario que analicemos las instrucciones que ha venido dictando la Fiscalía General del Estado (FGE). La Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre, sobre criterios de aplicación de la LO 5/2000, determina la obligación del Fiscal de “convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor”²⁷. La propia Instrucción FGE 2/2006, de 15 de marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores²⁸, señala que el fiscal no tiene una posición de subsidiariedad, sino que podrá actuar aun cuando el menor esté representado por sus progenitores, incluso aun contra la voluntad de éstos o del menor. Sin duda alguna, y en clara consonancia con los principios de protección que rigen a la infancia, constituye en garante de cualquier atentado al honor, intimidad o imagen de los menores, al Ministerio Fiscal. La referida Instrucción matiza tal legitimación al señalar que dicha amplia legitimación deberá en todo caso utilizarse con prudencia, ponderando todos los intereses en conflicto. Dicha prudencia en modo alguno puede utilizarse como vía para no garantizar tales derechos. Considera que habrá de valorarse especialmente si la intromisión ha contado o no con el consentimiento del menor maduro o de los progenitores del menor no maduro. Deberá también valorarse si pese a tratarse de una intromisión no consentida, el menor maduro o sus representantes legales se oponen motivadamente a que el Fiscal ejercite las acciones en protección de estos derechos. Habrá de ser excepción la intervención autónoma del fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que —sin que concurra conflicto de intereses con el menor— sean contrarios a que se entablen acciones en defensa de este.

²⁶ Señala el artículo 4.4 LOPJM: “Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública”.

²⁷ En este sentido, consultar GISBERT JORDÁ, M.T. (2005), “El fiscal como defensor de los derechos del menor. Especial referencia a los derechos a la intimidad, honor y propia imagen”, En: *Estudios Jurídicos*: 2004. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos.

²⁸ Con profundidad lo analiza NOREÑA SALTÓ, J.R., (2002) “Libertad de información y derecho a la intimidad y propia imagen. Especial referencia a determinados delitos y al proceso de menores”. En: *Estudios Jurídicos: Ministerio Fiscal*, N.º IV, 2002, págs. 53-72.

Sorprende esta especial intervención del fiscal en el caso de los menores infractores, dado que se reúnen en la misma persona las condiciones de instructor o acusador en la causa penal y la de defensor de su honor, imagen e intimidad, con las disfunciones o aparentes contradicciones que pudieran darse por ello²⁹. No consideramos que sirva como justificación una diferente condición de la misma parte, alegando que cuando se actúa en defensa de tales derechos se hace como fiscal de protección y no como fiscal de menores. Es más, en los supuestos de delitos graves, como los que están en mente de la sociedad al analizar el funcionamiento de la LORPM, no será socialmente aceptado ni entendido que quien ejerce la acusación desempeñe un papel de protección del menor infractor. Así parece haberlo entendido la FGE en su Circular 9/2011, de 16 de noviembre, al destacar la función que los Fiscales Delegados de Menores pueden asumir como portavoces de la Fiscalía ante los medios de comunicación en materia de menores, conforme a la previsión de la Instrucción FGE nº 3/2008, por la demanda social de información y ante la necesidad de evitar la aparición de noticias que, carentes de rigor, generen desinformación y alarma. Esta función deberá desempeñarse prestando especial cuidado a la preservación de la intimidad de los menores afectados. Lo que ello sugiere y pone de manifiesto, es el conflicto y la tensión entre derecho a la información y protección del menor infractor. No obstante, quedémonos con lo positivo que dicha doble atribución puede tener para la protección del menor, al ser el Ministerio Fiscal quien debe velar estrictamente por dichos derechos desde el primer momento en el que se incoa el procedimiento penal de menores.

También se ha pronunciado sobre esta sensible materia en las Instrucciones FGE 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, y en la 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores³⁰. En la primera se señala de forma expresa que, si los menores

²⁹ Son escasas las actuaciones protectoras realizadas en este sentido, y casi inexistentes las que hayan tenido trascendencia pública —lo que redundaría en el éxito de la actuación, pues de conocerse sea consciente el lector de que estaríamos en un constante círculo vicioso—, aun cuando existen algunas muy puntuales y que por ello quedan como meramente testimoniales. Es más, las conocidas han venido a prestar esa protección de forma tangencial o indirecta, y sirva como ejemplo las actuaciones desarrolladas por el Ministerio Fiscal ante la aparición de una menor, presentada como pareja del declarado autor de la muerte de Marta del Castillo, en un programa de televisión.

³⁰ Y más recientemente, en cuanto a la protección de menores con discapacidad que aparecen en medios de comunicación en la Instrucción FGE 1/2017, sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual, y en el Dictamen 3/2013 sobre actuaciones

que intervienen como testigos en el proceso penal de adultos han de ser especialmente protegidos frente a publicidades perturbadoras, cuando se trate de menores sometidos al proceso de la LORPM, las restricciones para los medios de comunicación habrán de alcanzar su tonalidad más intensa. Declara y reconoce que la difusión a través de los medios de comunicación de la imagen o identidad del menor infractor trae consigo el riesgo cierto del etiquetaje de este como delincuente³¹, con los devastadores efectos derivados de la estigmatización y con la correlativa puesta en peligro del objetivo de la reinserción. Considera que el posible interés informativo de la noticia cede, pues, ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado; y que no será por tanto aplicable al proceso de menores la jurisprudencia acuñada por el TC en materia de acceso de medios de comunicación a juicios orales penales. Sin embargo, concluye de igual forma que tales consideraciones no pueden llevar a postular un veto total o un apagón informativo sobre los procesos de menores, pues la información es fundamental en un estado de derecho. No cabe extraer la conclusión de que queda excluida la facultad del Fiscal de informar a la opinión pública. Por último, señala que en el proceso penal de menores también se dan casos de interés público y en los que cabe apreciar un legítimo interés por informar y por recibir información. Y por ello, en este proceso los datos y explicaciones suministrados por el Fiscal tendrán una especial utilidad social, teniendo en cuenta la desinformación y las explicaciones desenfocadas, —en ocasiones por simple desconocimiento— que se difunden con cierta frecuencia, y que origina en ocasiones una infundada zozobra, inquietud e incluso alarma social³². Finalmente, concluye que respetando los límites generales y los especiales que informan a este proceso, preservando en todo caso la identidad e imagen del menor, podrá proporcionarse cuando sea necesario una información suficiente acerca de hechos delictivos cometidos por menores y del desarrollo del proceso penal incoado. Y que obviamente, lo que no cabrá en ningún caso es la publicidad externa mediata del acto de la audiencia mediante la grabación de audio o video.

del Fiscal en relación con la aparición de menores de edad con discapacidad en medios de comunicación.

³¹ Lo que, según ROSA CORTINA, J.M., ob. cit., señala Robert Rosenthal (profesor de psicología de la Universidad de California): la identificación del menor infractor en los medios de comunicación traería consigo el riesgo cierto de etiquetaje de este como delincuente, con los devastadores efectos de estigmatización y de correlativa puesta en peligro del objetivo de la (re) socialización (el denominado efecto Pigmalión o del labelling approach).

³² Considera que esta misma posición es postulada por la Recomendación (2003)20, de 24 de septiembre del Comité de ministros del Consejo de Europa *sobre nuevas vías para el tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil* en su punto VI.25.

En la Instrucción FGE 2/2006, de 15 de Marzo, que continúa siendo el marco general para el tratamiento de estas cuestiones, se vuelve a resaltar que el tratamiento informativo del menor debe inspirarse en el principio general de protección reforzada de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen, y que en la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse presente el superior interés del menor, que además y conforme al artículo 2 LOPJM debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir³³. Desarrolla las líneas principales de lo que será el ejercicio de la legitimación legalmente acordada, considerando justificada la difusión de noticias de menores, cuando los hechos en los que se vea inmerso el menor sean asuntos públicos de interés, sin determinar concretamente cuáles pudieran ser los mismos, pero reiterando que siempre será con la adopción de las cautelas que en cada caso dicten las circunstancias para evitar que el mismo se vea perjudicado (no incluir el nombre ni la imagen, o distorsionar su rostro de modo que sea imposible su identificación, no aportar datos periféricos que puedan identificarlo, etc.). El problema radica ciertamente en el control de esas circunstancias que pueden identificarlo, más aún cuando el entorno en que acaecen los hechos es pequeño y pueden ser fácilmente conocidos. Pese a esa declaración general, la Instrucción se centra en los delitos contra la libertad sexual para exigir un especial rigor a los Fiscales en cuanto a la preservación de la identidad de la víctima, cuando además de ser menor de edad, los hechos investigados, enjuiciados o sentenciados se refieran a delitos contra la libertad sexual. Habrán de considerarse en estos supuestos antijurídicos no solo la identificación por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captación de su imagen sino también la información sobre datos colaterales al menor que sean aptos para facilitar su identificación.

En todo caso, la FGE reconoce la extensa casuística que en la materia puede darse en esta materia, concluyendo que habrá que estar al caso concreto, ponderando las circunstancias concurrentes, tomando como criterios generales los siguientes:

- 1º. La difusión de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación exige contar con el consentimiento del menor maduro o de sus representantes legales.

³³ MARTÍNEZ GUERRA, A. (2002) "El tratamiento de los casos judiciales en la prensa. Calumnias, injurias y juicios paralelos". *Noticias jurídicas*.

- 2º. Aun contando con los preceptivos consentimientos, si la difusión de la identidad o de la imagen del menor de edad puede considerarse contraria a sus intereses, la intromisión será en principio ilegítima.
- 3º. No procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante emisión de programas o la publicación de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensión pública tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicación excluyan el perjuicio para los intereses de estos. Tampoco procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesoria de la información principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos.
- 4º. Si la difusión casual o accesoria de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado.

No obstante, el problema radica —como señalábamos— en la protección al menor infractor, que tiene unas características y condicionantes más marcados que la protección genérica a todo menor de edad que se contempla en tales previsiones. Es en este ámbito donde la protección que dispensa nuestro sistema resulta muy escasa, ocasional y poco definida³⁴. Y pese a todo ello, la citada Instrucción FGE nº 2/2006 termina con una conclusión que aun siendo adecuada, correcta y deseable, no deja de ser decepcionante a los efectos de una efectiva y adecuada protección del menor infractor, reconociendo que ni las vigorosas normas internacionales, estatales y autonómicas ya promulgadas, ni la supervisión de las Administraciones públicas, ni la decidida intervención del Ministerio Fiscal puedan garantizar un pleno y riguroso respeto a los derechos de los menores si no van acompañadas de una auténtica concienciación social que asuma la necesidad de

³⁴ LIS ESTÉVEZ, R. Ob. cit.: En el Reino Unido los Magistrados del Tribunal Supremo tienen jurisdicción para ordenar que se prohíba la publicación de cualquier información que pudiera resultar perjudicial para el bienestar del menor. En Escocia se ha llevado a cabo una armonización de la restricción sobre la identificación de niños en los procedimientos penales. La sección 22 de la Ley de la Justicia Penal de 1980 prohíbe que se publique la identidad o cualquier dato que pueda llevar a la identificación de cualquier presunto infractor. En la sección 46 de la Ley escocesa sobre la infancia y la juventud de 1973 autorizaba el Tribunal a prohibir cualquier informe sobre un proceso que contenga los datos que pudiera llevar a la identificación del menor al que se refiera el proceso. Fue derogada por la Ley de Procedimiento Penal que se pronuncia en el mismo sentido en las secciones 169 y 374.

una escrupulosa tutela frente a las intromisiones que puedan llegar a poner en riesgo o perturbar su proceso de maduración³⁵. Representantes legales, medios de comunicación, poderes públicos y sociedad en general, deben cada uno en su ámbito funcional constituirse en garantes de los derechos de los menores. Los profesionales y los medios de comunicación debieran sin reservas asumir ese principio deontológico. Es cierta la necesidad de una mayor conciencia social, pero la única alusión a ella sin que por los agentes especialmente llamados a hacer efectiva tal protección se tome partido decidido por actuar, no deja de ser —con todos los respetos y siendo consciente de la dificultad de la materia— un brindis al sol.

Posteriormente, ante determinados casos con trascendencia social, y dado el interés que siempre suscita la materia, la FGE volvió sobre la cuestión en su Circular 9/2011, de 16 de noviembre, limitándose a recordar las previsiones contenidas en las Instrucciones FGE n° 3/2005³⁶ y n° 3/2008³⁷, sin dar un paso más en la profundización de la protección³⁸ ni en reflexionar sobre posibles previsiones legislativas en la materia, especialmente necesarias ante la falta de transposición de la Directiva (UE) 2016/800 y lo dispuesto en su artículo 14.

Junto a la fundamental labor del Ministerio Fiscal en la protección que hemos analizado, el artículo 11 LOPJM atribuye a todos los poderes públicos la obligación de facilitar a los menores de edad la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos (apartado 1), y cuya actuación se regirá por una serie de principios rectores (apartado 2), entre los que destacamos a los efectos de la cuestión que nos ocupa los siguientes: la supremacía del interés del menor; el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés; su integración familiar y social; la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; sensibilizar a la población ante situaciones de desprotección; el carácter educativo de todas las medidas que se adopten; ...; la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la

³⁵ PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E.C. (2019) “Garantías procesales de la intimidad del menor”. En: *Justicia de menores*. Astigi, 2019, págs. 157-162.

³⁶ Sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación.

³⁷ Sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las secciones de menores.

³⁸ Es más, se considera que si la infracción del artículo 35.2 LORPM respecto de un imputado sometido a la LORPM cuando la inmisión se hubiera consumado habiendo alcanzado éste la mayoría de edad, el Fiscal carece de legitimación para promover acciones de protección de la intimidad y la propia imagen, conforme a las previsiones del art.4.4 LOPJM, que solo otorgar legitimación autónoma al Fiscal en relación con menores.

actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten.

Nuestra LORPM contempla someramente la protección del menor ante los medios de comunicación. Atribuye de inicio en su artículo 6 al Ministerio Fiscal *“la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento”*. Contempla la posibilidad de declarar secreto el expediente de menores como medio de protección, en paralelismo con lo que ocurre en el sistema penal de adultos, señalando en el artículo 24 que *“el Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, o de quien ejercite la acción penal, podrá decretar mediante auto motivado el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor y quien ejercite la acción penal deberán, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Este incidente se tramitará por el Juzgado en pieza separada”*. Y, finalmente, regula la no publicidad del juicio en el artículo 35.2³⁹, pues *“el Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”*⁴⁰.

Lo que resulta más trascendente, vista la realidad de los casos que han generado más alarma y debate social, es que el artículo 35.3 LORPM dispone que *“quienes ejerciten la acción penal en el procedimiento regulado en la presente Ley, habrán de respetar rigurosamente el derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que obren en el expediente instruido, en los términos que establezca el Juez de Menores. Quien infrinja esta regla será acreedor de las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar”*. Sin embargo, hasta la fecha y en los

³⁹ Dicho artículo fue fruto de la STC 36/91, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:1991:36), que ya se decantó por la posibilidad de restringir la publicidad en el proceso de menores.

⁴⁰ El artículo 232 de la LOPJ, por su parte, establece que las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento y que excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones.

casos con más trascendencia social, la previsión legal parece que no se ha hecho efectiva, existiendo una cierta permisividad. Más aún cuando quienes participan o colaboran de alguna forma, aún incidental, con esa difusión, son la propia víctima o los perjudicados por el delito.

La difusión de los datos de los menores infractores ha venido realizándose a través de los distintos medios de comunicación y, más específicamente, en programas de televisión donde además de los datos personales ha podido difundirse su imagen actual.

A la par del desarrollo televisivo y de los medios de comunicación hemos venido asistiendo también al desarrollo de los principios de autorregulación en las cadenas de televisión y a la progresiva proliferación de la normativa administrativa sancionadora sobre la materia en los ámbitos estatal y autonómico. En este sentido, podemos destacar como instrumento de protección de los menores infractores el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia, firmado por el Gobierno y los principales operadores de televisión que entró en vigor en marzo de 2005. Su apartado II.2 está dedicado a la *“Presencia de los menores en la programación televisiva: Programas, informativos y publicidad”*, texto que incide especialmente en una serie de contenidos relevantes para la cuestión que estamos analizando: No se emitirán imágenes ni menciones identificativas de menores como autores, testigos o víctimas de actos ilícitos. No se utilizarán imágenes ni menciones identificativas de menores con graves patologías o incapacidades con objeto propagandístico o en contra de su dignidad. No se entrevistará a menores identificados en situaciones de crisis (fugados de su casa, que hayan intentado el suicidio, instrumentalizados por adultos para el crimen, involucrados en la prostitución, con sus padres o familiares allegados implicados en procesos judiciales o reclusos en la cárcel, etc.).

Ante la falta de autorregulación de los medios hemos de acudir a la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA)⁴¹,

⁴¹ Viene a derogar la Ley 7/2010, de 31 de marzo, que suponía la transposición de la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007. Ante los cambios vividos en el sector audiovisual, la nueva ley comparte esa vocación de adecuar y modernizar el marco jurídico básico, con la mayor seguridad jurídica, garantías y flexibilidad posibles, del servicio de comunicación audiovisual y del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, pero también con la voluntad de permanencia en un entorno verdaderamente muy dinámico. El objetivo de la regulación es múltiple: Por un lado, se actualiza el marco jurídico general y básico para favorecer el desarrollo ordenado del mercado audiovisual permitiendo que la normativa permanezca vigente ante su rápido desarrollo que, además, se prevé mayor en los próximos años. En segundo lugar, se busca establecer las mismas reglas del juego para los diferentes actores que compiten en el sector por una misma audiencia; estas obligaciones dependerán de la capacidad de control editorial y de elección de

que regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal, establece las normas aplicables a la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, y establece las normas básicas para la prestación del servicio de comunicación audiovisual sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivos ámbitos. Nos interesa de forma especial la específica regulación que realiza respecto de los menores de edad, en cuanto aplicable a los acusados o investigados. Así, recoge los derechos de los menores en el ámbito audiovisual en el artículo 95 LGCA, declarando en su apartado primero que *“los menores tienen el derecho a que su imagen y voz no se utilicen en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente”*. Su apartado segundo señala que *“está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos, de emisiones en las que se discuta su tutela o filiación, o relativas a situaciones en las que menores hayan sido víctimas de violencia en cualquiera de sus manifestaciones”*. Como se ve, una protección absoluta de los datos personales e imagen del menor infractor. El artículo 96 LGCA señala que *“la autoridad audiovisual competente promoverá entre los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo, lineal y a petición, la adopción de códigos de conducta con el fin de dar un tratamiento adecuado a los menores en noticiarios y programas de contenido informativo de actualidad en los que: a) se informe de que un menor de edad se ha visto involucrado, de cualquier modo, en una situación de riesgo o violencia, incluso si no llega a ser un hecho constitutivo de delito. b) aparezcan menores en situaciones de vulnerabilidad”*.

También se contempla, por primera vez, la protección de los menores en la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma (artículos 86 a 94). Se fijan las obligaciones para la protección de los usuarios y de los menores frente a determinados contenidos audiovisuales y las

los contenidos por parte de los prestadores, no de la tecnología que utilicen. Por otro lado, se trata de mantener y reforzar las medidas de protección y fomento de la producción de las obras audiovisuales europeas teniendo incluso en cuenta que existen servicios que, si bien están establecidos fuera del territorio español, tienen una presencia indiscutible en nuestro mercado nacional. En tercer lugar, se arbitran mecanismos para garantizar los derechos de los usuarios, como la protección de los menores y del público en general respecto de determinados contenidos, o el derecho a conocer quién es el responsable del contenido audiovisual. Por último, se garantiza el principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres en el sector audiovisual, de conformidad con los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española y con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

correspondientes medidas de protección que se pueden adoptar en dichos casos⁴².

La LGCA ha otorgado las competencias que tenía el antiguo Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (artículo 44 de la Ley 7/2010) a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)⁴³. Sus específicas funciones en el ámbito audiovisual se contienen en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio⁴⁴. Dichas funciones se distribuyen fundamentalmente en estos ámbitos de actuación de interés para nosotros: 1º. El control de los contenidos, ya que supervisa la adecuación de los contenidos audiovisuales

⁴² Entre ellas: a) Incluir y poner en práctica en las cláusulas de condiciones del servicio de las plataformas de intercambio de vídeos las obligaciones establecidas en el artículo 88 sobre determinados contenidos audiovisuales. b) Establecer y operar mecanismos transparentes y de fácil uso que permitan a los usuarios notificar o indicar al correspondiente prestador los contenidos que vulneren las obligaciones establecidas en el artículo 88. c) Establecer y operar sistemas a través de los cuales los prestadores del servicio expliquen a los usuarios el curso que se ha dado a las notificaciones o indicaciones a que se refiere la letra anterior. d) Establecer y aplicar sistemas de fácil uso que permitan a los usuarios del servicio calificar los contenidos que puedan vulnerar las obligaciones establecidas en el artículo 88. (...) g) Establecer y aplicar procedimientos transparentes, eficaces y de fácil uso para el tratamiento y la resolución de las reclamaciones de los usuarios a los prestadores del servicio, en relación con la aplicación de las medidas a que se refieren las letras anteriores. (...) i) Facilitar que los usuarios, ante una reclamación presentada por ellos y no resuelta satisfactoriamente, puedan someter el conflicto a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo, de acuerdo con lo previsto en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Todo ello sin perjuicio de que los usuarios puedan acudir a la vía judicial que corresponda.

⁴³ Con la Ley 3/2013, de 4 de junio, se aprobó la unificación de los organismos reguladores y de la autoridad de competencia con el fin de reforzar su independencia, garantizar la seguridad jurídica y la confianza institucional, adoptando una visión integradora desde el punto de vista de la regulación y de la defensa de la competencia para promover la modernización de la economía en beneficio de los consumidores. De esta manera, supuso la integración de los seis organismos supervisores que estaban en funcionamiento entonces en un solo órgano: Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria.

⁴⁴ En lo que al objeto de este trabajo se refiere destacan las siguientes: “10. *Controlar y supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo de ámbito estatal, de conformidad con el título VI de la LGCA (obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo).* 14. *Supervisar la adecuación de los contenidos y comunicaciones comerciales audiovisuales con el ordenamiento vigente y con los códigos de autorregulación y corregulación, en los términos establecidos en el artículo 15 de la LGCA (Códigos de conducta de autorregulación y corregulación).* 15. *Promoción de la autorregulación y corregulación a nivel nacional, europeo e internacional, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12, 14 y 15 de la LGCA.* 16. *Velar por el cumplimiento de los códigos de autorregulación y corregulación sobre contenidos audiovisuales verificando su conformidad con la normativa vigente, en los términos establecidos en los artículos 12, 14 y 15 de la LGCA”.*

a la normativa en materia de protección de menores, publicidad y accesibilidad. 2º. Resuelve expedientes sancionadores y denuncias relacionadas con infracciones de la normativa. 3º. Requiere a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual el cese de prácticas que vulneran la normativa. 4º. Refuerza y dinamiza la colaboración con las distintas autoridades que ostentan competencias en el ámbito audiovisual en el ámbito autonómico. 5º. Participa activamente en los distintos foros internacionales (European Regulatory Group for Audiovisual Media Service, Mediterranean Network of Regulatory Authorities, Conferencia Ibérica de Reguladores Independientes, Plataforma de Reguladores del Audiovisual Iberoamericana).

El control y supervisión de las obligaciones fijadas en la LGCA corresponde, como señalábamos, a la CNMC (artículos 153.2 y 155.2). La responsabilidad se puede atribuir a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y del servicio de agregación de servicios de comunicación, así como a otros agentes que operen en el mercado audiovisual y que tengan obligaciones de acuerdo con lo previsto en esta ley (artículo 156), debiendo de conservar los programas y contenidos audiovisuales durante un plazo de seis meses. Será infracción muy grave la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de menores en el contexto de hechos delictivos (...), vulnerando lo previsto en los artículos 83.1 y 95.2 (artículo 157.9 LGCA). También se contemplan otras dos conductas relativas a menores como infracción muy grave: el incumplimiento de la obligación de tomar las medidas necesarias para la protección de los menores ... respecto de los programas, los vídeos generados por usuarios y las comunicaciones comerciales audiovisuales que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral que, en todo caso, impidan el acceso a escenas que contengan violencia gratuita o pornografía (artículo 157.8 LGCA); y el incumplimiento de la prohibición de tratar con fines comerciales los datos personales de menores recogidos o generados por prestadores del servicio de comunicación audiovisual y prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma (artículo 157.10 LGCA).

La LGCA ha cambiado el modelo vigente tratando de abarcar las nuevas realidades en el campo audiovisual y aumentando la protección respecto de los menores que han tenido intervención en el contexto de hechos delictivos. La infracción muy grave cometida por la difusión de la imagen y datos personales del menor de edad infractor puede ser castigada con una multa, de 60.000 a 1.500.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisuales lineales, televisivos a petición y de los servicios de intercam-

bio de video a través de plataforma, variando el importe en función de los ingresos que devenguen⁴⁵; o con una multa de hasta 200.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual radiofónico y sonoro a petición. La sanción se graduará conforme a distintas circunstancias (artículo 163 LGCA): la naturaleza e importancia de la infracción; la buena fe cuando se cuente con un informe de consulta previa positivo emitido por un sistema de autorregulación; la audiencia; la reincidencia; el efecto de la infracción; el beneficio; el cese de la conducta; la subsanación inmediata y el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad. Lo que sorprende es que en ningún momento se contempla —a diferencia de lo que sucede en otras infracciones muy graves— que la reiteración de esta infracción conlleve sanciones como la revocación de la licencia para prestar el servicio de comunicación. Solo de esta forma se podrá proteger la vida privada del menor de edad infractor, sin que quede sujeta cualquier intromisión al mero valor del mercado, donde el medio de comunicación no tenga inconveniente en cometer la infracción por los elevados ingresos que podrá generar por audiencia y publicidad.

Para finalizar este análisis nacional, resulta conveniente señalar que nuestro TC, en su STC 30/1982, de 1 de junio⁴⁶, se pronunció respecto a la publicidad de los juicios orales señalando *“que el principio de la publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (artículo 120.1), implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de*

⁴⁵ 1.º De hasta 60.000 euros para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4, sean inferiores a dos millones de euros; 2.º De hasta 300.000 euros para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4, sean superiores o iguales a dos millones de euros e inferiores a diez millones de euros; 3.º De hasta 600.000 euros para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4, sean superiores o iguales a diez millones de euros e inferiores a cincuenta millones de euros; 4.º De hasta el tres por ciento de los ingresos devengados en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa conforme a su cuenta de explotación, con un máximo de 1.500.000 euros, obtenidos por la prestación del servicio de comunicación audiovisual en el mercado audiovisual español, para aquellos servicios cuyos ingresos devengados conforme a lo dispuesto en el apartado 4 sean iguales o superiores a cincuenta millones de euros.

⁴⁶ ECLI:ES:TC:1982:30.

conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social, como ocurre indiscutiblemente con el desarrollo de la vista de la causa que nos ocupa. Consecuencia de ello es que, dadas las limitaciones de cabida del recinto, hubo de establecerse una selección en orden a la asistencia a la vista, concediéndose acreditaciones sobre la base de criterios objetivos. En este sentido, no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado”.

En todo caso, en la actualidad, la cuestión se viene resolviendo a través de los correspondientes Gabinetes de Comunicación existentes en cada Tribunal Superior de Justicia, y dependientes de la Oficina de Comunicación del CGPJ, y por la emisión de una señal institucional que permite ofrecerla a todos los medios que la solicitan y llevar a cabo una mayor e interesante protección de menores, víctimas y testigos.

El TC ha venido señalando también que, para que el derecho a la intimidad pueda oponerse legítimamente como un límite al derecho a la libertad de recibir o transmitir información, es preciso que las noticias difundidas carezcan de interés público o que, aun siendo de interés público, carezcan de veracidad, ya que en una sociedad democrática que proclama como uno de los principios que inspiran su convivencia el respeto a la dignidad de la persona, no debe tolerarse la divulgación de hechos que pertenecen a la intimidad de ciudadanos particulares, ni tampoco se debe tolerar que las noticias que se difundan no sean veraces, no en el sentido de que las mismas coincidan exactamente con las acontecidas, sino en el de que se haya desplegado por quien las publica la diligencia necesaria para cerciorarse de que lo que se divulga no es un simple rumor⁴⁷. Sin embargo, en los supuestos en los que están implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de sobreprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público. Y, así, el TC ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal parece imponer un límite infranqueable tanto a la

⁴⁷ SSTC números 54/2004, de 15 de abril [ECLI:ES:TC:2004:54] y 61/2004, de 19 de abril [ECLI:ES:TC:2004:61].

libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de los menores⁴⁸. Ese es el auténtico reto actual en la protección de los menores de edad que se ven sometidos a un proceso penal.

III. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL

A lo largo de los últimos años hemos asistido a prácticas informativas de dudosa licitud existiendo un acuerdo básico en doctrina y jurisprudencia sobre qué conductas de los medios de comunicación son abusivas al informar de la justicia. No obstante, dichas prácticas no han tenido un reproche jurídico expreso y concreto. Nuestro TC ha tenido ocasión de pronunciarse al hilo de la presencia de las cámaras en las salas de audiencias⁴⁹, los juicios paralelos⁵⁰ y el secreto de sumario⁵¹, pero no así de forma expresa en cuanto a la efectividad de la protección del menor de edad infractor frente a los medios de comunicación⁵².

Aun cuando a lo largo de la vigencia de la LORPM los supuestos de acciones delictivas graves cometidos por menores apenas han sido casos aislados⁵³, y podríamos decir que excepcionales, aun cuando los medios de comunicación transmitan a la sociedad una distorsionada imagen en cuanto a la habitualidad de dicho tipo de conductas, el tratamiento informativo de los mismos plantea serias dudas. Más aún, si atendemos a la normativa internacional que nuestro Estado ha ratificado y a los fines que persigue nuestro sistema de justicia penal de menores. Son muchas las cuestiones que de dicho tratamiento se pueden plantear, sobre las que cabe reflexionar

⁴⁸ STC número 134/1999 de 15 de julio [ECLI:ES:TC:1999:134]. Y en PAÑOS PEREZ, A. (2012). “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”. En *Actualidad Civil*, N°8, Quincena del 16 al 30 de abril de 2012, Tomo 1. *La Ley*, p.23 y ss.

⁴⁹ Vid. SSTC 56/2004, de 19 de abril [ECLI:ES:TC:2004:56] y 57/2004, de 19 de abril [ECLI:ES:TC:2004:57].

⁵⁰ Vid. SSTC 121/2021, de 2 de junio [ECLI:ES:TC:2021:121] y 69/2001, de 17 de marzo [ECLI:ES:TC:2001:69]; SSTS 1179/2001, de 20 de julio [ECLI:ES:TS:2001:6461] y 672/2021, de 9 de septiembre [ECLI:ES:TS:2021:3285].

⁵¹ Vid. STC 13/1985, de 31 de enero [ECLI:ES:TC:1985:13].

⁵² En este sentido, FERNÁNDEZ ARRIBAS, J. (2009) “Menores y medios de comunicación”. En: *Estudios Jurídicos*, Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos.

⁵³ Los casos más célebres en estos años fueron el de José Rabadán (el asesino de la catana), las niñas de San Fernando, el caso de Sandra Palo y el de Marta Del Castillo.

en profundidad y alcanzar alguna conclusión en el ámbito jurídico en el que nos encontramos. En este sentido, podríamos destacar las siguientes:

1ª. En todos los casos de acciones delictivas graves, sea de forma directa o indirecta, se ha terminado desvelando la identidad del menor delincuente. Si atendemos a los fines que persigue la legislación penal de menores, dicha identidad debería preservarse cuidadosamente a lo largo del proceso, sin que ello suponga privar a la víctima del derecho⁵⁴ que pueda tener a conocer la identidad de quien fue su agresor. Sin embargo, si examinamos los casos más relevantes podemos comprobar cómo han sido las propias víctimas y perjudicados por el delito cometido quienes posteriormente a su enjuiciamiento se han afanado en desvelar la identidad y las circunstancias del menor, pretendiendo con ello reparar el daño causado y mostrar su disconformidad con el tratamiento penal dispensado a los menores infractores. Basta recordar, por ejemplo, el seguimiento que la familia de Sandra Palo ha venido realizando a uno de los autores del crimen, “el Rafita”, tratando de difundir su imagen de forma constante y todos los hechos delictivos que pudiera haber ido cometiendo, como único medio de resarcir la insatisfacción del reproche penal recaído sobre los autores menores de edad. Con ello, asistimos a una nueva y constante revictimización de las víctimas, y un ataque directo e intenso a la intimidad del menor que se encuentra inserto en un proceso reeducativo, pudiendo afectar a los fines educativos de las medidas impuestas. El debate público se abre y se centra en casos como éste, en la disconformidad de la sociedad con la respuesta penal, obviando la condición de menor de edad del autor y la finalidad reeducativa y de reinserción del sistema, pretendiendo apartar y soslayar tales previsiones a favor de un concepto meramente retributivo por los hechos realizados. En todo caso, dado el corto espacio de tiempo en el que interviene la jurisdicción de menores —de 14 a 18 años— y el acceso a la mayoría de edad del menor, con lo que tal hecho conlleva en cuanto a autonomía personal y

⁵⁴ Resulta destacable que hoy por hoy el Estatuto de la víctima en el proceso penal regulado en la Ley 4/2015, de 27 de abril —cuyo antecedente remoto es la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 (DOCE, 22 de marzo de 2001)— no configura un derecho de la víctima a conocer la identidad y circunstancias de su agresor. Lo más es que los artículos 4 a 10 contemplan los derechos básicos de la víctima, entre los que se encuentra el derecho a recibir información, pero dicha información que se califica como pertinente para la protección de sus intereses, contempla unos mínimos entre los que no se recoge la identidad del acusado o agresor. Ciertamente pudiera incluirse en el desarrollo del proceso penal relativo al inculcado, pero no se configura expresamente el conocimiento de dicha identidad y circunstancias como derecho de la víctima. En todo caso, y sin duda alguna, la víctima tendrá conocimiento de circunstancias sobre la identidad de su agresor, sea por la denuncia inicial, por el desarrollo del proceso, la celebración del juicio o el dictado de la sentencia.

rebaja del nivel de protección de determinados derechos, en ese momento la preservación de su identidad y circunstancias familiares no ostentaría un fin de protección tan reforzado y específico como durante su etapa de minoría de edad.

No obstante, este tipo de actuación solo conllevaría una sanción económica en el caso de que se realice por un medio de comunicación y se tramite el correspondiente procedimiento administrativo-sancionador⁵⁵.

2ª. Los medios de comunicación buscan y persiguen la descripción detallada del “*modus operandi*” empleado, poniendo un desmedido énfasis en su descripción y en informar sobre todos y cada uno de los elementos que constituyen el mismo, aun cuando éste sea especialmente delicado por la crueldad empleada. En ocasiones incluso, gracias a las nuevas tecnologías, al uso generalizado de móviles que permiten la captación y grabación de imágenes, su difusión en internet y en las plataformas existentes para colgar vídeos y fotografías en la red⁵⁶, con posibilidad de llegar en un breve espacio de tiempo a todo el mundo, los hechos delictivos son reproducidos de forma constante y reiterada en los medios de comunicación. Abren telediarios y programas informativos, centran debates y tertulias de todo tipo, y son reiteradas hasta la saciedad en programas de sucesos, amarillistas, siendo rescatadas y reproducidas en los medios continuamente cuando vuelven a producirse hechos similares. Es más, en ocasiones sirven de ejemplo a imitar o reiterar por otros menores, pues si ya puede ocurrir en el adulto, la personalidad del menor es más frágil a esa atracción de imitación, de conductas a las que se percibe que se les da un eco mediático y una popularidad realmente relevante, distorsionando sobremanera su propia antijuridicidad.

3ª. La retransmisión del juicio por referencias de los intervinientes y de forma paralela a la celebración del juicio oral, donde los medios de comuni-

⁵⁵ Que según remite el artículo 154 de la Ley 13/2022 se regirá por lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y su desarrollo reglamentario, y por los principios establecidos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sin perjuicio de lo establecido en este título. El plazo máximo de duración del procedimiento será de un año, y el plazo de alegaciones previsto en el artículo 76 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, tendrá una duración no inferior a un mes.

⁵⁶ De especial interés en esta materia resulta el artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, dedicado a la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, que al limitar la responsabilidad debilita las posibilidades de protección del menor ante hechos que utilicen estas vías. Vid. sobre este punto BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016) “La protección jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad”. En: *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, no 5, págs. 17 y ss.

cación realizan un desmesurado esfuerzo de cobertura para dar contenido a sus informativos y programas con todos los detalles del juicio oral, detalles que son recabados fuera de la audiencia y con los que persiguen y obtienen altas cuotas de audiencia.

La retransmisión de las sesiones de un juicio, sobre todo cuando de lo que se trata es de enjuiciamiento de hechos que por su notoriedad o por sus características de producción, comportan un alto grado de expectación social, constituye un factor decisivo para hacer del acto procesal un *espectáculo mediático*. Frecuentemente se manifiesta que los medios de comunicación refuerzan la apariencia de verdad en detrimento de la verdad, y la seducción en detrimento de la argumentación. Dicho fenómeno constituye un factor no desdeñable de presión, de alteración de *las condiciones atmosféricas* ideales en las que se debe desarrollar un proceso⁵⁷. Nuestro TC en su sentencia 57/2004, precisa con claridad los riesgos que, sobre el desarrollo del proceso conforme a todas las garantías reclamadas por la Constitución, pueden derivarse de la grabación y emisión de cámaras de las sesiones del juicio oral. El TC califica los efectos indeseables de *intimidatorios* (sic) sobre los procesados, sus defensores y los testigos. También destaca que, en algunas circunstancias, la impresión de la realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado “*juicios paralelos*”, frente a los que la Constitución brinda un cierto grado de protección en la medida que pueden interferir el curso del proceso (ATC 165/1991, de 3 de junio⁵⁸; SSTC 136/99, de 20 de julio⁵⁹, y 66/2001, de 17 de marzo⁶⁰). Las consideraciones del TC patentizan con extremada claridad los intereses en juego: el desarrollo del proceso en condiciones que garanticen, junto a la regularidad en la producción de los medios probatorios, la imparcialidad del tribunal, o al menos la imagen de ésta, que constituye no sólo una garantía

⁵⁷ Como de manera particularmente gráfica puso de relieve el Juez Clark, de la Corte Suprema de los Estados de Unidos, en la sentencia *Estes v. Texas* (hito jurisprudencial en esta materia siempre compleja de las relaciones entre intervención mediática y desarrollo del proceso penal), “*el acusado que se juega su vida (valga su traslado simbólico a nuestra realidad) en un juicio tiene derecho que la cuestión se decida en un tribunal, no en un estadio ni en una ciudad o a lo largo del país*”, afirmando, como ratio esencial de la decisión por la que se anulaba el juicio por lesión de la decimocuarta enmienda que garantiza la cláusula del proceso debido (*due process*), que el seguimiento televisado de las sesiones del juicio había tenido un efecto excesivamente configurador del proceso, generando prejuicios sociales contra el acusado que se habían proyectado entre los miembros del jurado.

⁵⁸ [ECLI:ES:TC:1991:165A]

⁵⁹ [ECLI:ES:TC:1999:136]

⁶⁰ [ECLI:ES:TC:2001:66]

primaria del proceso justo del que son titulares las partes, en especial la persona acusada, sino el fundamento de la confianza de los ciudadanos en sus jueces⁶¹. De esta forma, debe valorarse en el proceso de adultos la pertinencia o no de la difusión del juicio oral⁶², resultando especialmente interesante la opción que los distintos Tribunales vienen haciendo por una señal única institucional que se suministra a todos los medios que están interesados en la misma, dado que con ello se evita que el juicio se distorsione y se centre en cuestiones accidentales o se trate de influir a través de la propia realización audiovisual del acto.

En el caso de los menores infractores la retransmisión en directo o diferido de la audiencia de enjuiciamiento resulta impensable, atendiendo a los principios que rigen en la jurisdicción, pero el proceso no se ve libre del juicio mediático paralelo, con numerosos periodistas acreditados, numerosas unidades móviles alrededor del Tribunal, con conexiones en directo constantes, y con entrada en toda la parrilla de programas de testimonios de personas que directa o indirectamente tienen participación en el proceso —sea como perjudicados, víctimas, familiares de las víctimas o acusados, letrados de las partes y público. Se reconstruye así sin pudor no sólo el mismo hecho justiciable sino la responsabilidad de las personas sometidas al proceso, presentándolas a la sociedad anticipadamente como culpables y desconociendo, en muchas ocasiones, el sufrimiento de las partes. En alguno casos, como por ejemplo en el enjuiciamiento del menor de edad

⁶¹ Así lo señala HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2011), “El juicio oral como espacio de confrontación dialéctica” en BACH FABREGO, R. (dir), *84 Cuestiones sobre la dirección y publicidad del juicio oral. Cuadernos Digitales de Formación*, 2011-13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

⁶² En este sentido resulta interesante destacar la regulación que realiza la legislación californiana, que en la regla 980 del Procedimiento Criminal del Estado establece 17 criterios que el juez debe tomar en cuenta para autorizar la capacitación de imágenes. Así, el juez deberá ponderar para autorizar la grabación de la audiencia pública: 1. La necesidad de mantener la confianza y el crédito público en el sistema de justicia penal; 2. La importancia de promover el acceso del público al sistema judicial; 3. Tomar en cuenta el derecho a la confidencialidad y la privacidad de las partes; 4. La naturaleza del caso; 5. El derecho a la privacidad de todos los participantes (víctimas, testigos, jurados, abogados, fiscales); 6. Los efectos sobre los menores; 7. Los efectos que pueden derivarse sobre el derecho de las partes a la elección de un jurado adecuado; 8. Los efectos sobre dudas o lagunas probatorias no resueltas; 9. Los efectos sobre decisiones procesales posteriores; 10. Los efectos de la cobertura sobre la disposición de los testigos a cooperar o sobre su sentimiento de seguridad; 11. Los efectos sobre el resto de los testigos que todavía no han declarado; 12. El alcance de la cobertura sobre las condiciones de atención y concentración de los jurados; 13. La seguridad y dignidad del Tribunal; 14. El riesgo de interferencia con el funcionamiento de otras salas; 15. El mantenimiento del orden de la Sala; 16. Las posibilidades técnicas y físicas de la Sala; y 17. Cualquier otro factor que el juez estime relevante.

implicado en el llamado caso Marta del Castillo⁶³, el propio Ministerio Fiscal transmitía a la audiencia su versión y posición ante las pruebas que se iban practicando, circunstancia que si atendemos a la posición que éste ocupa en el proceso —por más que el legislador le atribuya el papel de protección del menor— no deja de ser una parte más, introduciendo con ello presiones y serias disfunciones al propio proceso y lo que nos resulta más importante, a la labor de protector del menor infractor que la propia ley le atribuye.

4ª. Por último, el desmesurado seguimiento en el tiempo de la noticia, ya que la atención se centra no sólo en el momento de la comisión del hecho, sino a lo largo de toda la instrucción de la causa, las medidas cautelares acordadas, el enjuiciamiento por parte del Juzgado de Menores, el desarrollo del posible internamiento en el Centro correspondiente, las incidencias en el cumplimiento de la medida —sean modificaciones, infracciones, etc...—, y en el tramo final, las dudas suscitadas en la opinión pública.

De esta forma, la información que se transmite trata de hacer prácticamente imposible, e inviable, la posibilidad de reinserción del menor infractor, ya sea porque no consideren posible la misma por la capacidad excepcional de violencia puesta de manifiesto con los hechos cometidos, sea para mantener la alerta en la sociedad respecto a ese menor, ya convertido o en mayor, o finalmente porque sea la única posibilidad de que las víctimas del hecho se vean resarcidas del daño causado, lo que no evidencia más que una manifestación de la venganza del ofendido. En este sentido es llamativo examinar los medios de comunicación, y específicamente la red de internet para comprobar el rastro que todos y cada uno de los casos de delitos graves cometidos por menores han dejado y dejan, teniendo un pleno conocimiento de todos los hechos y circunstancias acaecidas desde la comisión del hecho hasta la fecha, su imagen, más o menos actual, hasta —por aproximación— su lugar actual de residencia. Tales circunstancias revelan como parece prevalecer la seguridad ciudadana, frente a la posibilidad legalmente reconocida de reinserción y de desarrollo de una vida social libre. Pero hoy por hoy, el rastro en internet de los menores que cometieron delitos graves se perpetúa en la red, en clara contradicción con los instrumentos internacionales y las previsiones legales que rigen en nuestro ordenamiento.

Por último, y en relación con las cuestiones ya destacadas y a la protección integral del menor infractor suscita seria preocupación los plan-

⁶³ Analiza con detalle este caso PAÑOS PÉREZ, A. (2012), “Conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor”. En: *Revista de Derecho*, vol. 25, no 2, págs. 111-130.

teamientos que se realizan de lege ferenda para unificar la investigación y el enjuiciamiento en los casos de delito grave en los que estén implicados mayores y menores, sin que esto suponga una merma de los derechos del menor. Cabe destacar que la previsión actualmente existente en el artículo 16.5 LORPM⁶⁴ se refiere únicamente al Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, a fin de que tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adopte las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en la LORPM. No contempla previsión alguna respecto al enjuiciamiento conjunto⁶⁵ de menor y adulto, enjuiciamiento que no podrá ver merma en las garantías y especialidades de la jurisdicción de menores, y especialmente en el hecho de que el Juez o Tribunal que lo realice debe estar formado por especialista. Esperemos que tal voluntad legislativa vaya acompañada de la decidida voluntad de introducir la especialidad en la segunda instancia, pues nuestro país infringe los instrumentos internacionales ratificados al contemplar la especialidad únicamente en la primera instancia, dándose la paradoja de que la apelación es objeto de Tribunales que no cuentan con la correspondiente especialidad en la materia.

Con todo, la oferta de los medios de comunicación para proteger al menor infractor y dar respuesta a las objeciones que se le realizan en la materia no deja de centrarse en un mero voluntarismo y en la formulación de Códigos Deontológicos que no centran la cuestión más en el campo de los propósitos, sin que la infracción de estos le conlleve perjuicio alguno, sino el beneficio de la audiencia y de los ingresos publicitarios consiguientes.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Examinada la cuestión, la exigencia de una total protección del menor, y específicamente del infractor, que dimana no solo de las previsiones internacionales ratificadas por nuestro Estado y de la legislación aprobada sino de la propia jurisprudencia, concluimos que:

⁶⁴ Precepto respecto del que se solicitó por la acusación particular ejercida por los padres de Marta Del Castillo el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, siendo rechazada por auto de 22 de marzo de 2011 del Juzgado de Menores nº 3 de Sevilla.

⁶⁵ Una reforma así podría ir contra lo dispuesto en el artículo 40.3 CDN, en el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y de la Regla nº 2 de las Reglas de Beijing de 1985.

- 1º. La sociedad de la información en la que vivimos superpone el interés informativo a la protección integral de los menores que puedan verse implicados en hechos graves con trascendencia penal. Debería regularse una expresa prohibición de difundir la imagen y los datos personales de los menores de edad que hayan cometido un delito y, más aún, si se encuentran en un proceso de reeducación social de cumplimiento de la medida impuesta por tales hechos.
- 2º. Los medios de comunicación fomentan el desarrollo de juicios paralelos en los que el conocimiento no es completo en cuanto a los hechos y la información de éstos, apreciándose una escasa y defectuosa formación jurídica en muchas de las personas que trabajan para dichos medios, realizándose dicha valoración por la sociedad, sin que ésta tenga ya conocimientos jurídicos ni legales sino una mínima cultura judicial. Debería de introducirse una mínima formación al respecto desde los más básicos niveles educativos hasta el ámbito profesional.
- 3º. La labor que desarrollan los medios de comunicación en la actualidad afecta de lleno al principio constitucional de presunción de inocencia, presentando al denunciado o acusado como culpable de unos hechos que se reiteran permanentemente durante un importante período temporal y que se dan por probados, por el mero hecho de enunciarlos, sin que quepa prueba de descargo alguna. Es más, incluso el dictado de una posterior sentencia absolutoria no restablecerá el daño causado a la presunción de inocencia, lo que afecta directamente a su derecho de defensa. Debería desarrollarse un específico texto normativo para garantizar y proteger la presunción de inocencia, al estilo de otros países de nuestro entorno.
- 4º. El desarrollo de las nuevas plataformas de comunicación, a través de su difusión por internet, perpetúa en el tiempo los ataques que se realizan a la identidad y circunstancias de la persona, sea adulta o menor, y a su presunción de inocencia. El derecho al olvido en estos ámbitos debería ser una premisa fundamental.
- 5º. La posibilidad de respuesta ante tales ataques y vulneraciones a los menores infractores resulta mínima, quedando en el ámbito administrativo y atribuyéndose al Ministerio Fiscal, quien reúne también la condición de instructor y acusador de dicho menor infractor, y se rige por principios de oportunidad, como anteriormente señalábamos. Habría que explorar otras figuras que protegieran y defendieran al

menor, desarrollando la figura del defensor legal del menor de edad, como funcionario público expresa y únicamente dedicado al desarrollo de dicha protección.

Por todo ello, dada la situación actual, y si queremos hacer realidad los principios que declaramos y los convenios internacionales que ratificamos, nuestras recomendaciones al legislador serían las siguientes:

- 1ª. En el ámbito del menor infractor que se ve inmerso en un proceso penal los poderes públicos deben ser totalmente inflexibles en cuanto a las conductas que conduzcan a la identificación pública del menor, sea su identidad o imagen, o a sus circunstancias familiares. Dichas conductas afectan a su derecho de defensa, a su presunción de inocencia y al derecho a la protección de su vida privada.
- 2ª. Deben adoptarse instrumentos más preventivos⁶⁶ y eficaces para evitar la infracción de la protección que reclamamos⁶⁷, sea por el endurecimiento de las sanciones administrativas —tanto económicas como la previsión de la retirada de la oportuna licencia por infracciones graves o reiteradas, que ahora se elude para estos casos— o por la tipificación penal de las conductas más reprochables. No se trata de mermar el derecho a la información o a la libre expresión sino de optar por el interés superior del menor y la protección del proyecto educativo diseñado para su reinserción social y reeducación. No habría que dejar de explorar la posibilidad de regular una expresa prohibición de difundir la imagen y los datos personales de los menores de edad que hayan cometido un delito y, más aún, si se encuentran en un proceso de reeducación social de cumplimiento de la medida impuesta por tales hechos.
- 3ª. Sería conveniente plantear la atribución del papel protector del menor infractor y la legitimación para instar su protección a una institución ajena al Ministerio Fiscal, que desempeña en el proceso penal de menores el papel de instructor y de acusador del propio menor cuya protección pretende amparar. Quizás una solución sería reservar esa posición para el Fiscal de Protección, lo que sería objetable en aque-

⁶⁶ MARISCAL DE GANTE CASTILLO, C. (2014), “Protección de la intimidad de los menores de edad”. En: *Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid.

⁶⁷ En especial, los profesionales y los medios de comunicación deberían asumir sin reservas este principio, sensibilizándose acerca de la necesidad del estricto cumplimiento del código deontológico, y de la existencia de unos límites que, en ningún caso de deben traspasar en el tratamiento informativo de las noticias que afecten a menores de edad, y en especial a los que son investigados o acusados en un procedimiento pena y a los que hayan sido condenados.

llas Fiscalías que tienen atribuidas las funciones de protección a las Secciones de Menores infractores. Otra opción sería la creación de la figura del defensor del menor, con competencia para ejercitar en interés de éste todos sus derechos.

- 4ª. Debe definirse claramente la responsabilidad de las entidades prestadoras de servicios por la difusión por internet de los ataques que se realizan a la identidad y circunstancias de la persona, sea adulta o menor, y a su presunción de inocencia. Las consecuencias ante estas conductas deben ser más claras, precisas y contundentes, y encontrarse reguladas en nuestro ordenamiento jurídico.
- 5ª. Es necesario que el legislador se decida a dotar de efectiva regulación⁶⁸ y protección la previsión constitucional de la presunción de inocencia, tan afectada por la labor informativa de algunos medios⁶⁹.
- 6ª. Por último, consideramos que por la alta relevancia constitucional que comporta el régimen de publicidad externa del proceso penal mediante la intervención de medios de comunicación, la intervención legislativa en esta materia se torna ya indispensable en nuestro Derecho. Como sociedad democrática madura es un ámbito en el que el legislador debe legislar límites y barreras claras que ponderen suficientemente los derechos en juego.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AZURMENDI, A. (2008) La información sobre menores delincuentes y sus procesos judiciales. En: EGÚZQUIZA, I. y VIDAL, V., *La información judicial*. Valencia, Coso.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2016) “La protección jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad”. En: *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 5.
- BOUZA, F. (2007) “La influencia de los medios en la formación de la opinión pública: los procesos jurídicos y los juicios paralelos”. En Consejo General del Poder Judicial, *Justicia y medios de comunicación*. Madrid.

⁶⁸ Como ejemplo cercano tenemos la Ley francesa nº 2000-516, de 15 de junio de 2000, destinada a reforzar la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas.

⁶⁹ Ejemplo ilustrativo de tal daño fue en nuestro país el caso de Diego Pastrana, que tras el fallecimiento de su hijastra de 3 años en Tenerife el 27 de noviembre de 2009 fue acusado, basándose en la opinión de un médico, por ello. Todos los medios de comunicación se hicieron eco de ello dándolo como autor de la muerte, sin hacer referencia a su condición de presunto autor, terminando por determinarse que falleció por una caída sin responsabilidad de este. Aun cuando los medios rectificaron el daño moral fue irreparable.

- COMPAÑY CATALA, J. M. (2018) “La protección de los derechos del menor. Medios de comunicación, internet y redes sociales, una visión transnacional, especial referencia al estado de la cuestión en el ámbito de la Unión Europea (UE) y su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)”. En: *Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid.
- CONDE ZABALA, M.J. (2001) “El nuevo sistema de justicia penal juvenil en España”. En: GARCÍA MÉNDEZ, E. y OTROS, *Adolescentes y responsabilidad penal*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Ad Hoc, 2001.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, J. (2009) “Menores y medios de comunicación”. En: *Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid.
- FERREIRÓS MARCOS, C. E. (2016) “Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor de edad ante los medios de comunicación. El papel del Ministerio Fiscal”. En: *Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid.
- GISBERT JORDÁ, M. T. (2005) “El fiscal como defensor de los derechos del menor. Especial referencia a los derechos a la intimidad, honor y propia imagen”. En: *Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2011), “El juicio oral como espacio de confrontación dialéctica” en BACH FABREGO, R. (dir), *84 Cuestiones sobre la dirección y publicidad del juicio oral. Cuadernos Digitales de Formación*, 2011-13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- LIS ESTÉVEZ, R. (1993) “El menor, su protección ante los medios de comunicación dentro del ámbito del derecho penal”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° XXXIII.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J. (2007) “Información y justicia. (La dimensión constitucional del principio de publicidad judicial y sus limitaciones)”. En Consejo General del Poder Judicial, *Justicia y medios de comunicación*. Madrid.
- MARISCAL DE GANTE CASTILLO, C. (2014), “Protección de la intimidad de los menores de edad”. En: *Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid.
- NOREÑA SALTÓ, J. R. (2002) “Libertad de información y derecho a la intimidad y propia imagen. Especial referencia a determinados delitos y al proceso de menores”. En: *Estudios Jurídicos*: Ministerio Fiscal n°. IV. Madrid.
- PAÑOS PÉREZ, A. (2012) “Conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor” En: *Revista de Derecho*, vol. 25, no 2.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C. (2019) “Garantías procesales de la intimidad del menor”. En: *Justicia de menores*. Astigi.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000) *El interés del menor*. Editorial Dykinson. Madrid.
- ROSA CORTINA, J.M. (2016) “Honor, intimidad y propia imagen de menores: diez años de la instrucción 2/2006”. En: *Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid.

GÉNESIS, PRINCIPALES LINEAMIENTOS Y ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Genesis, main guidelines and some considerations regarding the Preliminary Draft of the Criminal Procedure Law

JUAN MANUEL ALCOCEBA GIL

Universidad Carlos III de Madrid
jalcoceb@der-pu.uc3m.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. GÉNESIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. 1. La elaboración del primer borrador de Anteproyecto. 2. Tramitación del Anteproyecto. III. PRINCIPALES LINEAMIENTOS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. 1. El Anteproyecto de LECrim como respuesta a una demanda histórica. 2. El Anteproyecto de LECrim como un ejercicio de superación inclusivo e integrador. 3. El Anteproyecto de LECrim como ejercicio de armonización con la UE. 4. El Anteproyecto de LECrim como medio para potenciar la eficiencia de la administración de justicia. 5. El Anteproyecto de LECrim como oportunidad para ampliar regulaciones incompletas e incorporar al ordenamiento nuevas herramientas para la investigación y enjuiciamiento de delitos. 6. El Anteproyecto de LECrim como refuerzo y ampliación del concepto de garantías procesales. a) El papel central de la víctima en la nueva LECrim. b) Un régimen jurídico específico para las personas con discapacidad. c) Un nuevo enfoque en la relación de los menores con el sistema de enjuiciamiento penal: la protección del menor en el nuevo modelo. IV. CONSIDERACIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La aprobación del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal el 24 de noviembre del 2020 supuso un hito en el camino emprendido hace más de una década hacia la reforma integral de nuestro proceso penal. Este texto articulado es la propuesta que más ha avanzado en su tramitación pre legislativa de las tres que se han elaborado hasta la fecha. A nivel técnico, los lineamientos generales de la norma, heredera de sus predecesoras, emanan de la Constitución, son compartidos por la práctica totalidad de los países de nuestro entorno y resultan coherentes con el proceso de armonización de nuestro ordenamiento jurídico y el Derecho de la Unión Europea. Por otro lado, desde el punto de vista político, la experiencia cosechada evidencia que la transformación integral del sistema procesal penal no es, ni por asomo, un ejercicio meramente técnico. Queda clara la necesidad de generar

consensos entre todos los colectivos afectados por la reforma desde su propia génesis, lo que dificulta, pero no imposibilita, la aspiración de renovar el modelo, a la par que supone una exigencia lógica en términos democráticos.

Palabras clave: Anteproyecto, LECrim, proceso penal, tramitación parlamentaria, lineamientos generales, garantías procesales, fiscal investigador.

Abstract: The approval of the Preliminary Draft of the Criminal Procedure Law on November 24, 2020 was a milestone in the path undertaken more than a decade ago towards the integral reform of our criminal procedure. This articulated text is the proposal that has made the most progress in its pre-legislative processing. At a technical level, the general guidelines of the regulation, heir to its predecessors, emanate from the Constitution. These are shared by practically all the countries of our environment and are coherent with the process of harmonization of our legal system and the European Union Law. On the other hand, from the political point of view, the experience gained shows that the comprehensive transformation of the criminal procedure system is not, by any means, a merely technical exercise. It is clear that there is a need to generate consensus among all the groups affected by the reform from its very genesis, which makes it difficult, but not impossible, to renew the model, as well as being a logical requirement in democratic terms.

Key words: Draft bill, LECrim, criminal process, parliamentary procedure, general guidelines, procedural guarantees, investigative prosecutor.

I. INTRODUCCIÓN

El 24 de noviembre de 2020 el Consejo de Ministros aprobó en primera vuelta un nuevo Anteproyecto de Enjuiciamiento Criminal. Dando impulso a este texto normativo, el Gobierno afronta una de las grandes tareas pendientes de nuestro sistema jurídico y constitucional: la modernización del modelo de justicia penal vigente desde 1882. Sin embargo, esta tarea resulta, aun a día de hoy, un ejercicio altamente complejo, no solo desde una perspectiva técnico-procesal, sino también y, sobre todo, en relación con su dimensión jurídico-política.

De hecho, una de las principales lecciones que pueden extraerse de la experiencia cosechada hasta la fecha, es que las complejidades políticas intrínsecas a la aprobación de la reforma son un factor que debe ser tenido en cuenta desde el mismo inicio de los trabajos. Y, no solo en relación con el proceso de redacción del borrador de texto articulado, sino también y, sobre todo, con las posibles dificultades que puedan surgir a lo largo de su posterior tramitación.

La existencia de múltiples sensibilidades e intereses políticos en torno a una reforma de estas características es una realidad conectada, pero distinta, a las diversas reacciones u objeciones técnicas que pueda hacerse a la

propuesta normativa elaborada por el Ministerio de Justicia¹. Como tal debe entenderse y atenderse. Los operadores jurídicos, la academia, las fuerzas de seguridad, los grupos parlamentarios, los partidos políticos, el tejido civil asociativo, las ONGs, las organizaciones sindicales o las entidades empresariales son solo algunos de los colectivos concernidos por el nuevo diseño del sistema punitivo. Conseguir cierto equilibrio entre sus expectativas e intereses se revela un requisito tan complicado como inexcusable en el camino hacia la renovación de nuestro proceso penal. El consenso como condicionante de la viabilidad de toda propuesta que pretenda sustituir la norma procesal de 1882 dificulta, pero no imposibilita, la aspiración de renovar el modelo, a la par que supone una exigencia lógica en términos democráticos.

Al fin y al cabo, el proceso penal es una institución de vital importancia en la configuración del modelo jurídico y político de Estado. No en vano, representa el principal campo de tensión entre la seguridad y los derechos fundamentales de los ciudadanos². En el marco de una causa penal los derechos fundamentales de aquel contra el que se dirigen las actuaciones pueden verse seriamente limitados, llegándose a poner en riesgo el bien superior que representa su libertad, tanto durante el propio proceso, como en un momento posterior si es condenado. Estas medidas suponen la mayor restricción que un Estado puede ejercer sobre la esfera jurídica individual de toda persona.

Desde el surgimiento de un Derecho Penal netamente público y totalmente autónomo del *Corpus Iuris Civilis*³, la concepción originaria del proceso penal acusatorio puro —asociado a la Grecia clásica⁴ y a Roma en tiempos de la república⁵— quedará obsoleta. La comisión del delito pasará

¹ Buena muestra de la pluralidad de reacciones que despierta la norma da la obra: JIMENEZ CONDE, F. (Dir.); FUENTES SORIANO, O (Coord.): *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2022.

² Sobre la tensión subyacente a todo modelo de intervención penal entre el bien jurídico libertad y la seguridad pública, véase el prólogo de MORENO CATENA, V. *El Estado de Derecho a Prueba: Seguridad, Libertad y Terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017.

³ Sobre la justicia penal privada de ayer y hoy: SOYER, J. C., *Droit pénale et procedure pénale*, L.G.D.J, Paris, 18^a édition, 2004, pág. 23.

⁴ En el cual existía una casi total asimilación entre el Derecho penal y el Derecho civil, dado que la *compositio* ocupaba el lugar de la pena y constituía un derecho subjetivo atribuido al particular. ARMENTA DEU, T. *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons. 2012, pág. 22.

⁵ Como se deduce de la mención de Tácito en el capítulo 21 de su obra *Germania*, donde a cerca de «la *compositio*» desarrolla el concepto de multa en calidad de pena o indemnización. AMBOS, K. “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual

a comprenderse como un hecho que afecta tanto a la víctima como a la colectividad. El Estado, en tanto representación de esa colectividad, será llamado a cumplir una función principal en la persecución y castigo de la delincuencia. Y, la forma en que este articule o aplique la regulación penal, comenzará a considerarse una manifestación de la política de gobierno en el más estricto sentido del término. Concretamente, recibirá el nombre de “política criminal”⁶.

De ahí la célebre máxima enunciada por Goldschmidt: “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”⁷.

De hecho, en el marco del Estado de Derecho se atribuye en exclusiva al sistema de justicia penal la administración y gestión del medio a través del cual imponer la sanción que corresponda al responsable del delito. Solo mediante el proceso penal pueden imponerse los castigos más severos a quienes infringen las normas de convivencia más básicas. Se trata, en palabras de Gomez Orbaneja, del *principio de la necesidad del proceso penal*, basado en aplicación directa del adagio latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. De este modo, el denominado *principio de la necesidad*, establece el monopolio de la jurisdicción penal por parte del Estado y también la *instrumentalidad* del proceso penal, situándolo como la principal herramienta para la articulación de la política criminal de un Estado⁸.

Si, tal y como ha señalado la más autorizada doctrina, “la misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad”⁹, la del proceso es permitir que la imposición de la pena se realice de forma justa. Porque, para hacer efectiva la norma penal no solo es necesario que efectivamente se haya producido la infracción, sino que también debe articularse proceso penal previo. De ahí que esta institución haya sido descrita por numerosos autores como un auténtico sistema de garantías frente al

desde la perspectiva histórica”. en, BACHMAIER WINTER, L (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pág. 50 y ss.

⁶ Vid. BORJA JIMENEZ, E. “Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”. *ADPCP*. Vol LVI. 2003.

⁷ GOLDSCHMIDT, J. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Barcelona: Bosch. 1947. Tomo I, págs. 27 y ss.

⁹ JESCHECK, H. *Tratado de Derecho penal. Parte General* (5ª ed). Granada: Comares, 2003, pág. 4.

ejercicio de la facultad punitiva de los poderes públicos¹⁰. Es decir, como el principal elemento legitimador del recurso al *ius puniendi* por parte del Estado.

Por lo tanto, no debe extrañar a nadie que la tramitación y posterior aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal sea una cuestión tan jurídica como política. Renovar nuestro modelo de investigación y enjuiciamiento penal supone acometer un delicado ejercicio legislativo que debe atender a la mejor represión de las conductas delictivas, sin olvidar la función legitimadora y garantista del proceso y sin incurrir, en definitiva, en el menoscabo del escrupuloso respeto de las libertades individuales.

Es por todo ello que la reforma del proceso penal supone un proyecto de transformación jurídico-política que excede ampliamente la mera reforma normativa. Un proyecto que requiere de una exhaustiva elaboración técnica y de profunda sensibilidad política a partes iguales. Y, que resulta tan necesario como difícil de culminar¹¹.

II. GÉNESIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

1. LA ELABORACIÓN DEL PRIMER BORRADOR DE ANTEPROYECTO

A principios de 2020, el Ministerio de Justicia retomó la iniciativa de presentar un proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que, incorporando las principales aportaciones de los textos elaborados en 2011 y 2013, diera lugar a una propuesta integradora y plural. El texto debía ser lo suficientemente abierto como para recabar amplios apoyos y estar en condiciones de aprobarse al final de la legislatura.

Para la redacción de un primer borrador se creó una Comisión de Expertos por Orden Ministerial de 8 de mayo de 2020. Esta comisión, que era directamente dependiente del Gabinete del Ministro, estaba formada por diez miembros: cinco fiscales, tres jueces y dos profesores universitarios. Entre ellos figuraban la Directora de Gabinete del Ministro, la Directora Ge-

¹⁰ Por todos, véase LÓPEZ ORTEGA, JJ. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El Proceso Penal como sistema de Garantías [partes I, II, III y IV]”. *Diario La Ley*, No 8086, 2013.

¹¹ Sobre los retos que supone dar lugar a un nuevo modelo de enjuiciamiento penal puede consultarse: GÓMEZ COLOMER, J.L. 13. “Los retos que debe afrontar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España” en *Práctica penal: cuaderno jurídico*, N°. 99. 2020.

neral para el Servicio Público de Justicia y la Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Paralelamente, se dio lugar una subcomisión técnica integrada por asesores del Gabinete del entonces Ministro, del Secretario de Estado y de la Dirección General para el Servicio Público de Justicia.

En el mes de julio, la Comisión de Expertos finalizó sus sesiones. La subcomisión técnica siguió trabajando en el borrador final y este se entregó al Ministro de Justicia el 15 de septiembre. Acto seguido se constituyó un grupo de trabajo permanente formado por cuatro integrantes de este Ministerio a fin de hacer el seguimiento y adaptaciones necesarias de la norma.

De septiembre a noviembre el texto del Anteproyecto se trasladó a los distintos ministerios concernidos, que formularon diversas observaciones, motivando nuevas modificaciones de su contenido. Al mismo tiempo se elaboró la memoria de análisis de impacto normativo (MAIN) y ambos documentos se sometieron a consulta pública del 13 al 28 de octubre.

El texto resultante fue sometido a la consideración del Consejo de Ministros que lo aprobó como Anteproyecto el 24 de noviembre de 2020.

2. TRAMITACIÓN DEL ANTEPROYECTO

Una vez aprobado como Anteproyecto, se abrió la fase de información pública, que duró del 26 de enero al 1 de marzo de 2021. A través de un correo institucional y otras vías de contacto, se recibieron centenares de propuestas procedentes de entidades, asociaciones y particulares con interés en el proyecto.

El 23 de febrero de 2021, el texto fue remitido al Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial para que, en los plazos establecidos en la ley, emitieran los respectivos informes de carácter preceptivo.

Paralelamente, de enero a abril de 2021, se abrió una ambiciosa ronda de diálogo con colectivos de muy diferente índole afectados por la reforma, a los que se consideró interlocutores privilegiados y se recibió presencialmente en el Ministerio. Entre ellos se convocó a asociaciones de mujeres, de víctimas, de protección a las personas con discapacidad, medioambientales, sindicatos, patronal, etc. Además, se consultó a todas las asociaciones judiciales, fiscales, de letrados de la administración de justicia, Consejo General de la Abogacía, Colegio de Procuradores y el resto de Colegios Profesionales del mundo de la justicia.

Las numerosísimas propuestas realizadas por los colectivos convocados fueron objeto de estudio y análisis por el grupo de trabajo que, tras la ponderación de las mismas, las incorporó al texto del Anteproyecto.

El 15 de julio de 2021 llegó oficialmente al Ministerio el informe del Consejo Fiscal, faltando aun por recibirse el del Consejo General del Poder Judicial, que, a principios de 2023 aun sigue pendiente.

Una vez analizado el informe remitido por la Fiscalía General del Estado y con el fin de acercar posiciones con las instituciones concernidas, se ha optado por integrar en el proceso de revisión y tramitación de la norma a representantes designados por las mismas.

Para ello, se ha optado por la creación de un grupo de trabajo interinstitucional compuesto por miembros de la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y de Interior, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de la Procura y la Academia, nombrados por estas mismas instituciones en representación suya.

Este grupo, que comenzó su actividad el 27 de octubre de 2021 y finalizó sus trabajos en marzo de 2022, tenía como cometido estudiar la forma de incorporar al Anteproyecto las principales aportaciones realizadas por las instituciones que lo integran, así como reflexionar y esbozar las líneas generales de las reformas que deben acompañar a la nueva LECrim de ser aprobada (EOMF, LOPJ, LOTJ, etc).

Actualmente, mientras se aguarda el informe del Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia está integrando las observaciones realizadas por el grupo de trabajo interinstitucional en el texto articulado. El objetivo de esta nueva fase de tramitación en la que se encuentra la norma es revestir el trabajo realizado de un carácter más plural y ponderado, además de fomentar la adhesión de estos colectivos al proyecto.

III. PRINCIPALES LINEAMIENTOS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

1. EL ANTEPROYECTO DE LECRIM COMO RESPUESTA A UNA DEMANDA HISTÓRICA.

La actual Ley de Enjuiciamiento Criminal cuenta ya con 138 años de antigüedad. En 1882, cuando se elaboró y promulgó, este código procesal supuso un auténtico hito para nuestra ciencia jurídica, un gran logro que

permitió superar con considerable éxito la herencia inquisitiva que impregnaba nuestro sistema penal¹².

Sin embargo, el paso del tiempo ha transformado ampliamente la realidad de nuestro país y de la civilización humana en su conjunto. El contexto social e histórico actual no se corresponde con el de finales del siglo XIX. Ni los delitos que se comenten son los mismos que entonces, ni se utilizan medios similares para investigarlos. Al igual que ocurre con los espacios de interacción social, que han cambiado enormemente en las últimas décadas a raíz del surgimiento de internet, hay campos del saber de gran utilidad para la investigación y enjuiciamiento de los delitos, cómo las ciencias médicas o las tecnologías de la información y las comunicaciones, que han nacido o avanzado enormemente desde la promulgación de la actual LECrim. Tanto las nuevas realidades criminógenas, como las posibilidades que la tecnología brinda para su investigación y enjuiciamiento, deben incorporarse de forma integral y coherente a nuestro modelo de justicia penal.

A ello debe sumarse que la sociedad española ha evolucionado en este siglo y medio, desarrollando nuevas sensibilidades e incorporando nuevos valores a su acervo cultural. Así, por ejemplo, la víctima es hoy un elemento fundamental que pasó casi inadvertido en etapas anteriores¹³. Lo mismo ocurre con la necesidad de adaptar nuestra justicia a colectivos especialmente vulnerables como son las personas con discapacidad y los menores.

Decenas de reformas parciales han hecho de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, un cuerpo normativo incoherente y de difícil aplicación en muchos casos. Se trata de una norma que, tras setenta y siete modificaciones, cincuenta y cuatro de ellas posteriores a la aprobación de la Constitu-

¹² Sobre cómo ha afectado el devenir de los siglos al modelo procesal puede consultarse ALVAREZ CORA, E. "La evolución del enjuiciamiento en el siglo xix" en *Anuario de historia del derecho español*, N° 82. 2012.

¹³ Sobre la creciente presencia de la figura de la víctima en las diferentes fases del proceso penal y las reformas operadas en la materia durante las últimas décadas, puede consultarse: DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017; DE HOYOS SANCHO, M. «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/ UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español». *RGDP*. N° 34. 2014; DE HOYOS SANCHO, M. "Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015". *Diario La Ley*. N° 8689. 2016. Y, específicamente sobre el tratamiento que le dispensa el Anteproyecto: JUAN SANCHEZ, J. R. "El estatuto de la víctima y las partes civiles en el Anteproyecto de lecrim de 2020". En JIMENEZ CONDE, F. (Dir.); FUENTES SORIANO, O (Coord.): *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2022.

ción, ha visto sustituida su estructura original por un conjunto de disposiciones fragmentarias, enlazadas unas con otras por razones coyunturales. Tal y como subraya la exposición de motivos del propio Anteproyecto: “hoy, para la tramitación de nuestros procesos penales hemos de aplicar artículos redactados en tres siglos diferentes”.

Es por eso que la nueva LECrim viene a responder a una demanda histórica en nuestro país. El sistema procesal penal español está regulado por una norma centenaria que por virtuosa que pueda ser, no se compadece de todas las transformaciones sociales, políticas y científicas acaecidas desde su promulgación y que, por ello, debe ser adaptado a la realidad vigente, donde principios como la igualdad de género, la no discriminación o la protección de las personas más vulnerables han pasado a ser rectores de nuestra sociedad democrática.

2. EL ANTEPROYECTO DE LECRIM COMO UN EJERCICIO DE SUPERACIÓN INCLUSIVO E INTEGRADOR

La necesidad de actualizar nuestro sistema de enjuiciamiento penal viene de atrás, sin embargo, se ha hecho aún más visible con la entrada del presente siglo. En el año 2001 el “Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia” estableció expresamente como objetivo básico y urgente la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁴.

Se dijo entonces que se trataba de una actuación imprescindible para culminar el proceso de modernización de nuestras leyes procesales y desde ese momento gobiernos de diferente signo han tratado de alcanzar este objetivo¹⁵.

¹⁴ Concretamente, el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito por el Partido Popular y el Partido Socialista el 28 de mayo de 2001 recoge un claro mandato al respecto en su apartado 17 al establecer que “se elaborará una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recoja la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que culmine el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales”. Para, a continuación, enunciar los principales aspectos que esta nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá abordar, de entre los que destacan: la 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; la modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular y la acusación particular; la defensa de las víctimas del delito; la reforma de la prisión provisional de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; la delimitación y régimen jurídico aplicable al sujeto pasivo del proceso; la doble instancia; la regulación de los nuevos métodos de investigación; la adaptación de la regulación de los medios de prueba científicos y tecnológicos y los derechos del detenido.

¹⁵ Prueba de ello son el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 y el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

Hasta ahora no ha sido posible dar cumplimiento a este mandato, lo que nos distancia de los países de nuestro entorno, que cuentan con regulaciones mucho más actuales desde hace ya décadas¹⁶. Sin embargo, no ha faltado voluntad política a la hora de acometer la tarea, existiendo dos textos completos anteriores al nuevo Anteproyecto elaborados con vocación de remplazar la actual ley procesal penal.

En este sentido, puede decirse que el tiempo transcurrido desde que se planteara claramente la necesidad de afrontar una transformación integral del modelo procesal penal no ha sido en vano. De hecho, el nuevo Anteproyecto parte del importante esfuerzo colectivo realizado con anterioridad para la consecución de un nuevo y mejorado sistema de enjuiciamiento.

Basta cotejar la estructura y características del texto de 2020 para comprobar que, lejos de desconocer los trabajos realizados en 2011 y 2013, este se encuentra basado en las anteriores propuestas a la hora de definir los lineamientos generales del modelo, tomándolas como punto de partida y recogiendo e integrando tanto el espíritu como propuestas concretas contenidas en los textos precedentes.

Es decir, que tanto el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 como la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 constituyen referentes primordiales del nuevo Anteproyecto, pues son textos que recogen décadas de trabajo conjunto dirigido a la consecución de un objetivo común: alcanzar, a través de la actualización de nuestra regulación procesal, una justicia penal moderna, ágil y eficiente.

Junto con el Anteproyecto de 2011 y el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, figuran también como referencias indispensables las reformas operadas en la actual LECrim por la Ley Orgánica 13/2015 en materia tecnológica y la ley 41/2015 en relación con las garantías procesales.

Estas reformas parciales reconocieron abiertamente su carácter transitorio y afirmaron su voluntad de servir de vanguardia a un “cambio radical del sistema de justicia penal”. Un cambio radical que ha sido, en definitiva, un objetivo compartido por los gobiernos precedentes, cualquiera que haya sido su signo político.

¹⁶ Tómense en consideración las grandes reformas procesales acaecidas en Francia, Italia o Alemania durante finales del siglo pasado y principios de este analizadas en GASCÓN INCHAUSTI, F. “Los procesos penales en Europa: Líneas de evolución y tendencias de reforma”. *Revista Forense*, Vol. 412, nov-dic. 2010.

3. EL ANTEPROYECTO DE LECRIM COMO EJERCICIO DE ARMONIZACIÓN CON LA UE

La necesidad de un cambio profundo en la configuración del modelo de proceso penal no solo viene impuesta por exigencias de orden interno y por la voluntad compartida de mejorar nuestro sistema de administración de justicia.

Avanzar en la construcción de este nuevo paradigma es imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España y para alcanzar la buscada armonización de nuestro ordenamiento jurídico con el Derecho Europeo.

La aprobación del *Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea* y la posterior *Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, constituyen el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español¹⁷.

Esta institución, de gran importancia para la convergencia jurídica y económica, parte de la figura del fiscal investigador por lo que resulta incompatible con nuestro sistema de justicia penal. Su inclusión en nuestro ordenamiento constituye un claro tránsito hacia el paradigma diseñado por el nuevo Anteproyecto.

A la Fiscalía Europea, como órgano con personalidad jurídica propia, se le atribuyen, según señala el considerando 11 del Reglamento de la Fiscalía Europea, las funciones de “investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión”¹⁸.

Se impone así, para las causas en las que la Fiscalía Europea es competente, el modelo generalmente aceptado en los países de nuestro entorno

¹⁷ Para mayor ahondamiento en los objetivos y contenido del *Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017* y lo que este supone en relación con el ordenamiento jurídico español, véase BACHMAIER WINTER, L. (Coord.). *La Fiscalía Europea*. Madrid: Marcial Pons. 2018.

¹⁸ En relación con la adaptación del Reglamento al ordenamiento español, la Ley Orgánica 9/2021, de 2 de julio, establece en su artículo 4 que: “los Fiscales europeos delegados son competentes en el conjunto del territorio nacional para investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás partícipes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea de conformidad con los artículos 4, 22, 23 y 25 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, con independencia de la concretación jurídica que se otorgue a los mismos.”

y el que, con las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión y del Reglamento de la Fiscalía Europea, puede considerarse ya parte del acervo jurídico característico de la Unión Europea¹⁹.

Pero, en países donde aún conservamos la figura del Juez de Instrucción como responsable de la investigación, la implantación de la Fiscalía Europea ha requerido de una adaptación procesal, que se traduce en la incorporación al ordenamiento jurídico de un nuevo procedimiento especial para el caso de España. Un procedimiento distinto al ordinario y abreviado de instrucción judicial que permita al Fiscal Europeo asumir las funciones de investigación y promoción de la acción penal, al tiempo que una autoridad judicial nacional, configurada con el estatus de auténtico tercero imparcial, se encargue de velar por la salvaguardia de los derechos fundamentales²⁰.

Puede decirse, en suma, que la incorporación de España a la cooperación reforzada para la implantación de la Fiscalía Europea, como decisión coherente con la firme voluntad de España de permanecer en el corazón político y cultural de Europa, cierra el largo camino hacia un nuevo modelo procesal penal.

En este sentido, la *Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, hoy vigente, constituye, además de un ejercicio de adaptación normativa, un vehículo hacia el nuevo sistema de enjuiciamiento penal. Este texto legal, por tanto, debe ser entendido como paso intermedio y no definitivo en la transición entre modelos, dado el carácter limitado de su ámbito de aplicación y del objeto de regulación de la norma²¹.

¹⁹ Sobre el cambio de modelo que implica la adecuación de nuestro sistema procesal a lo establecido por el Reglamento de la Fiscalía Europea puede consultarse MONTESINOS GARCÍA, A. “La nueva fiscalía antifraude europea”. *Revista General de Derecho Europeo*. N.º. 46. 2018.

²⁰ Dicho procedimiento se encuentra regulado en los artículos 17 a 113 de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

²¹ Ya que, según se establece en el art. 1 de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, esta será únicamente aplicable a los procedimientos penales por delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión Europea en los que, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, la Fiscalía Europea ejerza de forma efectiva su competencia para investigar, acusar y ejercer la acusación en juicio. Resultando de aplicación lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en particular, lo dispuesto para el procedimiento abreviado, para todo lo no previsto expresamente en dicha norma. Por lo que, desde su promulgación, conviven en el ordenamiento español dos sistemas de investigación penal.

4. EL ANTEPROYECTO DE LECRIM COMO MEDIO PARA POTENCIAR LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Tal y como se declara en la exposición de motivos, con la profunda reforma prevista en el Anteproyecto se pretende, entre otros aspectos, hacer de la actualización del procedimiento penal un medio para incrementar su eficiencia, lo que esencialmente se plantea a través de tres líneas de actuación: i) mediante el nuevo reparto de roles durante la fase de investigación; ii) a partir de la integración del procedimiento en una estructura organizativa más avanzada que la actual, definida por la creación de los tribunales de instancia y la implantación de la nueva oficina judicial; iii) como consecuencia de la transformación digital del sistema y la implantación definitiva del expediente judicial electrónico.

En relación con la primera de estas líneas de actuación, a través del nuevo reparto de roles entre Fiscal Investigador y Juez de Garantías se trata de conseguir una distribución de tareas más racional, eficiente y garantista, que permita un mejor aprovechamiento de los recursos disponibles²².

Así, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se concibe como una respuesta complementaria y alternativa a la creación de nuevos órganos judiciales. Una respuesta basada en la eficiencia económica a la hora de diseñar un modelo más flexible de enjuiciamiento pensado en las características de nuestro tiempo presente²³.

La flexibilidad debe considerarse una exigencia ligada a la realidad social e histórica contemporánea. Para garantizar la funcionalidad del Proceso penal en un contexto altamente cambiante, como es el de la sociedad actual,

²² En este sentido, Lopez Ortega señala como “es una confusión muy extendida identificar la eficacia de un sistema de justicia criminal con el aumento de la intervención penal”. Una confusión que lleva a relegar la función específica de este instrumento como garantía de la libertad, en aras a propiciar una “lucha eficaz” contra la delincuencia. Se trata del conocido binomio eficiencia contra garantías. Sin embargo, señala el autor, “la verdadera cuestión no reside en contraponer las dos lógicas, sino en redefinir lo que se entiende por eficiencia conectándolo con la aptitud para dar satisfacción a los intereses del acusado, sin descuidar la prevención del delito y la reparación de la víctima. Por eso, concluirá, es en el seno de la noción de proceso debido en el que eficiencia y garantías confluirán, “pues solo en el marco de un proceso con todas las garantías se puede asegurar ese ideal de eficiencia”. LÓPEZ ORTEGA, J. J. “Contradicción y defensa. Cinco cuestiones sobre la prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal”. *Estudios de derecho judicial*. Nº. 128, 2007, págs. 123-156.

²³ Sobre las deficiencias que en la práctica presenta el modelo basado en el juez instructor puede consultarse: MORENO CATENA, V. “El mito de la instrucción dirigida por el juez”. En ASCENCIO MELLADO, J. M; ROSELL CORBELLE, A. (Coord.). GIMENO SENDRA, V (hom.). *Derecho probatorio y otros estudios procesales*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna. 2020, págs.1339-1364.

resulta necesario superar las dinámicas y prácticas centenarias que impregnan el funcionamiento de nuestra jurisdicción penal y que se encuentran caracterizadas, en gran medida, por su rigidez²⁴. Con este objeto, el diseño del Anteproyecto se sustenta sobre la posibilidad de conformar equipos de investigación donde fiscales y policía judicial trabajan de forma coordinada y en permanente comunicación, adaptándose a las especificidades de cada causa.

También en busca de la eficiencia que dan mayores cotas de flexibilidad, se apuesta por la creación de los Tribunales de Instancia, distribuidos en secciones. Con esta transformación, por una parte, se busca que la creación de plazas judiciales estructurales no arrastre la inversión propia de la creación de un juzgado, optimizando tanto los recursos personales como los materiales. Por otra, se pretende reducir las diferencias existentes en juzgados similares donde aparecen cargas de trabajo desiguales, diferencias notorias en los tiempos de espera en la resolución de los asuntos o en la tramitación e impulso de los procedimientos entre las oficinas. Adicionalmente, se persigue profundizar en la especialización de los órganos judiciales por materias sin necesidad de modificar el sistema de competencias.

A la creación de los Tribunales de Instancia le acompaña la centralización de la oficina judicial como medio para evitar toda duplicidad documental y dar así un servicio común al juez y al fiscal. Esta oficina pública se concibe como la única sede física del procedimiento, de forma que la residencia única para el expediente judicial facilita la implantación del expediente judicial electrónico, generándose así un menor coste en el futuro despliegue del expediente digital y el acceso electrónico al mismo a través de los correspondientes permisos de acceso.

De esta forma, el Anteproyecto de LECrim entronca con las previsiones recogidas en el *Proyecto 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* sobre la creación de los tribunales de instancia, la culminación de la reforma de la oficina judicial y la implantación de las “oficinas de justicia en el municipio”. Ambas normas comparten objetivos, la flexibilización del sistema y la creación de economías de escala. Y, como no podía ser de otro modo, también comparten el

²⁴ Vid: JUAN SÁNCHEZ, R; ARMENGOT VILAPLANA, A. (coords.). *Justicia penal y sus reformas. Los retos de la eficiencia, la seguridad y las garantías procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2022.

medio: los tribunales de instancia y la nueva oficina judicial electrónica. De hecho, según las estimaciones del Ministerio de Justicia, el impacto positivo de estas mejoras organizativas en los costes del proceso, debería permitir la amortización a corto plazo de la inversión necesaria para llevar a cabo el cambio del modelo²⁵.

Paralelamente a la reforma orgánica y al desarrollo de la nueva Oficina Judicial, la digitalización también se contempla como una de las grandes bazas de cara a potenciar el rendimiento del sistema judicial, razón por la que lleva siendo objetivo prioritario de los planes de modernización de la justicia desde hace décadas. El uso generalizado de las TICs y la superación del formato papel ya se recogía en el previamente citado *Pacto de Estado por la Reforma de la Justicia*, suscrito por los partidos socialista y popular el 28 de mayo de 2001²⁶. Y, aunque se ha producido un considerable avance en la materia desde entonces, actualmente sigue figurando entre los principales objetivos del plan de transformación de la justicia proyectado para el año 2030²⁷. Eso sí, la intensidad y ambición con que se formula este objetivo ha ido progresivamente creciendo. De pretender la mera superación de la cultura analógica, se ha pasado al concepto de justicia íntegramente digital, donde no solo el tratamiento y transmisión de la información se producen a través de medios electrónicos, sino que los procesos automatizados y la Inteligencia Artificial son presentados como parte fundamental de la propia génesis del sistema. Aquello que hoy se denomina “transformación digital” es, aplicado al ámbito de la justicia penal, algo mucho más profundo que un mero cambio de soporte de la información judicial²⁸. La reforma en pro-

²⁵ Sobre este aspecto resulta especialmente interesante la estimación de recursos para la implementación de la nueva LECrim y el ahorro de costes que su entrada en vigor conllevaría recogidos en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal hecha pública en enero de 2021 por el Ministerio de Justicia. Puede consultarse en: <https://www.icagi.net/archivos/archivoszonapublica/noticias/ficheros/210126%20MAIN%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA.pdf>

²⁶ Concretamente, el punto 14 señala: “Se elaborará un Plan Estratégico de las Nuevas Tecnologías que se implantará de manera integral. Este Plan contribuirá a modernizar las técnicas de funcionamiento de las Oficinas Judiciales, agilizar los procedimientos y abaratar los costes en las comunicaciones y notificaciones. La informatización de la Administración de Justicia se llevará a cabo en estrecha colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas.

²⁷ Véase: Ministerio de Justicia. *Justicia 2030. Transformando el ecosistema del Servicio Público de Justicia*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. 2021.

²⁸ El propio Comisario de Justicia de la Unión Europea, Didier Reynder, vincula de forma muy similar a la expresada los conceptos de eficiencia, digitalización y modernización de la justicia cuando, refiriéndose al actual contexto histórico, plantea que “Jueces, magistrados, abogados, fiscales: todas las personas que trabajan en el ámbito de la justicia necesitan estar a la altura de los retos del siglo XXI. Aquí también entra todo el nuevo mundo de la inteligencia artificial, que

fundidad del proceso penal que se lleva a cabo con el Anteproyecto permite acabar con las lógicas imperantes hasta ahora sobre digitalización de la justicia, basadas en la incorporación puntual de las nuevas tecnologías a un modelo de base analógica, en favor de una concepción integral de la justicia de base tecnológica.

La centralidad de la transformación digital queda patente en el contexto de la reforma, influido por la distribución de los fondos *Next-Generation* provenientes de la UE²⁹ y por el contenido de otras reformas legales emprendidas por el ejecutivo durante la presente legislatura³⁰. Ambos extremos permiten aventurar la consecución de una justicia enteramente digital en los próximos años. Una justicia que en cierta medida se definirá, en contraposición al modelo de justicia precedente, por la incorporación de potentes herramientas para el tratamiento automatizado de la información procesal. La investigación y el enjuiciamiento penal son un campo especialmente fértil para aplicar tales planteamientos, tanto por la importancia de las cuestiones tratadas en él, como por el volumen de información que se maneja en las causas criminales.

En resumidas cuentas, el factor tecnológico reviste un carácter estratégico en la reforma de la jurisdicción penal. Y, ello es así, debido a que se encuentra íntimamente asociado al aumento de la eficiencia del sistema de justicia y a la efectividad en la investigación de los delitos. Por eso, el Anteproyecto se compadece del decidido impulso que hoy experimenta la transformación digital del sistema judicial. Lo acompaña y hace parte de esta transformación, que permitirá optimizar los medios disponibles y disminuir los tiempos de tramitación de los procedimientos judiciales, modificando, además, las lógicas de trabajo preexistentes en favor de otras más eficientes, regidas por la automatización y la reducción de costes. La tecnología se plantea así, junto con la redistribución de tareas y cargas de trabajo, como el medio posibilitador de la eficiencia procesal en el ámbito penal.

debemos explorar respetando plenamente los derechos fundamentales. La reciente crisis de la COVID-19 ha sido un claro recordatorio de la necesidad de una rápida digitalización de la justicia". Véase: Comunicado de prensa de la Comisión Europea. *Modernizar los sistemas judiciales de la UE: Nuevo paquete para acelerar la digitalización de los sistemas judiciales e impulsar la formación de los profesionales de la justicia*. Bruselas, 2 de diciembre de 2020.

²⁹ Sobre el firme compromiso de la Comisión Europea con la digitalización de la justicia da cuenta el paquete de medidas adoptado por este órgano a finales de 2020 y 2021.

³⁰ Como principal exponente puede consultarse el: Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades.

5. EL ANTEPROYECTO DE LECRIM COMO OPORTUNIDAD PARA AMPLIAR REGULACIONES INCOMPLETAS E INCORPORAR AL ORDENAMIENTO NUEVAS HERRAMIENTAS PARA LA INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE DELITOS.

El Anteproyecto supone, más allá del cauce para actualizar el sistema de enjuiciamiento penal y las funciones de los operadores al tiempo presente, una oportunidad para avanzar en el desarrollo de instituciones procesales cuya regulación resulta, a día de hoy, incompleta o directamente inexistente.

Así, el nuevo código procesal se presenta, según la propia exposición de motivos, como plataforma idónea para dar un salto cualitativo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico penal al uso de los medios de investigación y prueba más novedosos. Y, en consonancia con ello, incorpora diversas propuestas regulativas sobre algunas de las más avanzadas técnicas de investigación contra el crimen que aún no tenían acomodo en nuestro ordenamiento y que, en algunos casos, todavía no se encuentran recogidas tampoco en ningún otro ordenamiento del mundo.

Buen ejemplo de ello es la pormenorizada regulación que se hace de los medios de investigación basados en el Big Data, como son la búsqueda y obtención de datos a través de fuentes abiertas y la realización de “seguimientos en entornos digitales”, el cruce automatizado o inteligente de datos, o las búsquedas selectivas a partir de perfiles³¹. Esta regulación se plantea como complemento necesario de carácter estrictamente procesal al régimen administrativo previsto en la *Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*, que traspone la *Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016*. Y supone, además, un primer intento en la difícil e ineludible tarea de dar regulación al uso de la inteligencia artificial y otras formas de tratamiento automatizado de datos en el marco del proceso penal³². En la misma línea, por su carácter tecnológico, también son destacables por su novedad, la regulación de la denuncia telemática y la posibilidad de mantener reservada de la identidad del denun-

³¹ Regulación contenida, con carácter general, en los artículos 514 a 520 del Anteproyecto.

³² Sobre lo que en la actualidad supone el uso de la “IA” en la jurisdicción penal, puede consultarse: MUÑOZ RODRÍGUEZ, A. B. “El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. Nº 36. 2020, págs. 695-728.

ciente³³, así como el régimen aplicable a las investigaciones encubiertas realizadas a través de canales cerrados de comunicación³⁴.

Pero, de entre las instituciones abordadas en el Anteproyecto que carecían de regulación previa en nuestro ordenamiento, la que más destaca quizás sea la prueba científica. Parece claro que las ciencias forenses son cada vez más utilizadas por la judicatura como principal vía de acceso al conocimiento de los hechos objeto de enjuiciamiento. Así lo demuestra la creciente aparición en el proceso penal de evidencias obtenidas a través de métodos de investigación de base científico-forense. Los descubrimientos acaecidos en materias como la física, la biología o la neurología están permitiendo a los órganos encargados de la persecución del delito recabar datos relevantes para la causa que con anterioridad resultaban imposibles de conocer ya que, en muchos casos, ni siquiera se sabía de su existencia³⁵. Pero la relevancia de la prueba científica no acaba ahí. Junto con el incremento en su utilización, estamos asistiendo, además, a una intensa valorización del papel de la ciencia en el marco del proceso³⁶. Así, la reflexión judicial de carácter fáctico que alude al juicio histórico de la sentencia, se entiende hoy mejor y más fundamentada cuando se sustenta en la existencia de pruebas científicas que la avalan³⁷. En este contexto, métodos como la identificación

³³ A este respecto se prevé en el artículo 526 del Anteproyecto que la denuncia también podrá remitirse telemáticamente sin necesidad de firma o certificado electrónico cuando se haga a través de los canales oficiales dispuestos al efecto por la autoridad competente para su recepción, así como por cualquier otro medio que incorpore mecanismos para la comprobación fehaciente de la identidad del denunciante. A lo que se añade que “Cuando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo”.

³⁴ Artículos 509 a 513 del Anteproyecto.

³⁵ Vid: SÁNCHEZ RUBIO, A. *La Prueba Científica en la Justicia Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.

³⁶ En este sentido señala Vazquez-Rojas como “es común, aunque quizá cada vez menos, la idea de que aquello que se califica como científico o toda afirmación aplicable al caso hecha en el ámbito científico es particularmente eficaz para determinar con certeza los hechos del caso.” VAZQUEZ-ROJAS, C. “Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial”. *Anuario de Psicología Jurídica*. V. 24. Nº. 1. 2014, pág. 66.

³⁷ En este sentido, Gascón Abellán señala como es un sentir general el hecho de que “la prueba científica, por estar basada en leyes universales o en todo caso en leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, aparece muchas veces rodeada de un área de infalibilidad que proporciona a la decisión probatoria un carácter concluyente o casi concluyente, por lo que no parece necesario buscar estándares adicionales que garanticen su objetividad”. GASCÓN ABE-LLÁN, M. Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN”. *Universidad de Castilla-La Mancha*. 2010, [en línea] [fecha de consulta 18 de octubre de 2022]: <https://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>

por ADN no solo son cada vez más utilizados, sino que además han adquirido el valor de certeza incuestionable, llegándose a equiparar por parte de la jurisprudencia con la documentación de una realidad objetiva. De este modo, la ciencia forense representa en la actualidad la principal fuente de veracidad con la que cuentan los órganos judiciales para la determinación de los hechos. Sin embargo, la legislación vigente no contiene definición alguna que permita identificar qué pruebas merecen el calificativo de científicas y cuáles no. Tampoco en la jurisprudencia española puede encontrarse alusión a los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la científicidad de las pruebas. De hecho, hasta ahora, el legislador ha optado por, a partir de la regulación preexistente en materia de prueba pericial³⁸, ir paulatinamente introduciendo en el ordenamiento los diferentes remiendos legislativos que la situación requería, siempre destinados a dar cobertura normativa, más o menos improvisada, a las nuevas prácticas policiales que los recientes medios de investigación exigen³⁹. Este vacío normativo es compartido por la gran mayoría de países del mundo⁴⁰.

El Anteproyecto pretende acabar con la tendencia descrita y establece, para ello, un régimen singularizado para las pericias que pretenden aportar conocimientos que, por estar basados en métodos dotados de una especial aceptación en el seno de la comunidad científica, aportan al proceso conclusiones de especial valor. Se trata de aquellas pericias a las que se suele aludir, pese a la polémica que suscitan estos términos entre parte de la doctrina, como *informe pericial científico* o, más genéricamente, como *prueba científica*⁴¹.

Para lograr un estándar mínimo de fiabilidad que permita la incorporación al acervo probatorio de este tipo de informe se exige que incluya datos adicionales que no son ordinariamente exigidos a cualquier otra pericia como son la acreditación del perito, la homologación del laboratorio conforme a la normativa de calidad correspondiente, los controles periódicos

³⁸ Medio probatorio regulado en los arts. 456 a 485 Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882

³⁹ Sobre la regulación de la prueba científica como prueba pericial en el contexto internacional puede consultarse: BACHMAIER WINTER, L. "Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de Norteamérica y Alemania". *Jueces para la Democracia*. Nº. 66. 2009, págs. 118-137.

⁴⁰ Sobre la dificultad para apreciar que pruebas merecen el calificativo de científicas y cuales no: ALCOCEBA GIL, J.M. "Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica" en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 4, Nº. 1. 2018.

⁴¹ Sobre el tratamiento que el Anteproyecto de LECrim da a la prueba científica puede consultarse: RAMÍREZ ORTIZ, J.L. "Un cambio de paradigma probatorio: prueba pericial y prueba científica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020" en *Diario La Ley*, Nº 9896. 2021.

a los que se somete el laboratorio y la metodología empleada, el ámbito de conocimiento sobre el que se asientan las teorías, técnicas y metodología utilizadas⁴².

Puesto que el valor de este tipo cualificado de informe depende, justamente, de su especial grado de “cientificidad”, la norma prevé que podrán recabarse, además, dictámenes de instituciones acreditadas de carácter científico o académico que sirvan para decidir, con criterios objetivos adecuados, acerca de su admisibilidad. Dentro de la prueba científica se regula también el dictamen de los laboratorios oficiales homologados, para los que se mantiene la regla de no exigir ratificación en el juicio oral salvo impugnación debidamente fundamentada o decisión judicial de contrario.

Al margen de estas innovaciones, mediante la nueva propuesta normativa también se trata de adecuar o ampliar la regulación de instituciones cuyo actual régimen jurídico resulta deficiente o incompleto. Tal es el caso del análisis genético forense. La nueva regulación pretende abordar de forma unitaria y actualizada la investigación mediante marcadores de ADN, desarrollando, con mayor precisión técnica, todas las fases del proceso y las garantías del mismo, a la par que se ponderan las necesidades de la investigación con el derecho fundamental a la intimidad⁴³.

La genética forense se ha convertido, en las últimas décadas, en una de las técnicas más eficaces para la investigación criminal de hechos graves. El análisis de ADN y el uso de las bases de datos en las que se inscriben los perfiles genéticos han permitido resolver hechos delictivos o afirmar la inocencia de personas identificadas con arreglo a técnicas tradicionales. Por eso, esta técnica requiere de una regulación mucho más detallada y extensa que la actualmente recogida por la LECrim de 1882⁴⁴.

El Anteproyecto pretende responder a esta demanda y contempla los supuestos no regulados hasta la fecha, clarificando además las garantías y requisitos técnicos que deben cumplirse para una correcta utilización de la diligencia⁴⁵.

⁴² Artículos 483 y 484 del Anteproyecto.

⁴³ Sobre el potencial lesivo del análisis genético forense véase: GÓMEZ COLOMER, J. L. *La Prueba de ADN en el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2014.

⁴⁴ Sobre la importancia y singularidades que presenta este medio de investigación y prueba: ALCOCEBA GIL, J. M. *El Análisis Genético Forense en el Proceso Penal Español*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.

⁴⁵ Para un análisis pormenorizado sobre la regulación del ADN en el Anteproyecto puede consultarse ÁLVAREZ BUJÁN, M.V. “El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 y las pruebas de ADN en España” en *Revista práctica de derecho: CEFLegal*, Nº 247-248. 2021.

Al margen del ADN pero también dentro de esta categoría nos encontraríamos también el desarrollo normativo de aspectos tales como el ejercicio del principio de oportunidad, la ejecución de sentencias firmes o el enjuiciamiento en ausencia⁴⁶.

Por último, señalar que, en relación con todas aquellas cuestiones suficientemente reguladas en la actual LECrim, la incorporación a nuestro ordenamiento de las nuevas previsiones se completa con el acogimiento y positivización de los más recientes estándares jurisprudenciales, no solo de nuestro Tribunal Constitucional, sino también de tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un claro ejemplo del ejercicio de incorporación que se realiza a través de la nueva norma, es la forma en que se configura en ella el principio acusatorio en el ámbito de las medidas cautelares, siguiendo la reciente doctrina fijada por las SSTC 29 y 30/2019, mientras que la regulación de la prueba ilícita responde puntualmente a los cánones recientemente definidos por el Tribunal Constitucional en su STC 97/2019, que, cerrando por fin la doctrina constitucional sobre la materia, exige un juicio de ponderación cuyos elementos rectores quedan sintetizados en la regulación del Anteproyecto. Idéntico ejercicio se realiza en relación con la regulación de la detención y la STC 21/2018. El régimen aplicable a la prisión provisional es diseñado, igualmente, siguiendo las directrices constitucionales establecidas por las SSTC 13/2017 y 83/2019 en relación con el derecho a acceder a los elementos que resultan esenciales para su impugnación. Por último, mencionar, también a modo de ejemplo, la inclusión de la suspensión *ope legis* del ejercicio de cargo público en los supuestos de investigaciones por delitos de rebelión y terrorismo, según el criterio recogido en la STC 155/2019, que impone a la autoridad judicial la obligación de realizar, en este tipo de casos, un juicio de ponderación especialmente exigente, que tenga debidamente en cuenta la incidencia que la privación de libertad puede llegar a tener sobre el ejercicio efectivo del cargo.

⁴⁶ Sobre la regulación del principio de oportunidad en el Anteproyecto puede consultarse: MATEROS RODRÍGUEZ-ARIAS, A. "Legalidad y oportunidad en la justicia penal: perspectivas de futuro" en *Anuario de la Facultad de Derecho – Universidad de Extremadura*. 2020. Por su parte, sobre la ejecución puede consultarse: FERNÁNDEZ SOTO, I. "La ejecución en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020" en *Diario La Ley*, N° 9826. 2021; PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N. "El nuevo proceso de ejecución en el anteproyecto de LECrim de 2020. Especial referencia a la ejecución de las penas privativas de libertad" en *Diario La Ley*, N° 9804. 2021 y también PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N. "La ejecución de penas no privativas de libertad, medidas de seguridad y responsabilidad civil en el anteproyecto de LECRIM de 2020: Otras consecuencias de la sentencia: Destino de efectos intervenidos y borrado de datos" en *Diario La Ley*, N° 9813. 2021.

6. EL ANTEPROYECTO COMO REFUERZO Y AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE GARANTÍAS PROCESALES

Por último, debe mencionarse que, en materia de garantías procesales, el Anteproyecto se presenta como la culminación de un ciclo que se inició con la Ilustración y que ha llegado hasta nuestros días a través de la tradición jurídica liberal. Una tradición impulsada por los grandes juristas como Beccaria, Montesquieu o Locke a partir de la cual el proceso ha de ser, ante todo, un sistema de garantías que permita al ciudadano defenderse de cualquier acusación que contra él se realiza, minimizando, al tiempo, el número de personas inocentes condenadas.

En coherencia con tales planteamientos, se recoge por primera vez en nuestra legislación positiva una definición de la presunción de inocencia, que la contempla no sólo como exigencia de una mínima prueba de cargo constitucionalmente obtenida y legalmente practicada sino también como canon de valoración probatoria que exige una convicción más allá de toda duda razonable⁴⁷. Es decir, se recoge expresamente la triple vertiente de esta institución, como regla de tratamiento, como regla probatoria y como regla de juicio⁴⁸. Concretamente, se identifica, como contenido propio de este derecho fundamental: (i) las diversas reglas procesales que condicionan la posibilidad de dictar sentencia condenatoria desde el punto de vista de la doctrina constitucional asentada en la materia, como la suficiencia de la prueba practicada y el estándar general de probabilidad cualificada; (ii) la atribución a la acusación de la carga de la prueba en relación con todos los elementos de la infracción; (iii) la prohibición de valoraciones legales tasadas salvo que se refieran a la fijación de estándares de prueba mínimos —o, lo que es lo mismo, salvo que prohíban que ciertos medios de prueba, que carecen de suficiente fiabilidad objetiva, puedan ser considerados idóneos por sí solos para desvirtuar la presunción de inocencia—; (iv) la obligación de valorar la versión alternativa de la defensa cuando los medios de prueba desplegados por la acusación cumplen los requisitos necesarios

⁴⁷ De hecho, el Anteproyecto dedica el Capítulo III del Título Preliminar de la norma a la presunción de inocencia, estableciendo en sus artículos 7 a 10 no solo una definición del mismo, sino también los efectos que este principio rector habrá de desprender como regla de trato y estándar probatorio, así como una sucinta regulación en clave principia lista del resarcimiento de la privación de libertad cuando esta es seguida de sentencia absolutoria.

⁴⁸ Sobre los puntos a mejorar de esta regulación y su correspondencia con las exigencias contenidas en la Directiva UE 2016/343 sobre presunción de inocencia: HOYOS SANCHO, M. “La presunción de inocencia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020”. *Revista de derecho y proceso penal*. Nº. 63. 2021, págs. 153-186.

para desvirtuar la presunción de inocencia; (v) el deber de absolver cuando, hecha esa valoración, persiste una duda razonable sobre la culpabilidad, y, finalmente, (vi) la obligación de resolver toda duda fáctica del modo más favorable para la persona acusada (o lo que es lo mismo, *in dubio pro reo*).

Además, se incluye un elenco de derechos de la persona investigada con importantes avances en las garantías de la defensa. El investigado detenido podrá entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración policial, garantizándose la confidencialidad de las conversaciones y a la protección del secreto profesional. Se fortalece igualmente el derecho al intérprete. Se amplía y concreta el derecho a conocer los cargos y la acusación, el derecho a acceder a las actuaciones, salvo declaración de secreto, y el derecho de participar activamente en el proceso, lo que incluye la posibilidad de intervenir en todas las diligencias de investigación que se realicen salvo los casos que estén excluidos por disposición expresa de la ley. En relación con el derecho a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo, se definen las consecuencias que puede tener su ejercicio, recogiendo expresamente la prohibición sostener su culpabilidad en base a ello sin perjuicio de que, implique de facto la renuncia a presentar una versión alternativa a la mantenida por la acusación, mas allá de la que sea directamente deducible de las pruebas practicadas o de los propios hechos objeto de debate⁴⁹. Se incluyen también en el estatuto general del sujeto pasivo las reglas relativas a la ausencia y rebeldía del investigado, reforzándose las garantías de notificación y defensa para el enjuiciamiento sin la presencia del acusado⁵⁰.

En la misma línea, se establece un estatuto especial para la persona jurídica investigada, que recoge aspectos tales como la forma de prestación del consentimiento para la entrada y registro en domicilio o las medidas cautelares reales⁵¹. Se prevé, en esencia, un sistema de intervención procesal adaptado a la especial naturaleza de estas entidades. El referido sis-

⁴⁹ Los derechos de la persona encausada que hacen parte de su defensa se regulan en el Capítulo IV del Título Preliminar en los artículos 11 a 17 del Anteproyecto.

⁵⁰ El enjuiciamiento en ausencia viene regulado por el artículo 59 del Anteproyecto, donde se establecen los motivos de excepción en las que resulta posible ese tipo de enjuiciamiento y los diversos elementos que rigen, al efecto, la ponderación judicial que ha de realizarse, que debe salvaguardar, en todo caso, la efectividad del derecho de defensa.

⁵¹ El régimen de la persona jurídica encausada se establece en el capítulo III del Título II del Libro I dedicado a los sujetos del proceso penal, concretamente en los artículos 81 a 86. Se trata de una regulación novedosa por su carácter completo y unitario que se verá además complementada por las previsiones que para cada institución concreta se hacen en relación con las personas jurídicas a lo largo de toda la norma.

tema sigue el principio de humanización que presidio su incorporación al ordenamiento jurídico penal a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y prevé la designación de un representante en el marco de un estatuto propio⁵².

Pero aún más importante que esto es el hecho de que el concepto clásico de garantías procesales se ve ampliado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, para incluir como titulares de tales garantías junto con la persona del encausado como titular de las mismas a figuras como la víctima, las personas con discapacidad o los menores. En la nueva norma, estos colectivos son también objeto de un régimen jurídico específico donde se les atribuyen garantías jurídicas concretas en función de sus características y papel en el proceso⁵³.

a) El papel central de la víctima en la nueva LECrim

El Anteproyecto parte de una concepción amplia de víctima del delito con el fin de situarla en un lugar central del proceso desde su inicio. Ello es así no solo por las posibilidades procesales que se les concede como parte, sino también por la prioridad que se da a sus derechos respecto de otros fines procesales⁵⁴.

Concretamente, se prioriza la salvaguarda de los derechos de la víctima tratando en todo momento de minimizar los efectos perjudiciales del proceso sobre ellas a través de una serie de medidas destinadas a evitar que esta se vea sometida a situaciones que puedan causarle un sufrimiento innecesario o desproporcionado.

Con esta finalidad se regula un amplio y exhaustivo estatuto de la víctima que reconoce y desarrolla múltiples derechos, de entre los que pueden destacarse por su importancia: el Derecho a recibir información inmediata; el Derecho a obtener y proporcionar información durante la tramitación del

⁵² A este respecto puede consultarse: COLMENERO GUERRA, J. A. "Reflexiones sobre el estatus procesal de la persona jurídica investigada". En GALAN MUÑOZ, A; MENDOZA CALDERÓN, S. (Coords.). *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2021, págs. 139-190

⁵³ Así, la norma dedica una regulación propia a la persona con discapacidad tanto cuando esta es acusada, como cuando se trata de la víctima o de testigos. Idéntico ejercicio se realiza con los menores a excepción de su estatus como sujeto pasivo, cuya regulación se encuentra en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁵⁴ La concreta definición de víctima, inspirada en la normativa internacional existente sobre la materia, se encuentra recogida en el artículo 99 del Anteproyecto que dice así: "Tendrá la consideración de víctima a los efectos de esta ley: a) la persona física o jurídica ofendida por la infracción; b) la persona que haya sufrido un perjuicio directamente derivado de los hechos punibles".

proceso; el Derecho a entender y ser entendida; el Derecho a ser oída; el Derecho a la traducción e interpretación; el Derecho a la protección; el Derecho de la víctima a evitar el contacto con el acusado⁵⁵.

A ello debe añadirse que la justicia restaurativa, como dimensión de la justicia penal centrada en la reparación social y psicológica a las víctimas, es por primera vez en la historia de nuestro país objeto de regulación expresa en una norma procesal penal⁵⁶. Ya que, pese a recogerse expresamente en los artículos 3 y 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, la justicia restaurativa es omitida por la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, se permite la participación de la víctima durante la fase de ejecución aun en el caso de no haberse personado previamente, lo que garantiza su presencia durante todo el proceso⁵⁷.

b) Un régimen jurídico específico para las personas con discapacidad

La regulación del régimen jurídico procesal de la discapacidad ha sido, hasta ahora, una de las lagunas más notorias de nuestro ordenamiento procesal, tal y como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en sus

⁵⁵ Todos estos derechos son desarrollados en el Capítulo V del Título II del Libro I dedicado expresamente a regular el estatuto de la víctima en el proceso penal. Tal regulación, que comprende los artículos 99 a 115 está inspirada, tanto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, cuyo contenido acoge íntegramente, como en los textos internacionales existentes sobre la materia, habiéndose optado por una formulación lo más amplia e integradora posible tanto en relación con las definiciones como con los derechos.

⁵⁶ En el Anteproyecto se dedica un capítulo propio a la Justicia Restaurativa, que comprende los artículos 181 a 195, a través del cual se establecen, desde una óptica basada en la flexibilidad, los principios que deben regir todo proceso restaurativo, las actuaciones procesales que conectan con los mismos y las consecuencias jurídicas que pueda tener una culminación exitosa de este tipo de procesos, ya sea en fase declarativa o ejecutiva. Para un análisis pormenorizado véase: FARTO PIAY, T. “El procedimiento de justicia restaurativa en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020” en *La Ley penal*, N° 151. 2021.

⁵⁷ El artículo 887 del Anteproyecto establece expresamente que “quienes hayan ejercido la acusación particular en el proceso del que dimana la sentencia condenatoria podrán constituirse como parte en la ejecución penal en relación con las penas, medidas de seguridad y responsabilidades civiles impuestas en los delitos en los que tengan la condición de víctimas. También podrán ser parte quienes hayan intervenido como actores civiles, aunque solo en relación con la ejecución de los pronunciamientos referidos a las responsabilidades civiles” y también “podrán ser parte en el proceso de ejecución, personándose como acusación particular o para ejercer exclusivamente la acción civil, las víctimas no constituidas como parte en el proceso en el que se haya dictado la sentencia condenatoria”.

A estos efectos, la víctima será informada de su derecho a constituirse como parte en el proceso de ejecución, salvo que expresamente hubiera renunciado al derecho a ser informada de las resoluciones que se dicten en este.

sentencias 217/2015 y 84/2018. Para compensar este déficit se han articulado dos iniciativas legislativas que abordan expresamente y desde una misma perspectiva esta cuestión: la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* y el Anteproyecto de LECrim de 2020.

El Anteproyecto, en concreto, innova en este ámbito al introducir una detallada regulación sobre la persona con discapacidad que es sometida al proceso como encausada⁵⁸. Tal regulación pivota sobre la atribución inicial de tres derechos esenciales que, según se refleja en la exposición de motivos, deben asistir a toda persona encausada que presente alguna diversidad funcional:

- (i) “El primero de estos derechos es el de defenderse en las mismas condiciones que cualquiera otra persona, lo que lleva consigo la obligación de las autoridades y funcionarios que intervienen en el proceso penal de adaptar a las condiciones particulares de la discapacidad todos los trámites en los que esa intervención defensiva esté legalmente prevista.
- (ii) El segundo derecho es la autonomía o plenitud de facultades decisorias, que asegura que la persona con discapacidad pueda tomar por sí misma todas las decisiones que le competen en su cualidad de encausada. La atribución de este derecho da lugar a una regulación pormenorizada del complemento procesal de la capacidad, basada en los principios de individualización y flexibilidad. El establecimiento de una institución de apoyo tiene como finalidad exclusiva proveer el indispensable complemento —y no la sustitución— de la voluntad de la persona con discapacidad. Por esta razón se suprime el equívoco concepto de representación. El alcance de la asistencia se somete, en cualquier caso, a graduación, con exigencia de que

⁵⁸ El Anteproyecto incluye una extensa regulación sobre el “Estatuto de la Persona Encausada con Discapacidad” en los artículos 61 a 80. Para un análisis pormenorizado de la misma puede consultarse RAMÍREZ ORTIZ, J.L. y RUEDA SORIANO, Y. “El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI: (la propuesta del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)” en *Diario La Ley*, N° 9815. 2021. Pero, al margen de esta regulación, la norma también incorpora una previsión concreta para la toma de declaración a las personas con discapacidad durante la fase de investigación en su artículo 470 y un régimen específico para los casos en que la persona con discapacidad sea la víctima del delito, en su artículo 101. A este respecto, se prevé igualmente en el artículo 600 la posibilidad de preconstituir prueba en relación con su testimonio, en idéntico régimen que el aplicable a los menores. También puede encontrarse en el artículo 672 del Anteproyecto una regulación específica sobre la forma en que habrá tomarse declaración a la persona con discapacidad durante el juicio oral.

se especifiquen los concretos actos en los que resulta necesaria. La infracción del régimen individualizado de asistencia lleva asociada, además, la consecuencia procesal de la nulidad del acto correspondiente.

(iii) El tercer derecho garantizado en el texto normativo es el de participación eficaz en todo el procedimiento, lo que exige la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan dicha participación. Los trámites procesales han de ser, por ello, oportunamente adaptados a las circunstancias singulares de la discapacidad⁵⁹.

c) Un nuevo enfoque en la relación de los menores con el sistema de enjuiciamiento penal: la protección del menor en el nuevo modelo

El Anteproyecto aborda la problemática relación existente entre el proceso penal y los menores de edad desde la óptica del superior interés del menor y el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por España en la materia.

Con este fin, se pone el foco en evitar la victimización secundaria de los menores al regular la exploración del menor de forma reservada a través de expertos que será grabada y reproducida en el acto del juicio.

Junto con esta previsión se establecen una serie de medidas adicionales dirigidas a salvaguardar los derechos de quienes, siendo menores, deben participar en calidad de testigos ya sea en juicio oral o durante la fase de investigación. Se trata, en esencia, de un nuevo régimen jurídico reforzado del menor que interviene en el proceso.

También se regula la dispensa de los menores de edad y se promueve la persecución de los delitos en los que la víctima sea un menor, suprimiendo como exención la obligación genérica de denunciar entre parientes próximos cuando se trate de delitos de naturaleza personal cometidos contra menores de edad.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La aprobación del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 24 de mayo supone un hito en el camino emprendido, hace ya más de una década, hacia la reforma integral de nuestro proceso penal. El texto articulado

⁵⁹ Exposición de Motivos del Anteproyecto, págs. 19 y 20.

es, de hecho, la propuesta que más ha avanzado en su tramitación pre legislativa de entre las tres que se han elaborado hasta la fecha. Sin embargo, su aprobación en el corto y medio plazo parece cada vez más difícil dada la proximidad creciente del final de la legislatura.

No obstante, aun en caso de no llegar a aprobarse durante el mandato del actual gobierno, el ejercicio político y legislativo servirá para progresar en el necesario proceso de modernización de nuestro modelo de justicia penal. La historia reciente nos demuestra que existe un objetivo común, el de actualizar y mejorar nuestra justicia penal. Este Anteproyecto es, cuanto menos, una propuesta integral sobre la que seguir reflexionando colectivamente. Un referente normativo en la construcción de un futuro cierto para nuestra justicia penal. En definitiva, este Anteproyecto se presenta como un nuevo marco de debate sobre el necesario proceso de transformación de nuestro proceso penal.

Aun así, y pese a la cada vez más acuciante necesidad de renovar la legislación procesal penal vigente, la aprobación de esta u otra norma con vocación de sustituir a la Ley de 1882 solo representará el primer paso en el largo camino que queda aún por recorrer hasta la efectiva transformación del actual sistema de enjuiciamiento de origen decimonónico. Un camino que va más allá de la mera reforma normativa para adentrarse en el ámbito de las políticas públicas, los planes estratégicos y la reasignación de recursos.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 es, sin duda, un gran avance en el plano puramente jurídico, dado su rigor técnico y carácter integrador. Pero no se trata, incluso aun en el caso de continuarse con su tramitación, de un texto inamovible y listo para su entrada en vigor. La profundidad de la reforma que pretende realizarse a través de esta norma implica necesariamente afrontar un gran número de debates jurídico-procesales donde, como es normal, se contraponen sensibilidades e intereses de muy diferente índole. Por eso, la reflexión serena y el debate constructivo entre los miembros de la comunidad jurídica debe ser un *a priori* ineludible a la aprobación de cualquier texto legal de estas características.

A nivel técnico, los lineamientos generales de la norma, heredera de sus predecesoras, emanan de la constitución, son compartidos por la práctica totalidad de los países de nuestro entorno y resultan imprescindibles para avanzar en la armonización de nuestro ordenamiento jurídico con el Derecho de la Unión Europea. Por lo que, de no entrar en vigor, es muy probable que tenga influencia en futuras propuestas de reforma, ya sean estas tota-

les o parciales. Desde el punto de vista político, la experiencia cosechada evidencia que la transformación integral del sistema procesal penal no es, ni por asomo, un ejercicio meramente técnico. Queda clara la necesidad de suscitar consensos entre todos los colectivos afectados por la reforma desde su propia génesis, lo que dificulta, pero no imposibilita, la aspiración de renovar el modelo, a la par que supone una exigencia lógica en términos democráticos.

Independientemente del momento, la propuesta que finalmente sea aprobada por las cámaras deberá reflejar el compromiso de todos los sectores implicados en el funcionamiento de nuestro sistema jurídico con la mejora del sistema de enjuiciamiento penal, incluidos los grupos políticos, los miembros de la comunidad jurídica y otros actores sociales. El camino hacia la consecución de este objetivo debe servir para incorporar al texto la visión de las diferentes sensibilidades políticas existentes en nuestro país. En este sentido, la elección del momento preciso parece fundamental, pero aún más relevante resulta el trabajo previo que social, política y académicamente se realice en la búsqueda de una base común sobre la que construir el futuro de nuestro proceso penal.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K. “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”. en, BACHMAIER WINTER, L (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- ALCOCEBA GIL, J.M. *El Análisis Genético Forense en el Proceso Penal Español*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- ALCOCEBA GIL, J.M. “Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica” en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 4, Nº. 1. 2018.
- ÁLVAREZ BUJÁN, M.V. “El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 y las pruebas de ADN en España” en *Revista práctica de derecho: CEFLegal*, Nº 247-248. 2021.
- ÁLVAREZ CORA, E. “La evolución del enjuiciamiento en el siglo xix” en *Anuario de historia del derecho español*, Nº 82. 2012.
- ARMENTA DEU, T. *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons. 2012.
- BACHMAIER WINTER, L. “Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de Norteamérica y Alemania”. *Jueces para la Democracia*. Nº. 66. 2009.
- BACHMAIER WINTER, L. (Coord.). *La Fiscalía Europea*. Madrid: Marcial Pons. 2018.

- BORJA JIMÉNEZ, E. “Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”. *ADPCP*. Vol LVI. 2003.
- COLMENERO GUERRA, J. A. “Reflexiones sobre el estatus procesal de la persona jurídica investigada”. En GALÁN MUÑOZ, A y MENDOZA CALDERÓN, S. (Coords.). *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2021.
- DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- DE HOYOS SANCHO, M. “La presunción de inocencia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020”. *Revista de derecho y proceso penal*. N°. 63. 2021.
- DE HOYOS SANCHO, M. “Novedades en el tratamiento procesal de las víctimas de hechos delictivos tras las reformas normativas de 2015”. *Diario La Ley*. N° 8689. 2016.
- DE HOYOS SANCHO, M. “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/ UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”. *RGDP*. N°. 34. 2014;
- FARTO PIAY, T. “El procedimiento de justicia restaurativa en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020” en *La Ley penal*, N° 151. 2021.
- FERNÁNDEZ SOTO, I. “La ejecución en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020” en *Diario La Ley*, N° 9826. 2021.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. “Los procesos penales en Europa: Líneas de evolución y tendencias de reforma” en *Revista Forense*, Vol. 412, nov-dic. 2010.
- GOLDSCHMIDT, J. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona, Bosch, 1935.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. *La Prueba de ADN en el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2014;
- GÓMEZ COLOMER, J.L. 13. “Los retos que debe afrontar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España” en *Práctica penal: cuaderno jurídico*, N°. 99. 2020.
- GOMEZ ORBANEJA, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Barcelona: Bosch. 1947.
- JESCHECK, H. *Tratado de Derecho penal. Parte General* (5ª ed). Granada: Ed. Comares, 2003.
- JIMÉNEZ CONDE, F. (Dir.); FUENTES SORIANO, O (Coord.): *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2022.
- JUAN SÁNCHEZ, R; ARMENGOT VILAPLANA. A. (coords.). *Justicia penal y sus reformas. Los retos de la eficiencia, la seguridad y las garantías procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2022.

- LÓPEZ ORTEGA, J. J. “Contradicción y defensa. Cinco cuestiones sobre la prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal”. *Estudios de derecho judicial*. Nº. 128, 2007.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ I., “El Proceso Penal como sistema de Garantías [partes I, II, III y IV]” en *Diario La Ley*, No 8086, 20 May. 2013.
- MATEROS RODRÍGUEZ-ARIAS, A. “Legalidad y oportunidad en la justicia penal: perspectivas de futuro” en Anuario de la Facultad de Derecho – Universidad de Extremadura. 2020.
- MONTESINOS GARCÍA, A. “La nueva fiscalía antifraude europea”. *Revista General de Derecho Europeo*. Nº. 46. 2018.
- MORENO CATENA, V. *El Estado de Derecho a Prueba: Seguridad, Libertad y Terrorismo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2017.
- MORENO CATENA, V. “El mito de la instrucción dirigida por el juez”. En ASENCIO MELLADO, J. M; ROSELL CORBELLE, A. (Coord.). GIMENO SENDRA, V (hom.). *Derecho probatorio y otros estudios procesales*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna. 2020, págs.1339-1364.
- MUÑOZ RODRÍGUEZ, A. B. “El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. Nº 36. 2020.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L. “Un cambio de paradigma probatorio: prueba pericial y prueba científica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020” en *Diario La Ley*, Nº 9896. 2021.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L. y RUEDA SORIANO, Y. “El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI: (la propuesta del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)” en *Diario La Ley*, Nº 9815. 2021.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N. “El nuevo proceso de ejecución en el anteproyecto de LE-Crim de 2020. Especial referencia a la ejecución de las penas privativas de libertad” en *Diario La Ley*, Nº 9804. 2021.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N. “La ejecución de penas no privativas de libertad, medidas de seguridad y responsabilidad civil en el anteproyecto de LECrim de 2020: Otras consecuencias de la sentencia: Destino de efectos intervenidos y borrado de datos” en *Diario La Ley*, Nº 9813. 2021.
- SANCHEZ RUBIO, A. *La Prueba Científica en la Justicia Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.
- SOYER, J. C., *Droit pénale et procedure pénale*, L.G.D.J, Paris, 18^a édition, 2004, pág. 23.

EL DERECHO AL RECURSO EN CLAVE EUROPEA: EL RÉGIMEN PREVISTO POR LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN¹

The right to appeal in a european key: the regime provided for the European Investigation Order

ELENA LARO GONZÁLEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de La Laguna
mlarogon@ull.edu.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS NOCIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO AL RECURSO. III. EL SISTEMA DE RECURSOS DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN. IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ASUNTOS GAVANOZOV I Y II. V. LAS ATRIBUCIONES COMPETENCIALES DEL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL Y LAS DUDAS EN TORNO A LA IRRECURRENIBILIDAD DE SUS DECRETOS. 1. Las competencias del Ministerio Fiscal en la fase de investigación. 2. La inexistencia de vías de recurso contra los decretos del Ministerio Fiscal en el marco de la orden europea de investigación. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El trabajo analiza el derecho al recurso desde la perspectiva del art. 14 de la Directiva 2014/41/UE, el cual ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dos sentencias de enorme incidencia en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que carecen de medio de impugnación contra la orden de emisión. Este es el caso de España que atribuye competencias en materia de emisión y ejecución de una orden europea de investigación al Ministerio Fiscal español, cuyos decretos son irrecurribles.

Palabras clave: Orden europea de investigación; cooperación judicial penal; derecho al recurso; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; asunto Gavanzov I y II.

¹ El presente trabajo se realiza en el marco de los proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación: “Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas” (Referencia PID2020-116848GB-I00); “sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030” (Referencia PID2021-1261450B-I00). Y también del grupo andaluz de investigación jurídica (SEJ-145) de la Universidad de Sevilla. Parte de este trabajo tiene su origen en la celebración del concurso de acceso a la plaza de Contratado Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de La Laguna.

Abstract: The paper analyses the right to appeal from the perspective of Art. 14 of Directive 2014/41/EU, which has been interpreted by the Court of Justice of the European Union in two judgments of enormous relevance for the legal systems of the Member States which do not provide for the possibility of opposing a particular act. This is the case in Spain, which confers competences for the emission and execution of a European Investigation Order on the Spanish Public Prosecutor's Office and whose decrees are not subject to appeal.

Key words: European Investigation Order; judicial cooperation in criminal matters; right to appeal; Court of Justice of the European Union; Gavanozov case I and II.

ABREVIATURAS

ALECRIM	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
AN	Audiencia Nacional
CE	Constitución Española
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DOEI	Directiva 2014/41/UE
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
OEI	Orden europea de investigación
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LRMRP	Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales
MF	Ministerio Fiscal
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

Entre los logros alcanzados en el ámbito de la cooperación judicial penal destaca la promulgación de la Directiva 2014/41/UE, relativa a la orden europea de investigación, como instrumento para la obtención y aseguramiento de pruebas transfronterizas, que ha puesto fin al anterior sistema fragmentado y complejo que dificultaba el procedimiento. Su carácter horizontal permite la práctica de una gran variedad de medidas de investigación, salvo algunas excepciones, siendo un instrumento frecuentemente utilizado

por las autoridades judiciales, con una tendencia estadística creciente². No obstante, su aplicación práctica ha puesto de manifiesto que cuenta con algunas deficiencias, como es el caso de la genérica redacción del art. 14 referente a los recursos.

España incorporó la Directiva 2014/41/UE a su ordenamiento jurídico a través de la Ley 3/2018, de 11 de junio³, con algunas especialidades como el papel destacado que asume la fiscalía española, como autoridad competente para la emisión y ejecución de órdenes europeas de investigación, que ha sido objeto de algunas críticas por la falta de coherencia entre sus nuevas atribuciones y la posición que ocupa actualmente en el proceso penal español. En el marco de la OEI, los datos evidencian que la intervención del Ministerio Fiscal español es más acusada en la fase de ejecución que en la de emisión, precisamente por la propia naturaleza y temporalidad de sus diligencias preliminares.

El debate sobre el control judicial de las actuaciones del fiscal se vuelve a generar a raíz de la doctrina europea y con ocasión de la propuesta de reforma del modelo de proceso penal español. Con respecto a la citada Directiva europea, el tema de los recursos contra los decretos del fiscal tiene ahora un interés especial por la posición que ha tomado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que influye en gran medida en el derecho español, principalmente porque se determina que aquellos Estados que no permitan atacar la emisión de una orden contravienen con lo estipulado en los arts. 14 de la Directiva 2014/41/UE y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A lo largo del trabajo abordaremos el significado del derecho al recurso para descender posteriormente en el régimen propuesto por la Directiva 2014/41/UE, desde la perspectiva del derecho español, muy especialmente haciendo hincapié en las particularidades que presentan las decisiones del fiscal español y su acomodación con las exigencias del derecho europeo.

² Consúltense las Memorias anuales de Eurojust de los años 2019, 2020 y 2021.

³ Sobre el estudio de esta Directiva y la transposición española, *Vid.* ARANGÜENA FANEGO, C., "Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza", *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea* (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 298 y ss.; DOMÍNGUEZ RUIZ, L., *La orden europea de investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

II. ALGUNAS NOCIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO AL RECURSO

El derecho al recurso se erige como un medio que ostenta la parte disconforme contra una determinada actuación judicial para paliar el error cometido por la autoridad judicial⁴, articulándose como un instrumento procesal de protección de los derechos del justiciable.

Partiendo de una aproximación conceptual, la expresión “medios de impugnación” tiene su origen en el derecho italiano y con ella se hace referencia a todos los recursos en su conjunto, empleándose así tanto en el ámbito del proceso como al margen de él.

En el ordenamiento jurídico español el término “recurso” se ha utilizado para hacer alusión al conjunto de recursos que persiguen el examen del asunto por un órgano superior al que ha dictado la resolución impugnada. Por el contrario, la locución “remedios” hace referencia a aquellas impugnaciones que compete al mismo órgano que ha dictado la resolución y no a un órgano superior⁵.

El sistema de recursos permite un control judicial de la resolución por parte de un órgano, como elemento fundamental de la potestad jurisdiccional, de modo que la parte que ve rechazadas sus pretensiones pueda canalizar su insatisfacción mediante la impugnación⁶. Así pues, constituye una oportunidad para intentar minimizar los fallos humanos cometidos por el órgano jurisdiccional.

Por tanto, es una actuación procesal de las partes y del Ministerio Fiscal, si interviniera en el proceso, con el propósito de que el mismo órgano u otro superior revise la resolución para modificarla, revocarla o anularla. No obstante, en determinados momentos existen personas distintas de las

⁴ SENÉS MOTILLA, C., “El derecho a los recursos jurisdiccionales”, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Granada, 18 de junio de 2013, pág. 6.

⁵ COLMENERO GUERRA, J.A. y ARNÁIZ SERRANO, A., *Los medios de impugnación en el Código nacional de procedimientos penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 19 y ss.; PRIETO-CASTRO, L., *Cuestiones de Derecho Procesal*, Reus, Madrid, 1947, pág. 254.; VARONA JIMÉNEZ, A., “Régimen general de recursos en el proceso penal. Sucinta exposición de los recursos contra las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia. Los recursos contra las resoluciones de los Jueces y Tribunales: los recursos no devolutivos: reforma y súplica. El recurso de apelación en el proceso ordinario y en el proceso abreviado establecido contra las resoluciones interlocutorias. El recurso de queja contra la inadmisión de otro recurso como sustitutivo de la apelación”, *Derecho Procesal Penal* (Dir. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 859 y ss.

⁶ MORENO CATENA, V., “El recurso de apelación y la doble instancia penal”, *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, núm. 4, 2008, pág. 157.

partes que ostentan la legitimación para impugnarla, como es el caso de la víctima⁷. En efecto, este acto procesal supone una declaración formal de voluntad, a través de la cual la parte perjudicada pretende una resolución estimatoria de sus pretensiones.

El recurso es una de las piezas claves del ordenamiento jurídico, así como de las garantías procesales, especialmente por lo que supone para el ejercicio del derecho de defensa. Este derecho no cuenta con una referencia expresa en nuestro texto constitucional, motivo por el que se encuentra comprendido dentro del art. 24 CE que, además del clásico derecho de acción, engloba una serie de derechos que conforman el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva⁸. En lo que atañe al derecho a la tutela judicial efectiva goza del rango de derecho fundamental, aun cuando algunos de los derechos incardinados en el mismo tengan una protección diferente, como es el caso del derecho al recurso⁹, que no nace directamente de nuestra Carta Magna, salvo las particularidades que presenta en materia penal.

Nuestro TC ha vinculado el derecho a la impugnación con el derecho a la tutela judicial efectiva y en relación con el derecho de acceso a los tribunales declara que: “aunque ambos derechos se encuentran ínsitos en el art. 24.1 CE, el derecho a acceder a la justicia es un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el precepto constitucional y que no viene otorgado por la ley, sino que nace de la Constitución misma. Por el contrario, el derecho a acceder a los recursos legales se incorpora al derecho fundamental en la concreta configuración que recibe de cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo al derecho del condenado a la revisión de su condena y la pena impuesta; el derecho al recurso legal no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales que los crean, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal”¹⁰. Por consiguiente, no es lo mismo el acceso a la jurisdicción que el acceso al recurso, cuya previsión ni siquiera es exigible; luego, en la fase de recursos el principio *pro actione* pierde intensidad¹¹.

⁷ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “Los recursos”, *Proceso Penal. Derecho Procesal III* (Dir. GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 507 y ss.

⁸ VALLESPÍN PÉREZ, D., “Acceso al recurso y principio de proporcionalidad”, *Práctica de Tribunales*, nº 149, Sección Tribuna Libre, marzo-abril de 2021.

⁹ SENÉS MOTILLA, C., “El derecho a los recursos...”, *op. cit.*, pág. 7.

¹⁰ SSTC 20/2012, de 16 de febrero; 181/2007, de 10 de septiembre; 46/2004, de 23 de marzo.

¹¹ SSTC 20/2004, de 23 de febrero; 37/1995, de 7 de febrero.

Sobre el contenido de este importante derecho también se ha pronunciado el TJUE, afirmando que el principio a la tutela judicial efectiva consta de diversos aspectos como el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a ser asesorado, defendido y representado¹².

Nuestra Constitución no ha configurado un sistema de recursos que queda a merced de lo que decida el legislador, quien puede impedir que se recurran determinadas resoluciones, bien por su propia naturaleza o por la fase procesal en la que nos hallemos¹³. El derecho al recurso no implica un reconocimiento absoluto e ilimitado, simplemente queda garantizado cuando esté previsto legalmente. Así pues, como derecho de configuración legal, la regulación del derecho de acceso a los mismos es competencia de las leyes procesales, y una vez reconocidos no podrán establecer requisitos de acceso desproporcionados o arbitrarios¹⁴. De ahí que es perfectamente compatible con el derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE que los sistemas procesales no contemplen medios de impugnación contra las resoluciones judiciales, salvo la excepción prevista en materia penal, donde se exige que el condenado cuente al menos con un recurso ante un tribunal superior para que revise la decisión judicial.

Por estas razones podemos afirmar que, con carácter general, el derecho al recurso tiene naturaleza disponible, pudiendo el legislador prescindir de ellos en determinados momentos. Esta configuración nos lleva a considerar el derecho al recurso como una manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que resultará vulnerado cuando esté previsto legalmente y se impida su ejercicio por motivos no fundados o meramente arbitrarios, pero escapa de la protección de este derecho fundamental cuando no tenga previsión legal¹⁵.

Ahora bien, como decíamos, la libertad del legislador ordinario sufre alguna matización en el orden penal, que partimos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde se reconoce, además del derecho a la presunción de inocencia, que toda persona condenada tendrá derecho a

¹² STJUE de 26 de julio de 2017, asunto C-348/16 (caso Moussa Sacko).

¹³ APARICIO CALVO-RUBIO, J., "Protección constitucional del derecho al recurso en el proceso penal", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, enero-abril 1988, pág. 238.

¹⁴ STC 124/2019, de 28 de octubre.

¹⁵ VICENTE BALLESTEROS, T., "El derecho fundamental a los recursos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Una visión crítica", *La Ley Penal*, nº 126, sección jurisprudencia aplicada a la práctica, mayo-junio 2017. *Vid.* SSTC 55/1993, de 15 de febrero; 28/1994, de 27 de enero.

que el fallo y la pena puedan ser objeto de revisión ante un tribunal superior (art. 14.5). En el mismo sentido, se pronuncia el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (igualmente, el art. 13 CEDH). Como manifiesta Moreno Catena, debe entenderse que el derecho a un recurso penal se comprende en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, al menos en lo que se refiere a la impugnación de las sentencias condenatorias, existiendo en este caso una obligación de prever un mecanismo de este tipo¹⁶. Y este derecho a la doble instancia se confiere a la persona condenada, sin que suponga la obligación de reconocerlo a las partes acusadoras, cuyas capacidades impugnatorias pueden estar limitadas en algún momento¹⁷.

En suma, la doctrina constitucional ha reiterado dos ideas esenciales en torno al derecho a la doble instancia penal revisora de una declaración de culpabilidad: 1) es un derecho que, aunque no esté expresamente recogido en el art. 24.2 CE, conforma una de las garantías esenciales del proceso penal y que goza de reconocimiento internacional; 2) como garantía constitucionalizada en el ámbito sancionador y respecto de las sentencias condenatorias tiene un alcance distinto al derecho al recurso en los restantes órdenes jurisdiccionales no sancionatorios¹⁸, alcanzando en este caso la condición de derecho fundamental¹⁹. En definitiva, lo que concierne al derecho del condenado a recurrir el fallo es lo que se integra directamente en el art. 24.2 CE.

Acerca del cumplimiento por parte de España del citado Pacto Internacional se generó controversia a raíz de que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (asunto Gómez Vázquez vs. España) declarara que con el recurso de casación no se garantizaba ese derecho, porque impedía una revisión íntegra del fallo condenatorio²⁰. Posteriormente, la jurisprudencia hizo una labor importante, cambió el rumbo y consecuentemente el número de condenas a España, allanando así el camino de la ulterior reforma que consagraría el doble grado de jurisdicción.

¹⁶ MORENO CATENA, V., “El recurso de apelación...”, *op. cit.*, págs. 160 y ss.

¹⁷ Circular de la FGE 1/2018, de 1 de junio, sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal.

¹⁸ STC 3/2021, de 25 de enero.

¹⁹ CALDERÓN CUADRADO, M.P., “El acceso a la casación penal”, *AFDUAM*, nº 22, 2018, pág. 321.

²⁰ Comunicación 701/1996, de 20 de julio de 2000, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

La reforma de la LECrim del año 2015²¹ vino a cumplir con esta exigencia internacional y configuró la doble instancia, de manera que una sentencia penal es susceptible de ser sometida al órgano superior para que efectúe una revisión, que aplicando nuestra terminología se traduciría en un recurso devolutivo²². Con esta reforma se permite que las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia sean recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y ante la Sala de Apelación de la AN (art. 846 ter LECrim)²³; con las excepciones de que las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Justicia solo son recurribles en casación (art. 847.1 a) 1º LECrim) y las emitidas por nuestro Tribunal Supremo no son susceptibles de recurso, sin perjuicio de las especialidades en materia de aforamientos. En nuestro ordenamiento rige una apelación limitada, puesto que no se ha diseñado de tal forma que se permita la aportación de material probatorio nuevo, salvo casos excepcionales; sistema que se pretende perfeccionar si la propuesta de reforma legislativa finalmente llega a buen puerto²⁴.

En cuanto a las recientes iniciativas legislativas, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 viene a consolidar el modelo de segunda instancia que rige actualmente en nuestro proceso penal español, aunque introduce una novedad impidiendo recurrir los autos que resuelven el recurso de reforma, propuesta que podría contribuir a una agilización en la tramitación judicial. Sin embargo, el sistema de apelación contra las sentencias se mantiene, aunque diferencia en función de quien sea la parte recurrente (condenado o absuelto). Aunque no vamos a detenernos en el recurso de casación, señalamos que el modelo que se pretende instaurar desapodera la finalidad revisora del recurso de casación para convertirlo en un mecanismo de unificación de la doctrina.

²¹ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

²² GUTIÉRREZ AZANZA, D.A., “La igualdad de armas en los recursos contra sentencias penales”, *La Ley Penal*, nº 149, Sección Derecho Procesal Penal, marzo-abril 2021.

²³ VILCHES POZO, J., “La implantación de la segunda instancia penal”, *Diario La Ley*, diciembre de 2020.

²⁴ STC 123/2005, de 12 de mayo.

III. EL SISTEMA DE RECURSOS DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

El art. 14.1 de la Directiva 2014/41/UE establece que los Estados deben velar por que las vías de recursos equivalentes en un caso interno similar se apliquen a la medida de investigación contenida en la orden. En el mismo sentido se pronuncia el considerando 22, aunque este carece de carácter normativo. La primera apreciación que debemos efectuar es que el precepto no concreta qué Estado (de emisión o ejecución) debe cumplir con este mandato; y la segunda se corresponde con la propia ubicación del precepto en el capítulo III de la Directiva, el cual se dedica a regular el procedimiento de ejecución, mientras que el procedimiento de emisión se ubica en el capítulo II, donde no se hace mención al régimen de recursos. No obstante, de la lectura del propio art. 14 extraemos que resulta de aplicación tanto en sede de emisión como de ejecución.

La transposición de la norma europea por parte de los Estados ha sido diversa, más aún en lo que a este precepto se refiere, pues como advierte la propia Comisión hay Estados que han indicado que se aplica la legislación nacional y otros que han desatendido algunos apartados del régimen de recursos previstos en la Directiva²⁵.

El citado artículo fue redactado de forma muy genérica, quizás por la presunción del legislador europeo basada en que los sistemas nacionales de los Estados miembros dispondrían de canales adecuados para recurrir todas sus resoluciones, haciéndolos extensibles a las de emisión y/o ejecución de una OEI. Se echa en falta una regulación más detallada sobre la materia donde se hubieran determinado los requisitos mínimos del sistema de recursos²⁶. Con esta diversidad normativa comienzan a relucir los problemas derivados de la insuficiente regulación, como expondremos en los epígrafes siguientes.

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la LRMRP establece unas disposiciones generales para todos los instrumentos de reconocimiento mutuo sin distinción, obviando la incorporación del contenido específico del art. 14 de la Directiva.

²⁵ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transposición de la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, de 20 de julio de 2021 (COM 2021 409 final).

²⁶ CALAVITA, O., “Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? da gavanozov ii un ulteriore stimolo della corte di giustizia verso l’armonizzazione dei sistemi processuali penali europei”, *La legislazione penale*, 8 de marzo de 2022.

En cuanto al procedimiento activo, el art. 13 de la LRMRP establece que contra las resoluciones de transmisión de los instrumentos de reconocimiento se podrán interponer los recursos previstos en el ordenamiento jurídico español. Es cierto que la LRMRP guarda silencio en estos aspectos y no concreta ni los cauces, plazos ni órganos competentes en materia de recursos, aunque hemos de remitirnos a nuestra ley procesal criminal. Conforme con nuestra legislación procesal, si estamos en la fase de instrucción, contra las resoluciones del Juez se pueden interponer recursos de reforma, apelación y queja; y si nos encontramos en la fase de enjuiciamiento no cabe recurso contra la admisión o inadmisión de la prueba, sin perjuicio de plantearlo como cuestión previa en el juicio oral.

Sin embargo, contra las decisiones de la fiscalía en sus diligencias de investigación no cabe recurso alguno, reservándose la posibilidad a una posterior valoración en el correspondiente procedimiento penal.

Por el contrario, en el procedimiento pasivo, el art. 24 de la LRMRP prevé que los motivos de fondo solo podrán ser impugnados ante la autoridad de emisión, aunque se contempla una posible vía ante la autoridad de ejecución.

Por otra parte, hemos de referirnos someramente a los pilares fundamentales sobre los que se asienta el derecho al recurso. Como nota preliminar, en Derecho europeo, el término recurso no tiene una definición propia, a pesar de estar consagrado en los arts. 13 del CEDH y 47 de la CDFUE²⁷, aunque parece evidente que su finalidad es garantizar una vía para alegar posibles vulneraciones de derechos y paliar sus efectos.

En el ámbito del Derecho europeo el sistema de recursos se apoya sobre los principios de equivalencia y eficacia. El primero de ellos, y salvo regulación expresa por el Derecho de la Unión o por el Derecho nacional, significa la asimilación al sistema de recursos nacional, es decir, que se aplique la norma interna a supuestos europeos. En consecuencia, se exige que las normas nacionales que desarrollan el Derecho de la Unión no sean menos favorables que las previstas en un caso interno nacional. El segundo de los principios implica que no sea demasiado difícil, o imposible, el ejercicio de los derechos reconocidos por el Derecho comunitario²⁸.

²⁷ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA, *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2016, pág. 104.

²⁸ FUENTETAJA PASTOR, J., “Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al Derecho europeo”, *Nueva época*, nº 5, enero-diciembre, 2018, págs. 93 y ss.; *Vid.* SSTJUE de 16 de julio 2015 (asunto C-539/14); 17 de julio de 2014 (C-169/14).

Además, en ausencia de reglas específicas en el Derecho de la Unión Europea, el principio de autonomía de los Estados miembros permite a los Estados diseñar el derecho procesal²⁹, facultando en este caso la configuración de su sistema de recursos. Más aún, la propia Directiva no impone la obligación de establecer una vía de recurso contra la resolución que ordene la práctica de una medida de investigación, en sede de emisión o ejecución.

El derecho al recurso no obliga a que los Estados miembros prevean en todo caso un medio de impugnación contra una determinada resolución que no estuviera contemplado legalmente en su ordenamiento jurídico, porque en algún momento o por su propia naturaleza habrá resoluciones irrecurribles, sin que esto suponga una vulneración de derechos.

Como hemos anunciado, este derecho es de configuración legal y, con base en la autonomía procesal de los Estados, corresponde al legislador regular las modalidades de impugnación y su legitimación, siempre y cuando no se vulnere la tutela judicial efectiva.

En nuestra opinión el mandato de la norma europea se dirige al cumplimiento del principio de equivalencia, es decir, que existan las mismas posibilidades de ataque contra la medida contenida en una orden europea de investigación y aquellas previstas legalmente en un caso interno nacional. En otras palabras, lo que no se tolera es una diferencia de trato, pero tampoco existe una obligación de conceder a las partes una vía de impugnación distinta a la que rige en un caso puramente interno.

El *quid* de la cuestión radica en la posibilidad de impugnar los motivos de fondo ante la autoridad de emisión y, en este aspecto, respecto del ordenamiento jurídico español la principal polémica gira en torno a la expresa prohibición de la LRMRP para interponer recurso contra los decretos de la fiscalía en el ámbito de sus diligencias de investigación. Esta disposición no se ha creado a raíz de la implementación de la orden europea de investigación, pues como es conocido rige con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico. Así pues, las posibles impugnaciones contra la emisión de una orden europea de investigación por el fiscal español se van a ventilar una vez incoado el correspondiente proceso penal. Y es así porque las diligencias preliminares son una fase preparatoria de la posterior actividad judicial tendente a la averiguación del hecho punible y la determinación de la persona responsable, aún con sometimiento pleno a las normas procesales, razón por la cual el control judicial se efectuará en el seno del proceso penal.

²⁹ STJUE de 16 de diciembre de 1976 (asunto C-33/76).

Desde la posición pasiva, ya hemos anunciado que la interposición del oportuno recurso por motivos de fondo procederá en el proceso penal en curso en el Estado de emisión. Es lógico que sea la autoridad de emisión la que conozca y resuelva los recursos interpuestos por motivos de fondo, porque esta situación responde a la regla general y básica en materia de cooperación, como es el reparto de tareas. No estaríamos ante una privación del control jurisdiccional fundada en la falta de un recurso contra los decretos en sede de ejecución de la medida, más bien se postergaría el control judicial porque es el juez responsable de la causa penal a quien le compete tomar la decisión. Que el Estado de emisión sea el responsable del conocimiento de estos recursos no impide que, si se constata una vulneración de derechos en la ejecución de la medida, se articulen los mecanismos disponibles en sede de ejecución.

IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ASUNTOS GAVANOV I Y II

Aún son escasos los pronunciamientos del TJUE respecto del funcionamiento de la orden europea de investigación³⁰, aunque ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones en relación con la interpretación del art. 14 de la Directiva 2014/41/UE, cuya doctrina tiene unas connotaciones especiales que probablemente influirán en nuestro Derecho español.

La primera vez que el tribunal se pronunció sobre una materia relacionada con la OEI fue en el año 2019 y dictó una sentencia ambigua que nada satisfacía los interrogantes formulados, a pesar de los argumentos vertidos por el Abogado General que entendía que se vulneraban derechos fundamentales³¹; y la segunda, el pasado mes de noviembre de 2021, donde sí se posicionó y resolvió con mayor contundencia³².

³⁰ El autor PÉREZ GIL recopila algunas de las respuestas del TJUE a las cuestiones más difusas de la orden europea de investigación. *Vid.* PÉREZ GIL, J., “Orden europea de investigación: primeras respuestas del TJUE”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 12, diciembre 2020, págs. 153 y ss.

³¹ STJUE de 24 de octubre de 2019, asunto C-324/17 (caso Ivan Gavanzov). *Vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, presentadas el 11 de abril de 2019.

³² STJUE de 11 de noviembre de 2021 (asunto C-852/19). *Vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, presentadas el 29 de abril de 2021. Al respecto, consúltese los estudios que realizan: CASTILHOS, D., PACHECO, F. y BARATA, M.S., “Comentário ao Processo C-324/17, Gavanzov, 24 de outubro de 2019: O princípio do reconhecimento mútuo versus Direitos Fundamentais”, *Revista Jurídica Portuguesa*, nº 28, 2020, págs. 30 y ss.; HERNÁNDEZ WEISS, A., “Effective protection of rights as a precondition to mutual recognition: Some thoughts on the CJEU’s Gavanzov II decisión”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 0 (0), 2022;

Aunque en este trabajo nos vamos a centrar en la STJUE de 11 de noviembre de 2021 (asunto Gavanozov II) vamos a exponer sucintamente el supuesto de hecho y las cuestiones prejudiciales formuladas en cada caso. El tribunal búlgaro a la hora de formalizar la orden europea de investigación con el fin de practicar un registro, incautación e interrogatorio de testigos cuestiona su procedencia debido a la insuficiencia de un mecanismo de impugnación en su ordenamiento jurídico.

La primera vez el tribunal búlgaro formula cuatro cuestiones prejudiciales (Gavanozov I, C-324/17): a) la primera de ellas se refiere a la conformidad del art. 14 de la Directiva con el derecho y la jurisprudencia nacional cuando en el Estado de emisión no se prevea un mecanismo de impugnación contra la resolución de la orden; b) la segunda se centra en el ejercicio del derecho al recurso por parte del afectado, aun cuando el sistema procesal del Estado de emisión no contemple una vía para ello; c) y en la tercera y cuarta cuestión prejudicial el órgano se cuestiona el concepto de parte interesada, dudando sobre si esta condición recae en la persona contra la que se formula la acusación o sobre el tercero que soporta la medida.

Como anticipábamos, en la primera resolución no se responde a los interrogantes planteados por parte del tribunal especial de Bulgaria, que simplemente resuelve una cuestión formal de cumplimentación del formulario, motivo por el cual se vuelven a formular dos nuevas cuestiones prejudiciales (asunto Gavanozov II, C-852/19): a) en la primera de ellas, el tribunal entra directamente en la cuestión de fondo, preguntando si la falta de una vía de impugnación en el derecho interno de un Estado miembro es conforme con el Derecho Europeo; b) además, interroga sobre la idoneidad de emitir una orden en estas circunstancias.

Ahora el tribunal europeo resuelve sin tibiezas y entiende que la falta de un recurso contra la emisión de una orden contraviene las disposiciones de Derecho europeo, entre otros motivos porque el art. 47 CDFUE garantiza la protección de cualquier derecho y libertad³³.

MARTÍNEZ SANTOS, A., “¿Emisión de órdenes europeas de investigación por el Ministerio Fiscal español? Consideraciones sobre la compatibilidad del art. 13.4 de la Ley de Reconocimiento Mutuo con el Derecho de la Unión a la luz de las sentencias del TJUE en los asuntos Gavanozov I y II”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 57, 2022; y SZIJÁRTÓ, I., “The implications of the European Investigation Order for the protection of fundamental rights in Europe and the role of the CJEU”, *Pécs Journal of International and European Law*, 2021/I, págs. 66 y ss.

³³ STJUE de 21 de octubre de 2021 (asuntos C-845/19 y C-863/19). Traemos a colación otro pronunciamiento del TJUE, concernido al ámbito del decomiso, que igualmente es de interés para la materia aquí analizada. En los asuntos acumulados DR y TS, la cuarta cuestión prejudicial versa sobre la imposibilidad de que un tercero, cuyo bien decomisado es de su propiedad, pueda

En primer término, considera que la práctica de un registro e incautación supone una intromisión importante en la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones que debe gozar de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de poder remover las posibles ilegalidades a través de un recurso.

En segundo lugar, en cuanto a la declaración por videoconferencia de un testigo, argumenta que debido a que se puede compeler al interrogatorio y obligar a responder al mismo, incluso mediante la imposición de sanciones, es causa más que suficiente para que el testigo cuente con una vía de recurso, con base en que toda persona puede exigir la protección del art. 47 CDFUE³⁴.

En relación con la legitimación activa, la interpretación del TJUE supondría que en el caso español debería implantarse un sistema de recursos ajeno al vigente en nuestro ordenamiento jurídico, porque los testigos no son partes procesales, puesto que tienen la condición de terceros ajenos al proceso y no tendrían la posibilidad de impugnar la medida porque, conforme con el Derecho español, para que proceda la impugnación el afectado se tiene que personar como parte para hacer efectivo su derecho y dependiendo de quién y cómo sea el afectado tendrá legitimación o no. Todo ello, sin perjuicio de que si el testigo considera que se han vulnerado sus derechos formule la correspondiente denuncia.

Como decíamos anteriormente, si el principio de equivalencia no va dirigido a la creación de un sistema de recursos paralelo al nacional, ahora nos cuestionamos si con este nuevo pronunciamiento se tendría que acceder a ello. Lo cierto es que esta imposición no deriva de la propia Directiva, que simplemente se limita a garantizar un sistema de recursos equivalente al nacional. Si la intención del legislador europeo hubiera sido diseñar un sistema distinto, en torno a la emisión de las órdenes, debería haberlo re-

atacar la resolución de decomiso en el propio procedimiento, aunque el derecho búlgaro ofrecía la posibilidad de instar la reclamación oportuna en un procedimiento civil mediante la acción reivindicatoria. El tribunal considera que el derecho búlgaro se opone a la Directiva 2014/42/UE, en referencia a los preceptos que salvaguardan los derechos a la tutela judicial efectiva, el juicio justo, a la asistencia letrada y el derecho que asiste a los terceros a reclamar la titularidad del bien u otros derechos de propiedad.

³⁴ El Abogado General Sr. Yves Bot afirma que las garantías contenidas tanto en las disposiciones relativas a los recursos y aquellas otras que se refieren a los motivos de denegación operan en beneficio de la persona interesada, concepto que no alude exclusivamente al investigado o acusado. En efecto, las medidas de investigación contenidas en una orden europea pueden menoscabar los derechos tanto de investigados y acusados, como de terceros. *Vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, presentadas el 11 de abril de 2019, §61 y 62.

gulado expresamente, pues no resultan muy acordes los postulados de la propia Directiva con la interpretación que ahora hace el tribunal, mediante la cual se debería ofrecer un recurso a las partes y testigos, a pesar de que en un caso nacional no esté reconocida la posibilidad de atacar un acto de ese tipo.

Ante la falta de tal medio, el tribunal entiende que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que toda persona afectada por una medida de investigación de estas características debe disponer de un remedio que le permita impugnar su regularidad y necesidad, así como demandar la reparación por los perjuicios irrogados por la ejecución ilegal; y son los Estados miembros quienes deben establecer vías de recursos a estos efectos.

Y se muestra más contundente cuando declara que la falta de una vía de impugnación en el Estado de emisión debe conducir a una denegación sistemática por vulneración de derechos fundamentales (por la vía del art. 11.1 f) de la Directiva), contraria al principio de confianza recíproca, que no pasa por sus mejores momentos, tambaleándose ahora los pilares sobre los que se asienta el instrumento aquí analizado. Este planteamiento quizás supondría una reflexión sobre la presunción generalizada de que los Estados que integran la Unión Europea respetan los derechos fundamentales.

Esta doctrina tiene una importante repercusión porque configura el sistema de recurso como un requisito imprescindible para el reconocimiento mutuo porque en caso contrario el procedimiento de cooperación fracasa y, por consiguiente, el propio instrumento deviene inútil en aquellos Estados donde no hay una previsión generalizada de recurso contra todos los actos de investigación, como es el caso de España o Italia, que con base en estas premisas no podrían participar del sistema de reconocimiento mutuo ni exigir confianza mutua a otros Estados.

En nuestra opinión, proporcionar una vía de recurso contra todos los actos corre ciertos riesgos de que las defensas utilicen este mecanismo de forma indiscriminada y, en ciertas ocasiones, con intenciones dilatorias del procedimiento, generando así otro perjuicio más para el sistema de justicia que, en el caso de España, ya se encuentra lo suficientemente deteriorado. Aquí no debemos descuidar la búsqueda del equilibrio entre un sistema garantista y, a su vez, eficaz.

Con esta interpretación se ha pretendido reforzar la protección de los derechos fundamentales, que en este concreto instrumento puede tener la importante consecuencia de funcionar como mecanismo de paralización y

limitar su aplicación práctica. No olvidemos que el segundo pronunciamiento del TJUE se opone al primero, que precisamente por su injustificada falta de posicionamiento sobre el asunto era mucho más partidario del fomento de la cooperación judicial.

En este punto cabe cuestionarse si la tutela judicial efectiva engloba una revisión íntegra, en orden a la configuración de un sistema de recursos contra todas las resoluciones que se dicten a lo largo del procedimiento, incluyendo las relativas a la prueba; o, en su caso, su finalidad es garantizar que el condenado pueda impugnar el fallo condenatorio ante una segunda instancia. Somos de la opinión que el derecho a un recurso en el orden penal no prohíbe que en determinados momentos existan resoluciones irrecurribles, sin que por ello se incurra en una vulneración de derechos, porque lo que debe protegerse es que el condenado tenga la oportunidad de obtener un segundo pronunciamiento.

V. LAS ATRIBUCIONES COMPETENCIALES DEL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL Y LAS DUDAS EN TORNO A LA IRRECURRIBILIDAD DE SUS DECRETOS

1. LAS COMPETENCIAS DEL MINISTERIO FISCAL EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN

Con carácter preliminar, hemos de referirnos a las competencias de la fiscalía en la aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo, concretamente a las atribuidas en la obtención probatoria transfronteriza. Además de la posición en la que se situó al Ministerio Fiscal en el proceso penal del menor, donde ha asumido la competencia de la instrucción de los expedientes sin demasiados problemas añadidos³⁵, no podemos ignorar que la transposición española de la Directiva 2014/41/UE ha reforzado el protagonismo de la fiscalía en materia de cooperación. Especialmente, se fortalecen sus competencias en la fase de reconocimiento y ejecución, donde tiene atribuidas las siguientes: a) la recepción en exclusiva de todas las órdenes extranjeras; b) el reconocimiento y ejecución de una medida cuando no sea limitativa de derechos fundamentales; c) en su caso, el control de legalidad y proporcionalidad en orden a la sustitución de la medida; d) la práctica de

³⁵ RICHARD GONZÁLEZ, M., “La competencia del ministerio fiscal para la investigación de actos delictivos. Diligencias preliminares y competencias de instrucción en el procedimiento de menores”, *Estudios sobre prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, junio 2010.

diligencias oportunas para determinar el juez o tribunal competente para la ejecución; e) la elaboración de un informe preceptivo sobre la concurrencia de causas de denegación³⁶.

El rol que ha asumido el Ministerio Fiscal español a raíz de la implementación de la OEI parece que no se corresponde con el actual modelo de proceso penal español, donde tiene unas competencias muy reducidas, volviéndose a cuestionar cuál es el papel que debe asumir en la investigación.

Más recientemente, la promulgación de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, reabre el antiguo y permanente debate sobre el modelo de proceso penal, movido por la necesidad de acomodar la fase de investigación al patrón europeo, porque en la mayoría de los países europeos el fiscal es el encargado de dirigir la investigación, y como es sabido en nuestro país aún se sigue encomendado al Juez de Instrucción, a pesar de los intentos de reforma de este esquema procesal. Ahora la LO 9/2021 da un paso importante en cuanto a las atribuciones competenciales de los fiscales europeos delegados (arts. 4 y ss.), con un margen de actuación mucho más amplio, así como por el nuevo papel que asume el Juez de Garantías. En cuanto al régimen de recursos, la ley española permite la impugnación de las actuaciones del Fiscal delegado en contadas ocasiones, cuestionándose nuevamente la adecuación de nuestro sistema de recursos con el Derecho europeo³⁷. En definitiva, la exigencia de cambios estructurales no deriva solo de la imprescindible adecuación de nuestro proceso penal al entorno europeo, sino que ahora trae causa en el nuevo paradigma que introduce la Fiscalía Europea, que nos coloca ante un nuevo escenario que invita a proporcionar soluciones jurídicas.

³⁶ AGUILERA MORALES, M., “Nuevas competencias para el Ministerio Fiscal con ocasión de la orden europea de investigación”, *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea* (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 458 y ss.; NIEVA FENOLL, J., “Orden europea de investigación: autoridades competentes en el Estado emisor y de ejecución. Especial consideración del papel del Ministerio Fiscal”, *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea* (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 438 y ss.

³⁷ Vid. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., *Fiscalía europea. Primer año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Ley Orgánica 9/2021-LOFE*, editorial independiente, 2022, págs. 182 y 183.

La implementación del citado Reglamento debe introducir como mínimo modificaciones en nuestro sistema procesal³⁸, orientadas a facilitar que la Fiscalía Europea asuma adecuadamente las funciones de investigación y promoción de la acción penal. Si finalmente los proyectos de reforma se materializaran, no deberíamos obviar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el que se debería realizar las modificaciones oportunas relativas a las nuevas funciones que asumirían los fiscales, como ya sucedió a raíz del modelo instaurado por la LORPM. En este sentido se encamina el ALECrím 2020, cuya Disposición final segunda del citado anteproyecto fija el plazo de un año para reformar el EOMF, aunque quizás sería oportuno que tales variaciones se llevarán a cabo paralelamente para que queden perfectamente delimitados el organigrama y las funciones de la fiscalía, aun cuando ya se han acometido algunos cambios³⁹.

En el proceso penal español este cambio no es tarea fácil, principalmente porque se residen en el mismo juez la investigación y la función de garantizar los derechos fundamentales⁴⁰ y la metamorfosis del sistema cuenta con una fuerte división en la doctrina, siendo uno de los mayores obstáculos la dependencia jerárquica que rige en la organización del MF, así como la combinación de las funciones de acusador y defensor imparcial de la legalidad y los derechos.

Ante las sombras que aparecen sobre los principios de imparcialidad y su dependencia jerárquica, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo en algunas ocasiones. Así, en la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asuntos C-566/19, C-626/19, C-625/19 y C-627/19), cuya fundamentación jurídica se apoya en resoluciones anteriores, declara que la exigencia de independencia no prohíbe que los fiscales puedan recibir instrucciones de sus superiores jerárquicos, ya que su funcionamiento se basa en una relación de subordinación. Por tanto, el concepto de autoridad judicial “comprende a los fiscales de un Estado miembro, encargados del ejercicio de la acción pública y situados bajo la dirección y el control de sus superiores jerárquicos, cuando su estatuto les confiere una garantía de

³⁸ MORENO CATENA, V., “El Ministerio Fiscal”, *Introducción al derecho procesal* (Dir. MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Tirant lo Blanch, 2021, pág. 197. En relación con la Fiscalía Europea, el autor apunta que “este modelo procesal se aleja del diseño de nuestra LECrím y sin duda habrá de marcar la pauta para la reclamada reforma integral del proceso penal español”.

³⁹ Recientemente se ha promulgado (no exento de polémica) el Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal.

⁴⁰ VIDAL FERNÁNDEZ, B., “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*, nº 4, 2021, págs. 233 y ss.

independencia, en particular con respecto al poder ejecutivo, en el marco de la emisión de la orden de detención europea”. Más tarde, en el año 2020, con objeto de la emisión de una orden europea de investigación por la fiscalía alemana, el tribunal europeo sostiene que: 1) en el marco de la OEI, la calificación de autoridad de ejecución está supeditada a la competencia que tengan las autoridades judiciales o fiscales en el asunto en cuestión; 2) que la fiscalía se incluye dentro del concepto de autoridad de emisión; 3) que en ningún momento la Directiva somete al fiscal como autoridad de emisión al requisito de que no exista una relación de subordinación con el poder ejecutivo⁴¹. Por tanto, con base en estas consideraciones parece que la fiscalía española cuenta con el aval del tribunal europeo, principalmente porque el Ministerio de Justicia no ostenta potestad de instrucción de intervención en el proceso penal y porque los fiscales están sometidos a los criterios de objetividad e imparcialidad⁴². No obstante, su estructura apoyada en el principio de dependencia jerárquica encabezada por el Fiscal General del Estado, cuyo nombramiento se hace a propuesta del Gobierno, es uno de los motivos por el que se ha generado cierta desconfianza en la institución, más aún después de los últimos acontecimientos sucedidos en España⁴³.

Retomando la idea del tránsito a un nuevo sistema procesal penal, señalamos que el principio acusatorio exige la separación de las funciones de investigación y de enjuiciamiento y su atribución a órganos distintos, porque resulta conveniente que quien ha dirigido la investigación no esté facultado para el enjuiciamiento, pues de lo contrario se viciaría su condición de tercero imparcial, situado *supra partes*, y podría incurrir en prejuigamiento⁴⁴. Estas razones abonan la idea de adoptar un nuevo modelo en consonancia con nuestros semejantes europeos.

En definitiva, la reforma proyectada sitúa al Ministerio Fiscal como el director de la investigación, tendente a recopilar todos los elementos que permitan la persecución del delito, a través del ejercicio de la acción penal,

⁴¹ STJUE de 8 de diciembre de 2020 (asunto 584/19).

⁴² Cfr. Informe sobre el Estado de Derecho en 2022. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, de 13 de julio de 2022. En dicho documento se señala que persisten dudas en cuanto a la autonomía de la fiscalía española en relación con el Gobierno.

⁴³ <https://www.elmundo.es/espana/2020/01/13/5e1c69aa21efa00a438b465c.html>; https://elpais.com/politica/2020/01/13/actualidad/1578942967_392351.html

⁴⁴ MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 283 y ss.; LETELIER LOYOLA, E., *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, Atelier, Barcelona, 2013, págs. 48 y ss.; Cfr. CHAMORRO BERNAL, F. y VALLESPÍN PÉREZ, D., “El nuevo papel del fiscal investigador en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dos lecturas”, *IDP*, nº 1/2021.

o en su caso el archivo de las actuaciones⁴⁵. Como contrapeso se crea el Juez de Garantías que, como su propio nombre indica, desempeña un rol de garantía ajeno a la persecución delictiva; o, en otras palabras, como garante de la legalidad. En resumidas cuentas, la competencia de investigación le correspondería al fiscal, con el objetivo de poder fundar la acusación por unos hechos concretos y contra una persona determinada, mientras que el órgano jurisdiccional tendría reservadas competencias específicas relacionadas con la práctica de diligencias de investigación que afecten a derechos fundamentales, la adopción de medidas cautelares personales, decretar el secreto de sumario, etc⁴⁶. Tras varios intentos de reforma con los Anteproyectos de LECrim de 2011 y de 2013, actualmente se encuentra encima de la mesa la propuesta legislativa de 2020 que difícilmente prosperará debido a la situación parlamentaria.

2. LA INEXISTENCIA DE VÍAS DE RECURSO CONTRA LOS DECRETOS DEL MINISTERIO FISCAL EN EL MARCO DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

Ahora es el momento de abordar el punto más espinoso, en relación con los decretos de la fiscalía, bien en el marco de sus diligencias preliminares o en el procedimiento penal del menor, donde no existe un régimen de impugnación de sus decisiones⁴⁷.

⁴⁵ MORENO CATENA, V., “La pérdida de potestades del Juez de Instrucción en la investigación de los delitos”, *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (Dir. CACHÓN CADENAS, M. y PÉREZ DAUDÍ, V.), Atelier, Barcelona, 2019, pág. 374.

⁴⁶ MUERZA ESPARZA, J., “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*, nº 3, 2021, págs. 188 y ss.

⁴⁷ DE HOYOS SANCHO, M., “Algunas dificultades en la aplicación práctica de la orden europea de investigación”, *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano* (Dir. MORENO CATENA, V. y ROMERO PRADAS, M.I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 511 y ss.; y “Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación”, *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea* (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 612. La autora argumenta que “a nuestro juicio, tal vacío en el sistema de impugnación de las decisiones sobre OEI puede provocar indefensión, y por tanto una vulneración del art. 6 TUE. Además, estimamos que esta opción del legislador español no se corresponde con la garantía que informa el contenido del art. 14 de la Directiva 2014/41/CE, que si bien no garantiza de manera expresa la posibilidad de recurso también en el Estado de ejecución, se deduce de la totalidad del contenido del precepto que, tanto la emisión o no emisión de la OEI, como el reconocimiento y ejecución —o no— de la OEI, deben poder ser objeto de recurso/revisión por parte de las respectivas autoridades jurisdiccionales en ambos Estados, en el de emisión y en el de ejecución, en los concretos términos que después establezcan las distintas legislaciones nacionales”.

Antes de adentrarnos en el tema objeto de este trabajo, abrimos un paréntesis para esbozar someramente el régimen propuesto por el nuevo Anteproyecto de LECrim que, en caso de prosperar, introduciría modificaciones. Se parte de la base que la impugnación de las actuaciones del fiscal durante la investigación corre el riesgo de implicar al juez en la investigación y designar así dos directores de la investigación, además de contribuir a la dilatación del procedimiento. Por tanto, se ha optado por un control diferido en la audiencia preliminar, donde el juez tendrá la oportunidad de practicar las diligencias que considere pertinentes y aquellas otras que se rechazaron por el fiscal investigador. Así pues, se mantiene la regla general de que los decretos del fiscal no son susceptibles de impugnación, aunque ahora con algunas excepciones⁴⁸. En este sentido, el art. 585 ALECRim 2020 parte de que los decretos solo podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías en aquellos casos expresamente establecidos en la ley. Sin ánimo de exhaustividad, serán objeto de recurso, entre otros: a) el decreto de archivo de denuncia (arts. 551 y 552); b) el decreto que deniega la personación de la acusación particular por considerar que no concurre la condición de víctima (arts. 566 y 567); c) el decreto de conclusión y archivo de la investigación (arts. 586 y 587). En cuanto a la vulneración de derechos fundamentales hay un mecanismo de depuración de la prueba ilícita una vez celebrada la audiencia preliminar, que es el establecido en el art. 619 ALECRim, por lo que, si estuviéramos ante material probatorio obtenido por medio de una OEI, existiría un control judicial para expulsar del proceso la prueba obtenida ilícitamente.

Al margen de las propuestas de reforma, hemos de centrar el tema en la falta de un medio de impugnación para atacar las resoluciones y la posible vulneración de los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva⁴⁹. Co-

⁴⁸ Vid. Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, de 7 de julio de 2021. En el exhaustivo análisis que realiza se argumenta que: *“la posibilidad de diferir el control judicial sobre la completa actividad investigadora a la fase intermedia o, en su caso, a la de juicio oral, no comporta negar al investigado o al resto de partes las garantías que el ordenamiento jurídico les reconoce, y de cuya efectiva realización el Ministerio Fiscal resulta garante por imperativo constitucional y legal”*.

⁴⁹ Aunque excede del objeto de este trabajo, debemos señalar que la doctrina del TC sobre los decretos del Letrado de la Administración de Justicia en el ámbito del proceso civil declara la inconstitucionalidad del art. 454 bis 1 párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque considera que la ausencia de un control judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (Vid. Nota informativa nº 22/2020 del Tribunal Constitucional; STC 58/2016, de 17 de marzo). Por lo que respecta al orden penal, nuestra actual ley procesal prevé que contra las diligencias y decretos de los LAJ se podrá interponer recurso de reposición (art. 238 bis y ter), aunque se ha declarado la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 238 bis LECrim, el cual dispone que

mo hemos anunciado *supra* el derecho al recurso en el orden penal debe garantizar la posibilidad de atacar el fallo condenatorio, pero no impone la obligatoriedad de crear un sistema de recursos contra las resoluciones dirigidas a la obtención de un determinado medio de prueba⁵⁰. La propia doctrina del TC ha venido sosteniendo que el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni siquiera exige la creación de recursos inexistentes. Asimismo, la valoración sobre si se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva debe hacerse sobre todo el ordenamiento en su conjunto y no exclusivamente con base en la inexistencia de recurso contra una determinada resolución.

En el ámbito de la OEI, el mandato de la Directiva se circunscribe a que se garanticen los mismos medios de impugnación que los existentes en un caso interno nacional y el derecho a un recurso efectivo no abarca la creación de un sistema distinto al previsto en el ordenamiento nacional. Porque si así fuera, se estaría permitiendo una diferencia de trato entre las personas afectadas en un procedimiento transnacional y aquellas otras implicadas en uno nacional.

Si nos centramos específicamente en el procedimiento de emisión español, si fuere la fiscalía quien en el marco de sus diligencias preliminares dictara un decreto ordenando la práctica de una medida de investigación en otro país, tenemos que señalar que existen altas probabilidades que la causa se judicialice y se realice la oportuna valoración.

Por otro lado, destacar que la incoación de diligencias por la fiscalía no se produce de forma tan frecuente como la iniciación de la fase de instrucción que también se refleja en el ámbito de la OEI, donde el porcentaje de órdenes emitidas por la fiscalía es menor a las ejecutadas. Y es así porque su ámbito competencial aún es reducido, pudiendo actuar en el contexto del proceso penal de menores y en el marco de sus diligencias, en virtud del art. 773.2 LECrim, bien de oficio, a través de denuncia o atestado.

Así, si nos encontramos ante unas diligencias preliminares, las peticiones podrán reiterarse ante el juez competente una vez que se incoe el proce-

“contra el decreto del Letrado de la Administración de Justicia que resuelva el recurso de reposición no cabrá interponer recurso alguno” (STC 151/2020, de 22 de octubre). El nuevo ALECRim 2020 recoge esta doctrina y establece que todas las resoluciones de los LAJ serán susceptibles de control judicial.

⁵⁰ BOTELLA SORIA, E.J., “Sistema de recursos contra las sentencias y la vulneración del derecho a los recursos en el proceso penal”, *La Ley Penal*, nº 47, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, marzo 2008.

dimiento —art. 773.2 LECrim—⁵¹, máxime cuando aquellas tienen un corto recorrido y una duración limitada (seis meses, a excepción de las que inicie la Fiscalía anticorrupción, que pueden tener una duración de doce meses), plazo excesivamente breve que puede impedir la emisión de una OEI en un espacio tan corto de tiempo. Del mismo modo, en el procedimiento de responsabilidad penal del menor, existe la opción de que las partes insten la práctica de la diligencia al Juez de Menores, por ejemplo, cuando el MF la deniega —art. 26.1 LORPM—⁵².

En referencia al citado proceso penal del menor, que supuso un precedente en cuanto a la atribución de funciones al Ministerio Fiscal, hemos de señalar el régimen que rige en materia de recursos⁵³. En este sentido, contra los decretos del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción no cabe la interposición de recursos, sin perjuicio del control a posteriori que se ejerce en determinados momentos⁵⁴. No obstante, la ley no se pronuncia expresamente sobre la imposibilidad de interponer un recurso contra dichos decretos, aunque es de sobra conocido que nuestro ordenamiento no contempla tal opción⁵⁵. Mayor problema plantearía la decisión de archivo, que nuestra LECrim lo solventa confiriéndole al perjudicado u ofendido la posibilidad de ejercitar sus derechos ante el Juez de Instrucción, acción que queda excluida en la LORPM. Como último recurso también se podrá ejercitar la acción de nulidad de las actuaciones cuando se entienda que se han vulnerado garantías procesales⁵⁶.

Por otra parte, otra razón que puede desmotivar la emisión de las órdenes por la fiscalía se debe a que sus diligencias no tienen valor probatorio alguno, por lo que una vez judicializada la causa sería el juez director de la investigación quien podría practicar nuevas diligencias o reiterar todas o algunas de las llevadas a cabo por el fiscal. Por tanto, partiendo de la base

⁵¹ Vid. Art. 32. 6 de la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior.

⁵² Vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Ley Orgánica de responsabilidad penal de menores. Especial análisis de la reparación del daño*, Dijusa, Madrid, 2005, págs. 217 y ss.

⁵³ GIMENO SENDRA, V., “El proceso penal de menores”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001; GONZÁLEZ CANO, M.I., “Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley*, nº 6742, sección doctrina, 25 de junio de 2007.

⁵⁴ Circular de la FGE 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

⁵⁵ URBANO CASTRILLO, E., “La subjurisdicción de menores: principios informadores y especialidades en materia de recursos”, *La Ley Penal*, nº 36, sección estudios, marzo 2007.

⁵⁶ STS 980/2016, de 11 de enero.

que estas diligencias tienen como finalidad el esclarecimiento de los hechos delictivos y que carecen de valor probatorio, deben incorporarse a la causa y no impiden una actividad probatoria posterior en el marco del proceso penal, incluida su posible impugnación a instancia de las partes. Las reformas propuestas se orientan también en este sentido, considerando que las actuaciones practicadas en fase de investigación carecen de valor probatorio, como forma de paliar la limitación de la intervención judicial, por lo que la investigación tiene la finalidad de formular la acusación o decretar el sobreseimiento.

Sobre la materia discutida ya se pronunció la Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2013, donde señaló que el hecho de que no se contemplen vías de recursos contra los decretos del MF no genera indefensión alguna debido a que quien considere vulnerados sus derechos podrá alegarlo ante la autoridad judicial competente.

El hecho que determinadas resoluciones no sean recurribles no implica que estemos ante una flagrante vulneración de derechos y que el ordenamiento jurídico español no prevea otros canales para enmendar las posibles irregularidades. En todo caso, el órgano jurisdiccional que conozca de la causa podría llevar a cabo una revisión de las condiciones de emisión de la orden, efectuando así un control judicial posterior⁵⁷.

En el momento actual, debido a las competencias actuales de la fiscalía, la ausencia de un mecanismo de impugnación es una cuestión intrascendente que podría llegar a adquirir mayor relevancia si finalmente la futura reforma confiere al Ministerio Fiscal un papel protagonista en la fase de investigación. El planteamiento sufriría algunas alteraciones en el caso de que el actual Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 saliera adelante, porque la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal conlleva la creación de un control judicial directo solo de ciertos actos y resoluciones⁵⁸. No obstante, la falta de recurso contra determinadas deci-

⁵⁷ Cfr. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “El Ministerio Público como autoridad judicial emisora de una orden europea de detención y entrega en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, nº 1, 2020, págs. 212 y ss. En la nota al pie 61 el autor comenta la primera sentencia del TJUE y mantiene el criterio de que aun cuando el sistema legal del Estado de emisión no establezca recursos contra la emisión de la orden por parte de la fiscalía no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de la posterior admisibilidad de la prueba obtenida.

⁵⁸ *Vid.* El estudio que realiza CHOZAS ALONSO, J. M., “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”, *Revista de la*

siones de la fiscalía parece que se salvaguarda con la posibilidad de exigir responsabilidad disciplinaria, articulándose un régimen de abstención y recusación de la fiscalía.

En conclusión, ahora nos cuestionamos cuál va a ser el futuro del funcionamiento de la OEI, porque son varios los Estados que no contemplan una vía de impugnación contra todo acto de investigación y a la luz de la doctrina europea se debería rechazar la petición de cooperación, fracasando así el propio instrumento. En España, la ausencia de un régimen de impugnación contra las decisiones de la fiscalía origina serios temores, que quizás conduzca a un pronunciamiento futuro del TJUE, quien debería posicionarse de forma contundente, y sin confusiones, sobre si la norma española satisface el mandato europeo, así como el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho al recurso en el proceso penal.

VI. CONCLUSIONES

La Directiva 2014/41/UE ha supuesto un gran avance en el ámbito de la cooperación judicial penal, aunque cuenta con algunas deficiencias desde sus inicios, bien por las lagunas existentes o por tratar insuficientemente algunas materias, como ocurre con las disposiciones relativas a las vías de recursos.

La falta de mandato expreso por parte del art. 14 DOEI y la delegación genérica que recae en los Estados Miembros, como garantes de que exista un medio de ataque contra el acto de investigación, ha supuesto alguna dificultad. En este aspecto subyace un problema de gran envergadura debido a que no todos los Estados miembros de la Unión cuentan con un mecanismo de impugnación que ofrezca a los justiciables remedios para luchar contra posibles irregularidades y su reparación. Sobre este asunto el TJUE ha dictado dos resoluciones que ahora tienen una enorme transcendencia jurídica para los Estados participantes del instrumento comentado.

Especialmente compleja es la adecuación del sistema procesal vigente en España con los estándares europeos porque no existe un mecanismo de control contra los actos del Ministerio Fiscal, quien tiene una participación importante en la emisión y ejecución de la orden europea de investigación. Es cierto que los tiempos aún no están maduros, principalmente por cues-

Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, nº 5, 2022, págs. 137-159.

tiones políticas, para abordar una reforma de gran calado de nuestro proceso penal donde se atribuya a nuestro fiscal competencias distintas de las ejercidas hasta el momento. La impugnación de los actos del fiscal español es un tema de gran interés que desde hace un tiempo suscita algunas inquietudes entre los defensores de someter aquellos a un control judicial; y también entre los que abogan por limitar este control judicial como medida de racionalización de la interposición de recursos contra todo acto. Con la interpretación del TJUE parece que se está abriendo una vía para que los sistemas nacionales armonicen en este sentido, proporcionando al justiciable un mecanismo de impugnación contra los actos de investigación.

En cuanto a las especialidades de nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que el Ministerio Fiscal español es considerado autoridad competente, en la fase de emisión de una orden tiene acotada sus posibilidades de actuación por los siguientes motivos: 1) no tiene competencia para decretar medidas limitativas de derechos fundamentales; 2) sus diligencias carecen de valor probatorio; 3) y la limitación temporal de las diligencias preliminares. Razones suficientes para que las posibilidades de éxito de sus investigaciones se reduzcan considerablemente.

La finalidad de las diligencias preliminares no es otra que tomar una decisión sobre la idoneidad de promover el ejercicio de acciones y judicializar la causa o el archivo de la misma; o en otras palabras “preparar lo preparatorio”. Por tanto, no pueden convertirse en un verdadero acto de prueba. Y en relación con la delimitación de la fase de investigación y de juicio oral, tampoco debemos olvidar que en esta última se producirá la práctica de la prueba y su valoración, donde las partes implicadas tendrán la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y, en su caso, se podrá apreciar la posible ilicitud probatoria. Todo ello opera como un mecanismo de control *a posteriori*.

No olvidemos que, en el marco de las diligencias preliminares, las partes en caso de disconformidad podrían seguir el patrón de la Ley 16/2015, de 7 de julio, ejercitando sus derechos ante el Juez de Instrucción (art. 32.6). En caso de decreto de archivo, el art. 773.2 LECrim también prevé idéntica solución.

Por consiguiente, tal como está configurado el proceso penal español y en virtud de las competencias que el fiscal español tiene atribuidas, consideramos que la ausencia de un mecanismo para impugnar sus decisiones no ocasiona un perjuicio irreparable para el justiciable, pues existen medios que pueden paliar una posible vulneración. Con base en los argumentos

vertidos, en caso de una posible ilegalidad se podría depurar en el seno del proceso penal; o, en caso de no iniciarse, se podría denunciar ante el juez competente.

Ahora bien, con el posicionamiento del TJUE se deja la puerta abierta a que se analice si el Estado español cumple con los estándares europeos en materia de recursos y si respeta el conjunto de derechos y garantías que rige en el espacio europeo. Y más aún, se podría producir una quiebra del principio de confianza cuando España sea parte implicada en el procedimiento de cooperación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA y CONSEJO DE EUROPA, *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2016.
- AGUILERA MORALES, M., “Nuevas competencias para el Ministerio Fiscal con ocasión de la orden europea de investigación”, *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea* (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- APARICIO CALVO-RUBIO, J., “Protección constitucional del derecho al recurso en el proceso penal”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, enero-abril 1988.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea* (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BOTELLA SORIA, E.J., “Sistema de recursos contra las sentencias y la vulneración del derecho a los recursos en el proceso penal”, *La Ley Penal*, nº 47, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, marzo 2008.
- CALAVITA, O., “Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? da gavanozov ii un ulteriore stimolo della corte di giustizia verso l’armonizzazione dei sistemi processuali penali europei”, *La legislazione penale*, 8 de marzo de 2022.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P., “El acceso a la casación penal”, *AFDUAM*, nº 22, 2018.
- CASTILHOS, D., PACHECO, F. y BARATA, M.S., “Comentário ao Processo C-324/17, Gavanozov, 24 de outubro de 2019: O princípio do reconhecimento mútuo versus Direitos Fundamentais”, *Revista Jurídica Portuguesa*, nº 28, 2020.
- CHAMORRO BERNAL, F. y VALLESPÍN PÉREZ, D., “El nuevo papel del fiscal investigador en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dos lecturas”, *IDP*, nº 1/2021.
- CHOZAS ALONSO, J. M., “La regulación de los recursos en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal 2020. Disposiciones generales, recursos contra reso-

- luciones del letrado de la administración de justicia y los recursos contra autos”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, nº 5, 2022.
- COLMENERO GUERRA, J.A. y ARNÁIZ SERRANO, A., *Los medios de impugnación en el Código nacional de procedimientos penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DE HOYOS SANCHO, M., “Algunas dificultades en la aplicación práctica de la orden europea de investigación”, *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano* (Dir. MORENO CATE-NA, V. y ROMERO PRADAS, M.I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DE HOYOS SANCHO, M., “Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación”, *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea* (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DOMÍNGUEZ RUIZ, L., *La orden europea de investigación. Análisis legal y aplicaciones prácticas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., “Los recursos”, *Proceso Penal. Derecho Procesal III* (Dir. GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- FUENTETAJA PASTOR, J., “Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al Derecho europeo”, *Nueva época*, nº 5, enero-diciembre, 2018.
- GIMENO SENDRA, V., “El proceso penal de menores”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001.
- GONZÁLEZ CANO, M.I., “Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley*, nº 6742, sección doctrina, 25 de junio de 2007.
- GUTIÉRREZ AZANZA, D.A., “La igualdad de armas en los recursos contra sentencias penales”, *La Ley Penal*, nº 149, Sección Derecho Procesal Penal, marzo-abril 2021.
- HERNÁNDEZ WEISS, A., “Effective protection of rights as a precondition to mutual recognition: Some thoughts on the CJEU’s Gavanozov II decisión”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 0 (0), 2022.
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “El Ministerio Público como autoridad judicial emisora de una orden europea de detención y entrega en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, nº 1, 2020.
- LETÉLIER LOYOLA, E., *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, Atelier, Barcelona, 2013.
- MARTÍNEZ SANTOS, A., “¿Emisión de órdenes europeas de investigación por el Ministerio Fiscal español? Consideraciones sobre la compatibilidad del art. 13.4 de la Ley de Reconocimiento Mutuo con el Derecho de la Unión a la luz de las sentencias del TJUE en los asuntos Gavanozov I y II”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 57, 2022.

- MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MORENO CATENA, V., “El Ministerio Fiscal”, *Introducción al derecho procesal* (Dir. MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MORENO CATENA, V., “La pérdida de potestades del Juez de Instrucción en la investigación de los delitos”, *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (Dir. CACHÓN CADENAS, M. y PÉREZ DAUDÍ, V.), Atelier, Barcelona, 2019.
- MORENO CATENA, V., “El recurso de apelación y la doble instancia penal”, *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, núm. 4, 2008.
- MUERZA ESPARZA, J., “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*, nº 3, 2021.
- NIEVA FENOLL, J., “Orden europea de investigación: autoridades competentes en el Estado emisor y de ejecución. Especial consideración del papel del Ministerio Fiscal”, *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea* (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PÉREZ GIL, J., “Orden europea de investigación: primeras respuestas del TJUE”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 12, diciembre 2020.
- PRIETO-CASTRO, L., *Cuestiones de Derecho Procesal*, Reus, Madrid, 1947.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “La competencia del ministerio fiscal para la investigación de actos delictivos. Diligencias preliminares y competencias de instrucción en el procedimiento de menores”, *Estudios sobre prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, junio 2010.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Ley Orgánica de responsabilidad penal de menores. Especial análisis de la reparación del daño*, Dijusa, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., *Fiscalía europea. Primer año de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 y de la Ley Orgánica 9/2021-LOFE*, editorial independiente, 2022.
- SENÉS MOTILLA, C., “El derecho a los recursos jurisdiccionales”, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Granada, 18 de junio de 2013.
- SZIJÁRTÓ, I., “The implications of the European Investigation Order for the protection of fundamental rights in Europe and the role of the CJEU”, *Pécs Journal of International and European Law*, 2021/I.
- URBANO CASTRILLO, E., “La subjurisdicción de menores: principios informadores y especialidades en materia de recursos”, *La Ley Penal*, nº 36, sección estudios, marzo 2007.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., “Acceso al recurso y principio de proporcionalidad”, *Práctica de Tribunales*, nº 149, sección Tribuna Libre, marzo-abril de 2021.
- VARONA JIMÉNEZ, A., “Régimen general de recursos en el proceso penal. Sucinta exposición de los recursos contra las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia. Los recursos contra las resoluciones de los Jueces y Tribunales:

los recursos no devolutivos: reforma y súplica. El recurso de apelación en el proceso ordinario y en el proceso abreviado establecido contra las resoluciones interlocutorias. El recurso de queja contra la inadmisión de otro recurso como sustitutivo de la apelación”, *Derecho Procesal Penal* (Dir. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

VICENTE BALLESTEROS, T., “El derecho fundamental a los recursos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Una visión crítica”, *La Ley Penal*, nº 126, sección jurisprudencia aplicada a la práctica, mayo-junio 2017.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., “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*, nº 4, 2021.

VILCHES POZO, J., “La implantación de la segunda instancia penal”, *Diario La Ley*, diciembre de 2020.

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

Reflexiones sobre el arbitraje estatutario al hilo de su regulación en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil
Jaime Vegas Torres

La quiebra en el proceso civil de la confidencialidad debida en la mediación
Juan F. Herrero Perezagua

Implicaciones en el derecho a no incriminarse de las personas jurídicas del proyecto de ley *Whistleblower*
Oliver Pascual Suaña

El tratamiento del menor investigado o acusado en los mass media: el derecho a la protección de su vida privada
Jorge Jimenez Martín

Génesis, principales lineamientos y algunas consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
Juan Manuel Alcoceba Gil

El derecho al recurso en clave europea: el régimen previsto por la orden europea de investigación
Elena Laro González
